

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

39-40

Año 2012

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONTENIDO Y REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Definición y objetivo. La Revista Aragonesa de Administración Pública es una revista especializada en Derecho Administrativo y Derecho Público con particular atención al régimen jurídico de las autonomías territoriales. Su objetivo es promover la realización de estudios y el debate científico en esas materias. El público al que se dirige está formado principalmente por profesores universitarios, funcionarios, abogados y jueces.

2. Exigencia de originalidad. La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos, que han de enviarse en documento en formato Word por correo electrónico (flopez@unizar.es o oherraiz@cortesaragon.es).

3. Evaluación por especialistas externos. Los trabajos recibidos se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor), indicando las fechas de recepción y aceptación correspondientes al proceso de evaluación. En caso de evaluación negativa, confirmada, si se considera necesario, por nueva evaluación, el trabajo no se publica. Si la evaluación fuera 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.

4. Reglas de presentación. La presentación de los trabajos se sujetará a los siguientes criterios:

4.1. Los epígrafes que subdividan la exposición de los trabajos responderán a la siguiente secuencia: **1. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de epígrafes.

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

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

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

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

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

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

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

5. Publicación electrónica. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella. En todo caso, la Revista se publica íntegra en la página web del Gobierno de Aragón desde el número 32 de 2008.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES
La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

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

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

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

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

Depósito Legal: Z. 730-93

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

SUMARIO

RArAP núm. 39-40 (2012)

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i>	7
ESTUDIOS	
M. LACRUZ: <i>Bienes sin dueño: mostrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio de Aragón</i>	11
R. PALÁ: <i>Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas</i>	49
V. ESCARTÍN: <i>El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo</i>	101
N. MAGALDI: <i>La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín</i>	165
M.L. ROCA: <i>Animales potencialmente peligrosos: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico-administrativo</i>	221
DEBATES	
G. DOMÉNECH: <i>Prohibido regar: ¿expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?</i>	269
J.L. CALVO: <i>Las actuaciones de dotación en la Ley 3/2009, de Urbanismo de Aragón</i>	293
L. LATORRE: <i>La Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado</i>	317
S. CASTEL: <i>Derecho del turismo y propuestas para una renovación de la promoción turística</i>	357
J.M. PORRO: <i>Participación ciudadana en el ámbito local: aproximación a la estructura normativa desde los reglamentos de participación ciudadana</i>	387
JURISPRUDENCIA	
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>Potestades públicas y prevalencia entre competencias autonómicas en el conflicto de Sijena (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero)</i>	403

SUMARIO

N. GUILLÉN: <i>Análisis actual de la responsabilidad patrimonial en el ámbito penitenciario</i>	425
M. CUNILLERA: <i>La responsabilidad patrimonial de la Administración laboral en materia de despidos colectivos: estado de la cuestión y posible incidencia de la sustitución de la autorización administrativa por una comunicación previa</i>	443
DERECHO COMPARADO	
J.O. BERCHOLC y D.J. BERCHOLC: <i>El contenido económico de los discursos presidenciales en la Argentina, 1983-2011</i>	463
CRÓNICA	
<i>Crónica del Seminario sobre las Reformas de la Legislación de Contratación Pública</i> (M. MILLÁN).....	519
BIBLIOGRAFÍA	
M.A. BERNAL BLAY: <i>El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales», Madrid, 2011</i> (D. ARJONES).....	547
V. BIELZA, S. ESCOLANO, A. GORRÍA y P. IBARRA: <i>De la ordenación a la planificación territorial estratégica en el ámbito regional-comarcal, Zaragoza, 2010</i> (F. LÓPEZ RAMÓN).....	553
M.F. GÓMEZ MANRESA: <i>Urbanismo y contratación pública, Navarra, 2011</i> (D. ARJONES).....	555
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>Sistema jurídico de los bienes públicos, Navarra, 2012</i> (M ^o .C. ALONSO GARCÍA).....	561
I. PÉREZ-SOBA: <i>Un siglo protegiendo los montes: el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza, Zaragoza, 2010</i> (L.F. BIENDICHO).....	567
VV.AA.: <i>La Organización local. Nuevos modelos, Zaragoza, 2011</i> (R. SALANOVA ALCALDE).....	587

LISTA DE COLABORADORES

- ALONSO GARCÍA, María Consuelo:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo de la Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de Toledo.
- ARJONES GIRÁLDEZ, David:
Investigador de Derecho
Administrativo, Universidad de Vigo.
- BERCHOLC, Diego J.:
Investigador, Facultad de Ciencias
Sociales, Universidad de Buenos
Aires.
- BERCHOLC, Jorge O.:
Profesor Doctor de Teoría del
Estado, Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.
- BIENDICHO GRACIA, Luis F.:
Letrado de la Comunidad Autónoma
de Aragón en excedencia,
Director de la Asesoría Jurídica de
ARAMON.
- CALVO MIRANDA, José Luis:
Profesor Asociado Doctor de
Derecho Administrativo, Universidad
de Zaragoza.
- CASTEL GAYÁN, Sergio:
Jefe de Servicio de Participación
Ciudadana, Gobierno de Aragón.
- CUNILLERA BUSQUETS, M. Montserrat:
Letrada y Jefa de Servicio,
Ayuntamiento de Vendrell.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Valencia.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor:
Profesor Contratado Doctor de
Derecho Administrativo, Universidad
de Zaragoza.
- GUILLEN NAVARRO, Nicolás Alejandro:
Doctor en Derecho e Investigador
del Área de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel:
Profesor Titular de Derecho Civil,
Universidad de Zaragoza.
- LATORRE VILA, Luis:
Administrador Civil del Estado,
Cortes de Aragón, Zaragoza.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.
- MAGALDI MENDEÑA, Nuria:
Profesora Ayudante Doctora de
Derecho Administrativo, Universidad
de Córdoba.
- MILLÁN MARTÍNEZ, Manuel:
Becario de Investigación de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.
- PALÁ LAGUNA, Reyes: Profesora Titular
de Derecho Mercantil, Universidad
de Zaragoza.
- PORRO GUTIÉRREZ, Jacinto M.: Profesor
de Sociología, Facultad de Ciencias
Sociales y de la Comunicación,
Universidad de Cádiz.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS,
María Luisa: Profesora de Derecho
Administrativo, Universidad de
Almería.
- SALANOVA ALCALDE, Ramón: Asesor
Técnico del Departamento de
Presidencia y Justicia, Gobierno de
Aragón.

ESTUDIOS

BIENES SIN DUEÑO: MOSTRENCOS Y ABINTESTATOS EN LA NUEVA LEY DE PATRIMONIO ARAGONESA (LEY DE ARAGÓN 5/2011, DE 10 DE MARZO)^(*)

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN

SUMARIO: I. LOS BONA VACANTIA EN LA LEY DE PATRIMONIO DE ARAGÓN.– II. LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES VACANTES O SIN DUEÑO: 1. Los antecedentes históricos y la Ley nacional. 2. La justificación de la atribución-adquisición por el Estado: inconstitucionalidad de la norma autonómica. 3. Las fundamentaciones en la nueva regulación nacional de 2003. 4. Las nuevas tendencias y vacilaciones del Tribunal Constitucional.– III. LOS SUPUESTOS DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA: 1. Otra cuestión de constitucionalidad relacionada: la concentración parcelaria. 2. La regulación nacional. 3. La regulación aragonesa.– IV. LAS CUENTAS Y DEPÓSITOS ABANDONADOS.– V. LA SUCESIÓN LEGAL A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: 1. Antecedentes históricos y regulación actual. 2. La justificación de esta sucesión. 3. Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. 4. Sucesión a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

RESUMEN: El término latino «bona vacantia» significa literalmente los bienes vacantes y es el nombre técnico de la propiedad sin dueño, que por ley antigua pasó a la Corona, y que tradicionalmente en España se denomina como «bienes mostrencos». Los bienes vacantes se plantean, en su origen, en virtud del Real Privilegio o Regalía, y hoy estos bienes corresponden al Estado. Esta partida incluye los activos que no tienen dueño, porque no se conoce si existe o han sido abandonados, y la herencia de las personas que mueren sin testar y sin parientes conocidos; también para la recogida de los activos de sociedades disueltas y de otros bienes variados tal como dinero o divisas que parecen abandonadas debido a una falta de actividad en la cuenta de depósitos, fondos o cualesquiera otras transacciones durante un plazo de tiempo muy largo en una cuenta de efectivo. El trabajo aborda la cuestión de si no sólo el Gobierno central, sino también las «Comunidades Autónomas» tienen derecho a esos bienes. Por lo menos los que tienen un derecho civil propio y con claros antecedentes históricos sobre el tema, como en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Palabras clave: bienes vacantes; bienes sin dueño; perdidos; extraviados y abandonados; abintestato; sucesión intestada del Estado.

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

ABSTRACT: The latin term «Bona Vacantia» literally means vacant goods and is the legal name for ownerless property, which by ancient law passed to the crown, and traditionally known in Spain as «ownerless». Bona Vacantia arises, in origin, by virtue of the Royal Prerogative or Regalia, and today these goods correspond to the State. This item includes assets that have no owner, because not known or have been abandoned, and estates of persons who die intestate and without known kin and also for the collection of the assets of dissolved companies and other miscellaneous bona vacantia such as money or property which appears to be unclaimed, for instance due to a lack of activity on the account by way of deposits, withdrawals or any other transactions for a lengthy time in a cash account. The work deals with the question if not only the Central Government, but also the «Autonomous Communities» are entitled to these goods. At least those that have a civil law itself and with clear historical background on the subject, as in the case of the autonomous community of Aragon.

Key words: vacant goods; ownerless property; lost; mislaid; and abandoned property; escheat; intestacy.

I. LOS BONA VACANTIA EN LA LEY DE PATRIMONIO DE ARAGÓN

Este breve estudio va a versar sobre unos peculiares objetos de adquisición por parte de la Administración, o mejor dicho, de atribución, por cuanto le son atribuidos estos bienes a la misma sin que tenga que tomar apenas iniciativa alguna para adquirirlos, todo lo más tendrá que identificarlos como suyos o hacerse heredera de los mismos, o reclamarlos en el caso de que algún poseedor le usurpe su derecho. Me estoy refiriendo, naturalmente, a los bienes vacantes, los que no son de nadie o que no tienen dueño, ya porque han sido abandonados, o perdidos, o su dueño ha desaparecido, ya porque sabemos que su dueño ha muerto y que no hay ningún sucesor que continúe esta extinta titularidad del bien o derecho.

Se trata de categorías de bienes como la de los bienes abandonados, muebles, como las cuentas corrientes bancarias, o inmuebles; la de los bienes muebles perdidos y su hallazgo, el tesoro oculto y los hallazgos de interés cultural o arqueológico. También la categoría de los bienes inmuebles sin dueño conocido (como el inmueble no puede perderse, aquí lo que está perdido es el dueño). Y asimismo las herencias vacantes, por fallecer el causante sin testamento y sin parientes o cónyuge que le hereden.

En relación a este tipo de bienes, las normas que disciplinan su atribución están en textos como el Código civil, o la Ley de Patrimonio de las AAPP, con diversas soluciones como las previstas para el tesoro oculto en el Código civil o la atribución estatal de los depósitos abandonados en la Ley de Patrimonio.

Sin embargo, también podemos encontrar referencias a este tipo de bienes en la nueva Ley del Patrimonio de Aragón, Ley 5/2011, de 10 de marzo. En su Preámbulo (2.3), leemos: *El Título II incluye los modos y procedimientos de adquirir y transmitir los bienes y derechos del patrimonio de Aragón. En relación con los modos de adquisición de bienes y derechos a favor de la Comunidad Autónoma por atribución de la ley, conforme a nuestro derecho foral, se sigue manteniendo en sus mismos términos el régimen de sucesión legal que figura en la Ley de Aragón de Sucesiones por Causa de Muerte, con completa remisión a lo establecido en la misma, en ejercicio de la competencia exclusiva que establece el artículo 71.2.º del Estatuto de Autonomía, en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral. —Conforme con lo anterior, se ha recogido también en el texto de esta ley la incorporación al patrimonio de Aragón de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria.*

Estamos por tanto ante procedimientos de adquirir y en concreto se trata de adquisiciones por ley. Nos interesan los siguientes artículos.

Primero, en el Título II, *Adquisición y transmisión*, Capítulo II, *Adquisición*, Sección 1º, *Adquisiciones a título gratuito*, el artículo 20.1: *Adquisiciones hereditarias. 1. La Comunidad Autónoma de Aragón podrá adquirir herencias, que le hayan sido deferidas testamentariamente, por pacto o en virtud de ley. Evidentemente nos interesa esta última adquisición por ley, que refiere el nº 4 del mismo artículo: La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por la Ley de las Cortes de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte. Añade a ello el artículo 21.1: Corresponde al Gobierno de Aragón, mediante decreto, aceptar o repudiar las herencias, legados y donaciones a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus organismos públicos, salvo cuando el objeto del legado o donación sean bienes muebles, en cuyo caso la competencia para su aceptación corresponderá al titular del departamento competente por razón de la materia.*

Segundo, en cuanto a las fincas de reemplazo mencionadas en el Preámbulo, lo dicho en la Disposición adicional Sexta: *Fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria. 1. Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria se incluirán también en el acta de reorganización de la concentración parcelaria, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes. Tales fincas, sin embargo, no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad*

Autónoma... (1). Lo relevante del asunto es que, pasados cinco años sin averiguarse la titularidad de dichas parcelas, nos dice el nº 4 de esta Disposición adicional sexta: *Los bienes indicados en el apartado anterior se adscribirán al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, previo el correspondiente procedimiento, en el que se dará publicidad a la correspondiente propuesta en el Boletín Oficial de Aragón y en el ayuntamiento en cuyo término municipal estén ubicadas las fincas.* Y añade el nº 5: *El departamento competente en materia de concentración parcelaria queda facultado hasta que se produzca la atribución prevista en el apartado anterior para ceder el uso en precario al ayuntamiento que corresponda, a la entidad local menor o a la comunidad de regantes, el cultivo o el uso de las fincas sin dueño.* Si hay una adscripción al patrimonio propio, o si antes de dicha atribución pueden cederse en precario, sin duda ello implica una autoatribución del bien.

Hay otro tipo de inmuebles de desconocido propietario que pueden encontrarse en la Ley aragonesa: los sobrantes de procedimiento de deslinde del artículo 79 (1. *Los terrenos sobrantes de los deslindes de inmuebles de dominio público del patrimonio de Aragón podrán desafectarse en la forma prevista en el Capítulo I del Título IV de esta ley...*). Si este deslinde es de partes de suelo también público, que se deslindan de fincas de dominio público, tiene sentido que puedan desafectarse. Pero si el deslinde es, como suele ser, para separar lo propio de lo ajeno, entonces podemos estar ante fincas vacantes cuya atribución puede ser dudosa. Parece difícil que se les aplique la misma solución que a las fincas de reemplazo anteriores, porque se trata de un precepto especial referido a procedimientos de concentración parcelaria, pero no se excluye una aplicación analógica, vía *analogía iuris*. La alternativa será que, siendo fincas sin dueño conocido, pasen al dominio del Estado, conforme a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, como veremos inmediatamente.

Vamos a ocuparnos ahora de la adquisición *ex lege* de inmuebles para luego tratar de las sucesiones legales. Porque efectivamente, estas fincas de desconocidos son, en realidad, inmuebles sin dueño, vacantes o mostrencos,

(1) Continúa el precepto diciendo: ...2. *El departamento competente en materia de concentración parcelaria está facultado, dentro de los cinco años siguientes a la fecha del acta, para reconocer el dominio de estas fincas a favor de quien lo acredite suficientemente y para ordenar en tal caso que se protocolicen las correspondientes rectificaciones del acta de reorganización, de las cuales el notario expedirá copia a efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad con sujeción al mismo régimen del acta.* -3. *Transcurridos los cinco años a que se refiere el apartado anterior, el departamento competente en materia de concentración parcelaria remitirá al que lo sea en materia de patrimonio agrario una relación de los bienes cuyo dueño no hubiese aparecido, con mención de las situaciones posesorias que figuren en el acta de reorganización...*

en su denominación más clásica, que tradicionalmente han sido atribuidos al Estado y no a la Comunidad Autónoma.

II. LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES VACANTES O SIN DUEÑO

1. Los antecedentes históricos y la Ley nacional

Para empezar creo necesario hacer una precisión conceptual: aunque con los calificativos anteriores se designan inmuebles que en la actualidad no tienen titular, es decir, dueño, no es lo mismo el terreno que nunca ha tenido dueño que aquél cuyo dueño no se conoce, y se duda de que exista. La hipótesis de terrenos que nunca han tenido dueño, aunque rara, es posible, así el caso de las tierras colindantes con los ríos que ven aumentada su extensión por el aluvión, o el caso de la isla que se forma en el río no navegable, casos éstos que el Código civil resuelve otorgando la propiedad de estos nuevos terrenos a los dueños de los terrenos ribereños colindantes o más próximos (arts. 366 y 373), o el caso de la isla surgida en el mar o río navegable, que es del Estado (art. 371). También cabría pensar en terrenos que por su nulo valor agrícola o ganadero jamás hubiesen sido apropiados: estos inmuebles son calificados de *nullius*. Sin embargo, dejando aparte estos casos especiales, el supuesto fundamental es el del bien inmueble que no tiene dueño en la actualidad, aunque pudo tenerlo o sin duda lo tuvo en el pasado, o que se desconoce si lo tiene o no, porque está abandonado, este caso, que se conoce como bien mostrenco, se resuelve mediante una atribución del mismo al Estado. Tanto en este caso como en el anterior se dice que el bien está vacante, aludiendo a la falta de titular actual.

La atribución pública del inmueble mostrenco, y de cualesquiera bienes o animales sin dueño, ha sido una solución uniforme en la Historia, en un primer momento de atribución directa al rey o al señor feudal (porque el que una tierra no tuviera «dueño» no significaba que no tuviera «señor» (2), ya que formaba parte del reino o del feudo, utilizándose parecido razonamiento respecto a los bienes muebles y semovientes), luego al Tesoro o a la Real Cámara. Prescindiendo de antecedentes remotos, podemos ver que la Novísima Recopilación dedica el título XXII («De los bienes vacantes y mostrencos»), libro X, a los bienes mostrencos, que no define. La Ley I prescribe la «aplicación a la Real Cámara de los bienes del difunto intestado sin herederos legítimos», y la Ley II dicha aplicación «...de las cosas mostrencas cuyo dueño no pareciere en un año»: «Toda la cosa que fuere hallada en qualquiera manera mostrenca desam-

(2) Esto es en realidad un juego de palabras, puesto que «dueño» y «señor» resultan sinónimos en la época: ambas se designaban con la palabra latina *dominus*.

parada, debe ser entregada á la Justicia del lugar ...y debe ser guardada un año; y si el dueño no pareciere, debe ser dada para nuestra Cámara». ¿Se comprenden los bienes inmuebles entre los mostrencos, o mejor, se les puede dar la aplicación prevenida? Aunque el tenor de estos textos (especialmente las leyes III, IV y V) parece referido sólo a bienes muebles (en la Ley IV se habla de que «...qualquiera que hallare alguna cosa agena, sea tenuto de lo poner luego en mano y poder del Alcalde de la ciudad en cuyo término fuere hallada») o semovientes (ganado mostrenco o algarino: en la Ley V para los ganados que «...fueren hallados en campos sin pastor», se señala la obligación de ponerlos en poder del alcalde), es en la Ley VI donde se recogen los inmuebles. Proviene de un Decreto dado por Carlos III en 1785 (Real Decreto de 27 de noviembre de 1785), donde leemos que «...he resuelto que el primer Secretario de Estado, como Superintendente general de correos y caminos, lo sea también de los bienes mostrencos y vacantes, así muebles como raices, y de los abintestatos que pertenezcan á mi Cámara...». Es decir, que ya se califique al inmueble como bien mostrenco, ya como bien vacante, sigue la misma suerte y aplicación a la Real Cámara.

Pero el antecedente fundamental lo constituye la Ley de Mostrencos de 1835: «Artículo 1º. *Corresponden al Estado los bienes semovientes, muebles é inmuebles, derechos y prestaciones siguientes: Primero. Los que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuos ni corporación alguna. –Segundo. Los buques que por naufragio arriben á las costas del reino, igualmente que los cargamentos... –Tercero. En igual forma lo que la mar arrojaré á las playas, sea ó no procedente de buques que hubiesen naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido. Se exceptúan de esta regla los productos de la misma mar y los efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante, ó á aquel que los encuentra. –Cuarto. La mitad de los tesoros ... que se hallen en terrenos pertenecientes al Estado ...».*

A estos bienes se añaden los antes denominados abintestatos, en el artículo 2º. Y además la noción de mostrenco no está reñida con la existencia de posesión de los particulares sobre bienes de esta clase: «Artículo 3º. *También corresponden al Estado los bienes detentados ó poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes».*

El Código civil de 1889 admite la ocupación de determinados bienes en el art. 610. Se plantea si esto deroga la Ley de 1835, con diversas opiniones entre los civilistas españoles. DE LOS MOZOS (3) nos dice que el diseño del derecho de propiedad en el Código olvida la existencia de bienes de especial

(3) DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, EDERSA, Madrid, 1993, p. 87.

naturaleza respecto de los cuales es una constante histórica la idea de regalía o preeminencia del Estado en cuanto a las decisiones sobre la utilización de los mismos : «En una situación singular, intermedia entre los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales ...se hallan aquellos bienes en los que, por su especial importancia para la economía nacional, o para la conservación de las riquezas naturales, como las minas o los montes, o, por su escasez, como el agua, son objeto de una propiedad especial ...Materias, todas ellas, que son objeto de una regulación especial como supervivencia de los «iura regalia» o expresión del «dominio eminente del Estado» y donde, efectivamente, confluyen el interés particular y el interés público o social. ...Aunque la idea del dominio eminente del Estado también se manifiesta en la adquisición de los bienes inmuebles vacantes, llamados tradicionalmente mostrencos (art. 610 C.c. «a sensu contrario») y en la sucesión del Estado». Para muchos autores, el Código no supuso ningún cambio en relación a la Ley de 1835 y los bienes mostrencos o vacantes se atribuían al Estado sin posibilidad de ocupación salvo en los supuestos permitidos (caza y pesca, tesoro, bienes muebles abandonados ...).

Hito fundamental lo es la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, cuyo artículo 19 nos dice: *El Estado podrá adquirir bienes y derechos: 1º Por atribución de la Ley.- 2º A título oneroso, con ejercicio o no de la facultad de expropiación.- 3º Por herencia, legado o donación.- 4º Por prescripción.- 5º Por ocupación.* La adquisición de inmuebles va a estar fuera de este modo de adquirir por ocupación, que se limita a los muebles, porque se recoge una específica atribución estatal de los inmuebles vacantes de forma autónoma, adquisición estatal de estos inmuebles *nullius* o mostrencos que aparece en los artículos 21 y 22: Artículo 21. *Pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido. -Los bienes a que se refiere el párrafo anterior se entenderán adquiridos, desde luego, por el Estado, y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a un año, pues en tal caso el Estado tendrá que entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria.*

A lo que añade el artículo 22: *También corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos, sin título, por entidades o particulares, pudiendo reivindicarlos con arreglo a las Leyes...*

BAYONA DE PEROGORDO (4) desde el punto de vista administrativo, reitera que «con la regulación dada por esta Ley se zanja la polémica doctrinal exis-

(4) BAYONA DE PEROGORDO, Juan José, *El Patrimonio del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 243.

tente en torno a la admisibilidad de ocupación de bienes inmuebles por los particulares». Y luego CHINCHILLA MARÍN (5), «el derecho del Estado a adquirir todo bien mueble o inmueble vacante o de incierto dueño será definitivamente consagrado por la Ley de Mostrencos ...que no fue objeto de derogación expresa hasta la LPE, la cual vino a zanjar, con ello, definitivamente la polémica que sobre su vigencia había suscitado la entrada en vigor del Código civil». No cabe, en realidad nunca cupo, ocupación de los inmuebles por los particulares.

La Ley de 1964 es sucedida por la La Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP), Ley 33/2003, de 3 noviembre, que regula las adquisiciones de bienes en el Título I, *Adquisición de bienes y derechos*, Capítulo único, refiriendo su artículo 15 los «*Modos de adquirir*» de la siguiente manera: *Las Administraciones públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico y, en particular, por los siguientes: a) Por atribución de la Ley. b) A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación. c) Por herencia, legado o donación. d) Por prescripción. e) Por ocupación.*

En relación a los *Inmuebles vacantes*, el artículo 17 LPAP dice: *1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. -2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la Ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella... (6).*

Este artículo 17, junto al 18, que se ocupa de los saldos y depósitos abandonados y su atribución a la Administración, refieren las dos adquisiciones que tienen lugar «*por atribución de la Ley*». La expresión «*carecieren de dueño*» del artículo 17 ya sabemos que debe interpretarse en el sentido de que no tengan actualmente dueño, aunque lo tuvieran con anterioridad. Los artículos subsiguientes se ocupan de los otros modos de adquirir, regulando las adquisiciones a título oneroso (artículo 19), las adquisiciones hereditarias y

(5) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Bienes patrimoniales del Estado (Concepto y formas de adquisición por atribución de ley)*, Marcial Pons, 2001, p. 180.

(6) Sigue el precepto: *...a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta Ley. 3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. -4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda.*

a título gratuito (arts. 20 y 21), la prescripción adquisitiva [artículo 22 (7)], la ocupación (art. 23), y las adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria y en procedimientos judiciales (ejecutivos u otros) o administrativos (arts. 24 y siguientes).

2. La justificación de la atribución-adquisición por el Estado: inconstitucionalidad de la norma autonómica

El interés de este supuesto adquisitivo (y del examen de sus antecedentes históricos) está en que ha sido y es reclamado en la actualidad por las Administraciones autonómicas que se postulan como beneficiarias de la adquisición. Los argumentos que esgrimen, a partir de ahora, van en la línea de justificar una atribución autonómica de estos bienes, y esto desde el principio, así la CA de Cataluña, en su Ley del Patrimonio de 1981, artículo 11, a cuyo tenor: *La Generalidad puede reivindicar, de acuerdo con las leyes, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares. En este supuesto corresponderá a la Generalidad la prueba de su derecho y los detentadores o poseedores no podrán ser inquietados en la posesión hasta que sean vencidos en juicio por sentencia firme.* Como señalaba MOREU BALLONGA (8), este intento no tuvo éxito por la actuación del Tribunal Constitucional en la: «...sentencia 58/1982 del Tribunal Constitucional de 27 de julio, Ponente Excmo. Sr. Francisco RUBIO LLORENTE, que declaró inconstitucional el artículo 11 de la Ley catalana 11/1981, de 7 de diciembre (9) (precepto equivalente

(7) Modo de adquirir que, según DOMÍNGUEZ LUELMO, tendrá lugar tras una toma de posesión incluso existiendo propietario del inmueble: «Puede suceder que ese momento no sea conocido exactamente (v.gr. se considera que ya no es posible que el propietario pueda presentarse y probar su dominio); pero sí en la realidad el inmueble no carece de dueño, porque existe un propietario que puede probar su derecho, el Estado podría llegar a adquirir la propiedad por usucapión una vez que hubiera tomado posesión del inmueble. El art. 15.d) de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas se refiere a este modo de adquirir por parte de las Administraciones Públicas. A ello se añade en el art. 22, bajo la rúbrica de Prescripción adquisitiva que *las Administraciones públicas podrán adquirir bienes por prescripción con arreglo a lo establecido en el Código Civil y en las leyes especiales*». Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas», *El consultor inmobiliario*, n° 63, dic. 2005, p. 10.

(8) MOREU BALLONGA, «Sentencia de 21 de marzo de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 54, 2000, p. 1061.

(9) El precepto controvertido era el citado artículo 11, que guarda un evidente paralelismo con el artículo 22 de la Ley del Patrimonio del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 1.022/1964, de 5 de abril). Sin embargo, llama la atención el que la Ley del Patrimonio de la Generalidad no haya recogido también otro precepto equivalente al artículo 21 de la Ley del Patrimonio del Estado (a tenor de cuyo párrafo primero: *Pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuviesen vacantes y sin dueño conocido.* Y no menos extrañeza causa la discordancia que en

al art. 22 de la Ley del Patrimonio del Estado, que se refiere a los inmuebles poseídos sin título, pero aquél para atribuirlos a la Generalidad de Cataluña), entendiendo que no podía fundamentarse dicho precepto en el artículo 43.2.º del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que reconoce competencia legislativa al Parlamento catalán sobre el Patrimonio de la Generalidad».

El Tribunal Constitucional argumentó que el derecho a los mostrencos es una derivación de la vieja regalía, que con la Ley de Mostrencos había pasado al Estado. y que «por ello, en cuanto que la titularidad de la soberanía corresponde al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución de los bienes vacantes», y RODRÍGUEZ CARBAJO (10) concreta esta fundamentación diciendo: «Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional afirma que ni el artículo 132, apartado 3.º, de la Constitución, ni el artículo 17.e) de la LOFCA, son un obstáculo para afirmar la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su propio patrimonio en los términos resultantes de los respectivos Estatutos de Autonomía. Ahora bien, si en principio las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar sobre su propio patrimonio, la misma tiene unos límites, de los cuales interesa destacar como más importante a nuestros efectos la afirmación del Tribunal Constitucional de que las Comunidades Autónomas al establecer la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales y en otros extremos, deberán respetar la legislación civil, que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8º de la Constitución)». Aquí se está cambiando la fundamentación de la extralimitación autonómica, que no está en el ámbito administrativo-patrimonial, sino en los límites en materia de Derecho civil, y ello sin la necesaria salvedad en favor de las Comunidades Autónomas que tengan derecho foral, opinando el autor que el establecimiento de la mencionada dicotomía bienes demaniales-patrimoniales no es materia que pueda ser regulada por las Comunidades Autónomas con derecho foral al amparo de la *conservación, modificación y desarrollo* de que habla el artículo 149.1.8º de la Constitución —en realidad, lo que se regula es un peculiar modo de adquirir, no una calificación de determinados bienes públicos—. Para el autor el Tribunal Constitucional no acepta la tesis foralista conforme a la cual los

las interpretaciones de este artículo 11 de la Ley del Patrimonio de la Generalidad existió entre los representantes del Consejo Ejecutivo de la Generalidad y del Parlamento catalán; así, mientras para este último la norma era puramente procedimental y no atribuía derecho alguno, en cambio para la representación del Consejo Ejecutivo de la Generalidad tal precepto implicaba la atribución a la Generalidad de los mostrencos en su territorio. Quizá se estuviera pensando en una vía indirecta para la atribución en contra de lo dictado por la Ley estatal.

(10) RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón, «La competencia de las Comunidades autónomas para legislar sobre su patrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. 179 a 184.

órganos legislativos de las Comunidades Autónomas con derecho foral pueden legislar sobre cualquier materia civil que no sea una de las expresamente exceptuadas por el artículo 149.1.8º de la Constitución.

Sin embargo la decisión se toma en base a argumentos histórico-políticos, siendo el único concepto relevante el de determinar la sede del poder político, (primero el rey —regalía— y luego el Estado —soberanía—) como vector que recibe históricamente la propiedad de los mostrencos y por tanto puede decidir la atribución de los mismos. La argumentación de refuerzo de los límites al desarrollo autonómico en materia civil no aparece ni está del todo consolidada por la imprecisión de los argumentos que se mueven a caballo entre el ámbito civil y el administrativo. La argumentación histórico-política resulta chocante por cuando la discusión en cuanto a la existencia o no de competencia en una Autonomía se entabla siempre sobre argumentos de carácter constitucional-positivo, decidiendo si cabe o no en las materias, o con lo límites, o bajo las condiciones, que la propia Constitución y la jurisprudencia constitucional determinen (y así ocurre en cuanto a los demás preceptos recurridos, en los que se argumenta con la LOFCA o la Constitución).

Por todo ello concluye RODRÍGUEZ CARBAJO (11) que «...el Tribunal Constitucional no ha utilizado el posible razonamiento de considerar la atribución al Estado de los inmuebles vacantes como un modo de adquirir regulado por el Derecho Civil y que, por tanto, podría considerarse que forma parte de la legislación civil que es competencia «exclusiva» del Estado. Ello supone que el Tribunal Constitucional ha aceptado implícitamente que «ocupación» y «adquisición por el Estado de los inmuebles vacantes» son dos modos distintos de adquirir la propiedad, el primero recogido en el párrafo primero del artículo 609 del Código Civil y el segundo realizado al amparo del mismo artículo 609 cuando establece que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley ...». Esta distinción entre ambos modos de adquirir está además recogida en la citada Ley del Patrimonio del Estado (arts. 19, 1.0 y 5º, 21 y 22 y 26)». De acuerdo con esto, del fallo del Tribunal Constitucional se desprende que la adquisición por el Estado de los inmuebles vacantes es el modo de adquirir «por Ley» y vinculado al concepto de soberanía cuya titularidad corresponde al Estado, y que, por tanto, tal modo de adquirir la propiedad se diferencia de la ocupación y se sitúa en una órbita distinta al concepto de «legislación civil» del artículo 149.1.8º de la Constitución. Esto es como decir que no se incluye dicha norma en la competencia *legislación civil*, por lo que no es susceptible de atribución autonómica (pero sin que este razonamiento exprese en qué «órbita» nos encontramos). Estamos ante una

(11) RODRÍGUEZ CARBAJO, *op. cit.*, pp. 179 a 184.

interpretación de las intenciones de los magistrados, sin embargo su interés se manifestará en posteriores sentencias, como veremos.

En segundo lugar y, como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional admite que «los bienes vacantes podrían, en principio, ser admitidos a Entes distintos de la Administración Central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución». Como esto no se ha efectuado por el órgano decisorio (entendiendo que el Parlamento), no cabe decisión legislativa autonómica. En este sentido, ha opinado el citado autor, como estamos ante una decisión de mera conveniencia, nada obstaría a que en nuestro Derecho se llegase a una situación similar a la del Derecho alemán, en el cual y según el parágrafo 928 del BGB: «el derecho a la apropiación de la finca abandonada corresponde al Fisco del Estado federado en cuyo territorio está situada la finca».

3. Las fundamentaciones en la nueva regulación nacional de 2003

El siguiente momento en esta pugna lo vemos en la tramitación de la LPAP de 2003, en la que, como señala DOMÍNGUEZ LUELMO (12), se intentaron diversas enmiendas que cambiasen la atribución de los mostrencos: «Por lo que se refiere a estas enmiendas, coincide el texto propuesto en el Congreso de los Diputados por las enmiendas núm. 7 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), y núm. 145 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). En ambos casos la redacción propuesta, no afectaba al régimen de adquisición de los inmuebles vacantes, sino que se limitaba a sustituir las referencias a la Administración del Estado por la de la Comunidad Autónoma correspondiente». Como se ve, en la línea autonómica actual y con una aplicación territorial del propio Derecho. Sigue contando el autor cómo en la justificación de cada una de estas enmiendas se utilizaban argumentos bien conocidos, así en el caso del Grupo Parlamentario Vasco se dice lo siguiente: «Conforme a la jurisprudencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1982, de 27 de julio, «los bienes vacantes podrían en principio ser atribuidos a entes distintos de la Administración Central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no una de sus partes puede modificar la actual distribución». Con la enmienda que se propone la atribución de estos bienes se hace, por Ley del Estado, a favor de las Comunidades Autónomas. En coherencia con ello es necesario sustituir en los apartados 2 y 3 del citado artículo, el término

(12) DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas», *El consultor inmobiliario*, n° 63, dic. 2005, p. 19.

«Administración General del Estado» por el de «Administración adquirente». En suma, se pide que el órgano soberano nacional atribuya los mostrencos a la Administración autonómica.

Parecida era la motivación de la enmienda del Grupo Parlamentario Catalán, que añadía no obstante el argumento de la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1998, de 2 de julio, en relación a la Ley de Concentración Parcelaria de Castilla y León de 1990, que luego veremos, y que permite atribuir bienes a entes distintos de la Administración Central. En el Senado se vuelve a los mismos planteamientos con la originalidad del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos que ofrece para sus enmiendas una justificación diferente: «Se propone de conformidad con la jurisprudencia, que mediante esta Ley estatal la atribución de los bienes vacantes se efectúe en favor de las Comunidades Autónomas, ya que estas instituciones no existían cuando se aprobaron las Leyes de Patrimonio del Estado de 1962 y 1964, y que ahora se derogan».

«Para el caso de que no prosperara —como no lo hizo— este enfoque», nos sigue diciendo DOMÍNGUEZ LUELMO (13), «el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) planteó otra posibilidad (según se decía, «en coherencia con los principios relativos a los bienes enumerados en los arts. 6 y 8 del Proyecto de Ley»), a través de las enmiendas núm. 146 en el Congreso de los Diputados, y núm. 153 en el Senado, ambas de sentido idéntico. Se trataba de añadir al art. 17 un nuevo apartado 5 con el siguiente contenido: «5. Una vez la Administración General del Estado haya tomado posesión de los mismos, en el plazo de un año deberán destinarse a un uso general, al servicio público al cumplimiento de otros fines o funciones públicas. Transcurrido el mencionado plazo sin que se hayan destinado dichos bienes a dichas finalidades, previa solicitud de las Comunidades Autónomas en cuyo ámbito territorial se encuentren los bienes, la Administración General del Estado deberá ceder gratuitamente la propiedad de los mismos a las Comunidades Autónomas, en los términos y condiciones que prevé la Sección Quinta del Capítulo y del Título y de esta ley, si bien, en estos casos, el derecho de reversión únicamente se ejercerá en los supuestos de que los bienes cedidos no se destinen a un uso general, al servicio público o al cumplimiento de otros fines o funciones públicas, derecho de reversión que comportará que el cesionario pueda ser indemnizado por los gastos e inversiones que haya realizado para cumplir con el destino de los bienes cedidos».

Estas propuestas fueron todas rechazadas, quedando el texto legal y la atribución de los bienes a la Administración General tal y como se ha

(13) DOMÍNGUEZ LUELMO, «La adquisición de inmuebles ...», p. 19.

examinado. La cesión gratuita de que se habla aparece regulada en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas en los arts. 145 a 151, pero más bien como una posibilidad residual y condicionada señalando el art. 145.1 que «*Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a comunidades autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública*». No obstante, esta cesión será gratuita, pero se dice que no es propiamente una donación: es obligatoria para la Administración General del Estado dándose las circunstancias de inactividad señaladas, claro que sin señalarse un plazo, lo que en realidad le da un carácter graciable al asunto. CHINCHILLA MARÍN (14) advierte que nunca se consideró que la atribución de estos bienes a las Comunidades Autónomas fuese una exigencia derivada de la distribución constitucional de las competencias, sino que la jurisprudencia «permitía» atribuirlos a las Comunidades Autónomas, que se trataba de una posibilidad, derivada de la anteriormente examinada STC de 1982 que había dispuesto que los bienes vacantes podrían atribuirse a entes distintos de la Administración General del Estado. Naturalmente, razona la autora, «...tan Estado es, a estos efectos, la Administración General del Estado, como la de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales». No hay por tanto una obligación constitucional-competencial de atribución de los bienes inmuebles vacantes a las Comunidades autónomas donde se encuentren. Pero, paralelamente, tampoco existe un mandato constitucional de atribución de dichos bienes a instancias estatales. Estamos por tanto, opina la autora, ante una opción, y «...siendo ello así, en mi opinión, resulta más acorde con la actual organización territorial del Estado que los bienes vacantes se integren en el patrimonio de las Administraciones más cercanas a los ciudadanos para que esos bienes, situados en sus respectivos territorios, sirvan a los intereses de sus respectivas comunidades». Se vuelve por tanto a la idea de que la regla atributiva es de mera conveniencia, constitucionalmente indiferente.

En contra de esta «indiferencia constitucional», el Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de la Ley de 2003, de 3 de abril de 2003 (15), punto III, que dejándose de conveniencias pasa inmediatamente a exponer la cuestión en términos competenciales. Se explica que la referencia al 149.1.8^o CE es interpretada como atributiva de la legislación civil al Estado, *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades*

(14) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Adquisición de bienes y derechos», en *Comentarios a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las AAPP*, coord. C. Chinchilla, Thomson – Civitas, Madrid, 2004, p. 159.

(15) JUR\2003\277942.

Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, claro, pero sin que esto determine que la atribución inicial de la competencia estatal civil impida la posibilidad de calificar los preceptos de la ley sobre Patrimonio como básicos, no básicos y directamente aplicables, decidiendo que «...a juicio de este Consejo de Estado, y sin perjuicio de las observaciones que a continuación se realizarán a la redacción de la disposición final tercera del anteproyecto, éste realiza una correcta aplicación e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la delimitación de las materias a las que debe darse carácter de legislación básica ... Así, se ha entendido que son competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.8º de la Constitución, por formar parte de la «legislación civil», la determinación de la titularidad de los bienes mostrencos».

Sin embargo, y como señala DOMÍNGUEZ LUELMO (16), estas justificaciones cambian más adelante: «Sorprendentemente, el planteamiento cambia en el Proyecto de Ley, y se consagra en la definitiva aprobación de la Ley. Los diferentes títulos competenciales que se utilizan en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas vienen recogidos en su Disposición final segunda. Merece la pena destacar lo que se establece en el núm. 2 de la misma: «Las siguientes disposiciones de esta ley se dictan al amparo del art. 149.1.8º de la Constitución, y son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan: (...) art. 15; art. 17; art. 18; art. 20, apartados 2 y 3; art. 22; art. 23 (...)» (17). En realidad, esta parte de la Disposición final segunda sobra o, como mucho, sólo sirve para advertir de que el contenido de los mencionados preceptos de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas es «legislación civil», y que por tanto es aplicable lo dispuesto, en el art. 149.1.8º de la Constitución». Se trata, como vemos, de un argumento competencial *ratione materiae*, y no fundado en el carácter básico de la legislación.

Señala este autor que son muchas las leyes estatales que incluyen dentro de sus Disposiciones finales una mención relativa al título competencial, y que al decir que la Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.8º de la

(16) Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas», *El consultor inmobiliario*, nº 63, dic. 2005, pp. 28-29.

(17) En concreto: Disposición final segunda. Títulos competenciales. 1. *Las siguientes disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.6º de la Constitución, y son de aplicación general el artículo 43 y artículo 110, apartado 3.* -2. *Las siguientes disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.8º de la Constitución, y son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan: artículo 4; artículo 5, apartados 1, 2 y 4; artículo 7, apartado 1; artículo 15; artículo 17; artículo 18; artículo 20, apartados 2 y 3; artículo 22; artículo 23; artículo 30, apartados 1 y 2...*

Constitución lo único que se hace es reconocer simplemente que el Estado tiene competencia para legislar en materia civil, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil; es decir que tienen competencia para legislar en materia civil, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, con lo que no hemos resuelto nada (pues ya hemos asumido que precisamente de Comunidades forales estábamos hablando). Termina por ello DOMÍNGUEZ LUELMO (18) diciendo: «Pero ello, dicho por una Ley estatal, produce el mismo efecto que el que lo dijera una Ley autonómica: ningún efecto. Al no estar ante una de las materias civiles que en todo caso corresponde al Estado, realmente el contenido de la Disposición final segunda de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas excede del ámbito de potestades que competen al legislador ordinario (es indiferente que éste sea estatal u autonómico), pues la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas depende sólo de la Constitución y de los respectivos Estatutos de Autonomía, y en ningún caso puede venir condicionado por una ley». Aquí el autor no se sabe muy bien qué quiere afirmar, cuando lo previsto en la Disposición final 2ª de la LPAP es bastante claro: no basta quedarse en la primera afirmación competencial del precepto de la aplicación general sin pasar a resaltar la frase *sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan*, que es la que nos da el exacto esquema de la cuestión: hay Comunidades autónomas que pueden asumir competencia en la materia, las forales, y otras no, y la competencia de la que estamos hablando, al referirla expresamente al art. 149.1.8º CE, es la «legislación civil», y no otra, y el ámbito en que estas comunidades pueden desarrollar esta competencia es, por la expresa inclusión en esta Disposición del art. 17 LPAP (y del 18) el de los mostreros y depósitos abandonados.

Por tanto no existe una correcta justificación para la atribución competencial exclusiva a la Administración central (aunque tampoco a favor de las CCAA), al haberse abandonado la justificación histórico-política de la STC de 1982 (19). Cabe añadir otra argumentación, utilizada por el Abogado del Estado en la STC 58/1982, que podría haberse tomado como fundamentadora de lo señalado en el actual art. 17 LPAP, que es la de que la atribución de bienes sin dueño pertenece a la esfera del Derecho Administrativo, afectando a la competencia que al Estado le atribuye el art. 149.1.14ª y 18ª de la Cons-

(18) DOMÍNGUEZ LUELMO, «La adquisición de inmuebles vacantes ...», pp. 28-29.

(19) Niega además DOMÍNGUEZ LUELMO que pudiera entenderse que este art. 17 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas tuviese el valor de Derecho supletorio, esto en base a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, y el hecho de que la competencia legislativa civil sólo esté en algunas Comunidades, no en todas: la supletoriedad exige que exista competencia que suplir, y este no es el caso para todas las Comunidades.

titución, conceptos «Hacienda general y Deuda del Estado» y «Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas». Realmente esta argumentación es técnicamente superior, y más convincente que el recurso a la legislación histórica y a la soberanía que hace la citada sentencia. Engarza además con la atribución de los mostrencos en una Ley de naturaleza administrativa, y es coherente con el tratamiento histórico de la cuestión. El que no sirve al Estado es el argumento competencial en base al 149.1.8º, como acabamos de ver, pues ello implica precisamente el permitir regular a las Comunidades autónomas «forales» sobre esta materia, no el impedirselo: es un argumento para las Comunidades forales, no para el Estado.

4. Las nuevas tendencias y vacilaciones del Tribunal Constitucional

Las actuales líneas de desarrollo de los Derechos autonómicos se describen por una potenciación de la normativa propia, y la asunción de todos los ámbitos posibles que la Constitución permite. La adquisición *ex lege* de los bienes mostrencos se halla en esta línea de desarrollo, lo que pasamos a ver en el caso de Navarra.

Efectivamente, en esta Comunidad Autónoma se dicta la Ley Foral de Patrimonio de Navarra, Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, cuyo artículo 15, bajo el titulillo «Inmuebles vacantes», dice: *Pertencen a la Comunidad Foral de Navarra, por ministerio de esta Ley Foral, los inmuebles situados en su territorio que carecieren de dueño. –No obstante, no se derivarán obligaciones o responsabilidades para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por razón de la propiedad, en tanto no se produzca la incorporación de los mismos a su Patrimonio previa instrucción de un expediente que se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Ley Foral.* Como vemos, una adquisición *ex lege* de los inmuebles mostrencos. A lo que se añade en cuanto a los saldos y depósitos abandonados en el artículo 16: *1. Pertencen a la Comunidad Foral de Navarra, por ministerio de esta Ley Foral, los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras sitas en Navarra, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos que se encuentren abandonados, previa instrucción de un expediente que se tramitará conforme a lo previsto en el artículo 55. A estos efectos, se presumirá que están abandonados cuando respecto de los mismos no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años. –2. Las entidades depositarias están obligadas a comunicar al Departamento compe-*

tente en materia de patrimonio la existencia de tales depósitos y saldos en la forma que se determine... Como vemos, la exacta equivalencia autonómica a los artículos 17 y 18 LPAP. La Exposición de motivos califica estas normas como mera «novedad»: «Se incluyen novedades en cuanto a la adquisición por ministerio de la propia Ley Foral como es el caso de los inmuebles vacantes y los saldos y depósitos abandonados o la adquisición a título gratuito por cesión administrativa que se incorpora para facilitar el intercambio de bienes y derechos de dominio público entre las Administraciones Públicas, regulándose con mayor detalle los órganos competentes para adquirir y los procedimientos a que deben ajustarse en su actuación».

Se podrá discutir la legitimidad de este intento, pero no la inconstitucionalidad del mismo a la vista de la jurisprudencia constitucional hasta ahora examinada, por lo que mediante escrito presentado en el Registro del Tribunal Constitucional el día 22 de enero de 2008, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 15 y 16 de esta Ley foral del Patrimonio de Navarra.

Sin embargo, por ahora la respuesta del Tribunal se ha limitado a la del Auto de 12 junio de 2008 (20), en el que se acuerda el levantamiento de la suspensión de la vigencia y aplicación de dichos preceptos por considerar que los perjuicios que se seguirían de la posterior declaración de inconstitucionalidad serían irrelevantes: «... En efecto, para el caso de que tales bienes permanezcan integrados en el Patrimonio de la Comunidad Foral de Navarra, habiendo sido incorporados al mismo de acuerdo con las previsiones de la citada Ley foral 14/2007, ningún impedimento habría para que su titularidad, junto con los frutos y rentas que los mismos hubieran podido generar, se atribuyan, llegado el caso, al Estado, pues la dicha atribución sería una lógica consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado... Igualmente, para el caso de que dichos bienes hubieran sido enajenados a terceros con el fin de procurar ingresos a la Hacienda foral, tampoco han de producirse perjuicios derivados de la entrada del bien así enajenado en el tráfico jurídico privado. En ese supuesto, lo reintegrable podrá ser el fruto obtenido por la Comunidad Foral como resultado de dicha enajenación y, en cualquier caso, la pendencia del proceso deberá ser puesta en conocimiento de los potenciales adquirentes por la propia Comunidad Foral».

Todo ello si se produce una decisión de inconstitucionalidad, lo que a la vista de la actual situación política puede no producirse. Especialmente significativa lo ha sido la reciente STC de 28 de junio de 2010, del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Si el argumento que se discute es el de que la

(20) AUTO núm. 157/2008 RTC 2008\157.

atribución de estos bienes vacantes al Estado es una mera decisión legislativa, y por ello en último término política, o incluso si se parte del argumento de que se trata de un residuo ligado a la idea de soberanía, fácil es que cambie. Especialmente tras el asentamiento y reafirmación estatutaria de la exclusiva sobre la legislación civil por parte de la Comunidad Autónoma catalana que, como acabamos de ver, deja a salvo la esperada Sentencia de 28 de junio de 2010, ello unido a la idea de que los bienes abandonados son materia civil, y por ello asumida por las Comunidades forales. Y esto pese a la predicada vinculación del legislativo autonómico —de todas las Administraciones— a la doctrina constitucional predicada por el art. 164.1º CE de vinculación a las decisiones de este Tribunal por parte de todos los poderes, incluso del legislativo, que ya se ha visto qué efecto han tenido en relación a esta Ley foral de Patrimonio de Navarra de 2007.

III. LOS SUPUESTOS DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA

1. Otra cuestión de constitucionalidad relacionada: la concentración parcelaria

Otro hito en este «pulso competencial» lo constituyó el recurso de inconstitucionalidad núm. 572/1991, promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria, que termina con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1998 de 2 julio (21). Se discutía la constitucionalidad, en la cuestión que nos ocupa, del art. 66.1, 3 y 4, y del art. 100 b) de dicha Ley: «Art. 66. 1. Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante el período normal de investigación, se incluirán también en el Acta de Reorganización, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes... 3. Transcurridos los cinco años a que se refiere el párrafo anterior, la Dirección General remitirá a la Consejería de Economía y Hacienda, a los efectos determinados en la legislación sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma, relación de los bienes cuyo dueño no hubiere aparecido con mención de las situaciones posesorias que figuren en el Acta de Reorganización. 4. La Dirección General queda facultada para ceder en precario al Ayuntamiento que corresponda el cultivo de las fincas sin dueño conocido que nadie posea. La Consejería de Economía y Hacienda destinará las citadas fincas al Fondo de Tierras o a la realización en ellas de obras de restauración del medio natural». Y «Art. 100. En cada zona de concentración

(21) RTC\1998\150.

parcelaria si es posible, y analizada su conveniencia, se constituirá un Fondo de Tierras que se formará, en lo posible, con las siguientes aportaciones: ...b) Fincas de propietarios desconocidos que se adjudiquen a la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo establecido en el art. 66».

Naturalmente entendía la Abogacía del Estado que estábamos ante una atribución de bienes vacantes a la Comunidad Autónoma que vulneraba la doctrina competencial de la anterior Sentencia 58/1982, mientras que la argumentación de la Comunidad descansaba igualmente sobre la citada sentencia, manteniendo que su tenor literal no impedía la atribución de los bienes a las Comunidades, y que la concentración parcelaria en la que se detecta la existencia de dichos bienes es de competencia autonómica.

La decisión del Tribunal se basa en la anterior Sentencia de 1982, reproduciendo gran parte de su argumentación. Comienza apoyándose en la idea de soberanía (y competencia) estatal, de que se trata en suma de una decisión estatal y no autonómica, y además ya tomada, al decir: *«Si bien la STC 58/1982 dejó abierta la posibilidad de que los bienes vacantes pudieran ser atribuidos a «entes distintos de la Administración Central», también se dijo en ella que «sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar tal atribución»*. Pero inmediatamente a continuación opta por la justificación en la distribución competencial de la Constitución y su art. 149.1.8º, aprovechando que la Comunidad de Castilla-León no es de las forales: *«Lo dicho tiene su fundamento, como señala correctamente el Abogado del Estado, en la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos. Habida cuenta de que la competencia en dicha materia corresponde al Estado, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8 CE), deberá ser una Ley estatal quien realice tal atribución, pues en caso contrario la legislación de las Comunidades Autónomas que se atribuyera dichos bienes dejaría vacía de contenido en este punto concreto la competencia del Estado. Por ello, procede declarar inconstitucionales el art. 66.1,3 y 4 y, por conexión, y el art. 100 b)*. El argumento, aquí, es correcto. No lo sería en relación a otras Comunidades que sí cuentan con este Derecho especial, con lo que esta argumentación deja abierta la vía para la atribución de estos inmuebles por las Comunidades forales, pues expresamente afirma la «naturaleza civil» del tema. Sin embargo el argumento primero (el de que es materia conexa con la soberanía y debe ser un órgano soberano —nacional, no autonómico— el que decida) sigue valiendo porque, como vamos a ver, sí existe una regulación estatal en la LPAP.

2. La regulación nacional

Tratando de las (relativas) novedades de la Ley Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, se hace también preciso mencionar en este punto la asignación de fincas al Estado en procedimientos de concentración parcelaria que hace el artículo 49 de la misma, al señalar: *No será necesario tramitar el procedimiento de investigación cuando con motivo de concentraciones parcelarias se asignen a la Administración General del Estado fincas de reemplazo carentes de titular. –El acto o acuerdo de asignación constituirá título suficiente para la toma de posesión e inscripción de las mismas a favor de la Administración.* Ahora bien, resulta evidente que estas fincas son —ya— del Estado porque ya lo eran las de procedencia a las que sustituyen, habiendo sido adquiridas en cuanto que mostrencas. No estamos por tanto ante una adquisición distinta sino que el procedimiento de concentración parcelaria suple al de investigación para la detección de dichas fincas como vacantes. Esta regulación proviene del art. 205 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y lo en ella previsto debería ampliarse a otros procedimientos de la misma naturaleza pero de finalidad urbanizadora: si en el proceso urbanizador se detecta la presencia de fincas sin dueño, la solución tiene que ser la misma pues la atribución de los mostrencos al Estado depende exclusivamente de su situación de vacancia de propiedad, con independencia de su calificación de bienes rústicos o urbanos.

En este sentido, destaca ALONSO MÁS (22) la prevención prevista en el art. 190.1 de esta LPAP que confirma la solución anterior, al ocuparse de la *Ejecución del planeamiento* y decir que *Los notarios no podrán autorizar el otorgamiento de escrituras públicas de constitución de juntas de compensación u otras entidades urbanísticas colaboradoras sin que previamente los otorgantes justifiquen ante ellos que la totalidad de la superficie incluida en la unidad de ejecución ha sido plenamente identificada, en cuanto a la titularidad de las fincas que la componen, o que la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente ha sido notificada fehacientemente de la existencia de terrenos de titularidad desconocida o no acreditada. Se considerará identificada la titularidad respecto a las fincas calificadas como litigiosas, siempre que se aporten títulos justificativos del dominio.*

La Ley se completa con su Reglamento, de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (23), aprobado por Real Decreto 1373/2009, de

(22) ALONSO MÁS, M^o. José, «Adquisición de bienes y derechos», en *El régimen jurídico general del Patrimonio de las AAPP. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, dir. J. F. Mestre Delgado, El Consultor, Madrid, 2004, p. 282.

(23) RCL 2009\1793.

28 agosto, cuya Disposición Derogatoria única deja sin vigor: «a) *El Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado*». No obstante, este nuevo Reglamento no introduce modificaciones en el planteamiento de la cuestión tal y como ha sido examinada, completando algunos extremos, así por ejemplo en cuando a las adjudicaciones consiguientes a procedimientos de concentración parcelaria, la Disposición adicional segunda (24).

3. La regulación aragonesa

Semejante a lo que disponía el artículo 66 de la Ley de Concentración parcelaria de Castilla-León es lo que nos dice la actual Ley de Patrimonio aragonesa de 2011 en su Disposición adicional Sexta: *Fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria*. 1. *Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria se incluirán también en el acta de reorganización de la concentración parcelaria, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes. Tales fincas, sin embargo, no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad Autónoma...* (25). Lo importante es la atribución que hace el nº 4 de esta Disposición: 4. *Los bienes indicados en el apartado anterior se adscribirán al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, previo el correspondiente pro-*

(24) *Concentración parcelaria. Para la toma de posesión e inscripción de las fincas procedentes de concentraciones parcelarias en las que se asignen a la Administración General del Estado fincas de reemplazo de otras carentes de titular, una vez cumplido el plazo de cinco años desde la suscripción del acta de protocolización de reordenación de la propiedad, previsto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por el Decreto 118/1973, de 12 de enero, la Unidad de Patrimonio de la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente procederá a la identificación de la finca y a la comprobación de su situación posesoria. –Si de estas actuaciones no se dedujera obstáculo alguno, el Delegado de Economía y Hacienda acordará la incorporación al patrimonio de la Administración General del Estado de la finca, su inscripción en el Registro de la Propiedad y su incorporación al Catastro y al Inventario General de Bienes y Derechos del Estado...*

(25) Sigue el precepto: 2. *El departamento competente en materia de concentración parcelaria está facultado, dentro de los cinco años siguientes a la fecha del acta, para reconocer el dominio de estas fincas a favor de quien lo acredite suficientemente y para ordenar en tal caso que se protocolicen las correspondientes rectificaciones del acta de reorganización, de las cuales el notario expedirá copia a efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad con sujeción al mismo régimen del acta.*

3. *Transcurridos los cinco años a que se refiere el apartado anterior, el departamento competente en materia de concentración parcelaria remitirá al que lo sea en materia de patrimonio agrario una relación de los bienes cuyo dueño no hubiese aparecido, con mención de las situaciones posesorias que figuren en el acta de reorganización...*

cedimiento, en el que se dará publicidad a la correspondiente propuesta en el Boletín Oficial de Aragón y en el ayuntamiento en cuyo término municipal estén ubicadas las fincas. Además, y según el siguiente párrafo, 5. El departamento competente en materia de concentración parcelaria queda facultado hasta que se produzca la atribución prevista en el apartado anterior para ceder el uso en precario al ayuntamiento que corresponda, a la entidad local menor o a la comunidad de regantes, el cultivo o el uso de las fincas sin dueño.

Estamos por lo tanto ante una norma atributiva *ex lege* de la propiedad de inmuebles vacantes, vacancia detectada en un procedimiento de concentración parcelaria, que deberían corresponder en principio a la Administración estatal y no a la autonómica, en virtud de lo señalado en el art. 17 LPAP, y que la norma aragonesa atribuye a la Comunidad Autónoma. Se incurre por tanto en el mismo posible vicio de inconstitucionalidad de la Ley de Concentración parcelaria castellano-leonesa declarado por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1998 de 2 julio.

Otro tipo de inmuebles en la Ley de Patrimonio aragonesa que pueden plantear dudas son los sobrantes de procedimiento de deslinde del artículo 79 (1. *Los terrenos sobrantes de los deslindes de inmuebles de dominio público del patrimonio de Aragón podrán desafectarse en la forma prevista en el Capítulo I del Título IV de esta ley...*). Es necesario concretar estos «sobrantes», a los que antes me he referido, y que en principio parecen restos de fincas de dominio público que, deslindadas de la finca principal, siguen siendo de titularidad pública, de ahí la posibilidad de desafectación. Si por contra entendemos que el deslinde separa lo propio de lo ajeno, entonces estos sobrantes no son de titularidad pública y si lo que ocurre es que no se sabe quién es su dueño, en este caso son mostrencos, y si aplicamos la misma idea prevista para la concentración parcelaria, entonces se atribuyen a la Comunidad Autónoma. Encontramos una solución parecida en la Ley Foral de Patrimonio de Navarra, Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, cuyo artículo 56, referido a la potestad de deslinde, comienza diciendo: *1. La Administración de la Comunidad Foral podrá deslindar los bienes inmuebles de dominio público o patrimoniales cuyos límites no fueran precisos o sobre los que existan indicios de usurpación, con audiencia de los interesados. Lo interesante aparece en el número 8º: Los terrenos sobrantes de los deslindes de bienes de dominio público se integrarán, previa desafectación, en el dominio privado de la Comunidad Foral. A tal efecto, el Departamento competente en materia de patrimonio podrá instar de los Departamentos u Organismos públicos competentes el deslinde de los bienes inmuebles a efectos de determinar con precisión la extensión de éstos y la eventual existencia de terrenos sobrantes.* Aquí se pueden hacer las mismas consideraciones que las expuestas *supra*, pero lo que hay que hacer notar es que este artículo 56 no ha sido impugnado en el antes citado recurso

de inconstitucionalidad, lo que apoya la interpretación de que nos movemos en el ámbito de bienes que continúan siendo de titularidad pública, y no de mostrencos carentes de dueño.

IV. LAS CUENTAS Y DEPÓSITOS ABANDONADOS

Nos señala MOREU BALLONGA (26) cómo esta materia ha sido objeto, ya desde antiguo, de regulación especial, a partir de una Ley de 7 de julio de 1911, cuyo artículo 1 señalaba: *Se declaran bienes abandonados por su dueño, y como tales pertenecientes al Estado, acordándose administrativamente su ingreso en el Tesoro público, los efectos en metálico que se hallen constituidos en depósito, tanto voluntario como necesario, en la Caja General de Depósitos, siempre que hubieran transcurrido o transcurran más de treinta años desde la fecha de su constitución y no se hubiere cobrado en ese tiempo ningún vencimiento de los intereses devengados, ni para el cobro del capital se hubiese hecho gestión alguna por los interesados ni causahabientes.-Los depósitos que no devenguen interés se declaran en igual caso, siempre que sus dueños dejen transcurrir treinta años sin haber reclamado la devolución ni practicado gestión alguna para renovación del resguardo o para otro objeto que implique el ejercicio de su derecho de propiedad...* Se cita igualmente el Real Decreto-ley del Ministerio de Hacienda de 24 de enero de 1928. Recoge igualmente el autor la idea de Díez-PICAZO de que la legislación especial de depósitos abandonados es manifestación residual de la idea de dominio eminente del Estado, y que dicha legislación no fue sino una especificación y desarrollo de la regla general del artículo 3 de la Ley de Mostrencos, hasta que el precepto específico fue derogado en cuanto a los bienes muebles por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964. Estamos por tanto ante bienes que, habiendo tenido dueño, ahora se reputan abandonados. Posteriormente resulta de interés lo previsto en el artículo art. 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1988, que a su vez reproduce el mismo precepto de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977: *«Son bienes abandonados por su titular, y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o Entidades».*

(26) MOREU BALLONGA, *Sentencia de 21 de marzo de 2000*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, N° 54, 2000, pp. 1029-1076, p. 1052.

Con bastante posterioridad, ya aprobada la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) de 2003, juzgándose la constitucionalidad del art. 29.2 LGP en cuanto a la atribución de los saldos de depósitos y cuentas corrientes inactivas por más de veinte años, el Tribunal Constitucional, en concreto en la STC 204/2004, de 18 noviembre (27), tiene ocasión de hacer unas valoraciones acerca de las adquisiciones de bienes vacantes por el Estado, señalando: «El Estado, en cuanto bienes abandonados por sus titulares, esto es, en cuanto bienes *nullius*, los adquiere en este caso por atribución de la Ley, modo específico de adquirir bienes y derechos por el Estado previsto en la derogada Ley del patrimonio del Estado (art. 19 Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de bases del patrimonio del Estado) y contemplado hoy con carácter general para las Administraciones públicas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas (art. 15). De forma que esta regla atributiva, expresamente establecida por el legislador, constituye una excepción al régimen general dispuesto en el Código Civil de adquirir la propiedad de los bienes muebles por ocupación (art. 610 CC). Ha de resaltarse, en este sentido, que la regla atributiva en favor del Estado que se recoge en el precepto cuestionado es la plasmación de una específica y determinada opción del legislador, quien pudo, por tanto, haber previsto otra consecuencia jurídica a la declaración de abandono por su titular de los bienes a los que se refiere el precepto».

Aquí la cuestión de inconstitucionalidad trae causa del recurso de apelación núm. 828/93 promovido por el Abogado del Estado contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, de 4 de septiembre de 1993, recaída en los autos del juicio declarativo de menor cuantía núm. 1495/92, que desestimó la demanda interpuesta por aquél contra la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares (Caixa) y absolvió a esta entidad de la pretensión actora de que, con base en el art. 29.2 de la Ley general presupuestaria de 4 de enero de 1977, se declarase la obligación de la demandada de entregar al Estado los depósitos abandonados durante veinte años. Estos saldos son, según la ley vigente, del Estado, como nos dice hoy el artículo 18 de la actual Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003: *Saldos y depósitos abandonados. 1. Corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado*

(27) RTC\2004\204.

gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años. –2. La gestión, administración y explotación de estos bienes corresponderá al Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado... –3. Las entidades depositarias estarán obligadas a comunicar al Ministerio de Hacienda la existencia de tales depósitos... –4. El Banco de España, en sus actuaciones de inspección, comprobará el efectivo cumplimiento de esta obligación...

Esta regulación se completa con lo previsto en el reciente Reglamento de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, en su artículo 21: «*Gestión y Administración. 1. Los saldos y depósitos abandonados que, de conformidad con el artículo 18.1 de la Ley, corresponden a la Administración General del Estado, se gestionarán por la Dirección General del Patrimonio del Estado, previo cumplimiento de los trámites que por orden del Ministro de Economía y Hacienda se señalen para la observancia, por las entidades depositarias, de los deberes de notificación previa a los titulares afectados y de comunicación de la existencia de tales depósitos y saldos. –2. Corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado dictar la resolución por la que se declaren incursos en abandono e incorporados al Patrimonio de la Administración General del Estado los saldos y depósitos abandonados, y determinar el destino de los mismos...*».

Comentando una sentencia del TS. de 21 de marzo de 2000 (que resolvió igualmente a favor del Estado y en contra de la Caja de Ahorros de Asturias), dirá BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (28) que se aplica el precepto especial que antes de la Ley de 2003 se ocupaba del asunto, en concreto el ya citado art. 29.2 de la Ley General Presupuestaria, añadiendo: «Nos encontramos ante una atribución legal de bienes y derechos al Estado, acorde con los artículos 609 del Código Civil y 19 de la Ley de Patrimonio del Estado, basada en la existencia de un abandono de dichos bienes y derechos por parte de sus titulares. Cabe cuestionar esa atribución de bienes abandonados o vacantes, tanto para bienes muebles (como es el caso) como para bienes inmuebles (artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado), cuando la misma no viene respaldada por ocupación alguna y se hace prevalecer sobre situaciones posesorias pacíficas de sujetos privados». Conviene no obstante advertir que la posesión pacífica aquí la lleva a cabo una entidad financiera que antes era depositaria, y que poco trabajo se ha tomado en adquirir dicha posesión. En realidad la posesión que se esgrime por parte de las entidades bancarias, no siendo a título de dueño sino de depositario, no puede prevalecer frente a la reclamación dominical: lo esencial es decidir quién tiene, no quién posee.

(28) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Bienes abandonados y patrimonio del Estado», *Aranzadi Civil – Tribuna*, 2000 – I, pp. 1833-1835.

El interés de este supuesto está no en la apropiación que hacen Bancos y Cajas, sino en que ha sido reclamado por las Administraciones autonómicas (no por la aragonesa, sin embargo) como beneficiarias de la adquisición de estas cuentas y depósitos abandonados y por tanto vacantes, sin dueño, como señalaba MOREU BALLONGA (29), intento que no tuvo éxito por la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, en particular la de la citada sentencia 58/1982 de 27 de julio. Ahora bien, como se ha examinado, si se argumenta en base a dicha doctrina constitucional, la decisión se toma exclusivamente en base a argumentos histórico-políticos, siendo el único concepto relevante el de determinar la sede del poder político y la detentación de la soberanía, lo que decidirá quién es el atributario de los bienes vacantes. Por estas mismas razones, esta atribución puede cambiar, y de hecho ya hemos visto cómo la Ley Foral de Patrimonio de Navarra de 2007 en su artículo 16 reclama los saldos y depósitos abandonados afirmando que *«Pertencen a la Comunidad Foral de Navarra, por ministerio de esta Ley Foral, los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras sitas en Navarra, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos que se encuentren abandonados...»*.

En favor de la atribución estatal añade MOREU BALLONGA (30): *«Ya se ve que, aunque formulado sólo para los mostrencos inmuebles, este argumento tan genérico de la Soberanía del Estado alcanza también evidentemente a los mostrencos muebles y, por tanto, también a los depósitos abandonados, si se acepta la tesis aquí propuesta de que la normativa sobre los mismos de 1928 recondujo en realidad esta figura a la vieja noción tradicional de los mostrencos. Y por la misma razón parece defendible que el argumento del Tribunal Constitucional pudiera hacerse extensible a los derechos del Estado sobre hallazgos histórico-artísticos (arts. 40 y sigs. de la Ley de 25 de junio de 1985); sobre pecios de barcos hundidos (arts. 19 y sigs. de la Ley de 24 de diciembre de 1962); sobre aeronaves siniestradas y abandonadas (arts. 137 Y sigs. de la Ley de 21 de julio de 1960); sobre sobrantes de las subastas realizadas en los Montes de Piedad (art. 46 del Decreto de 12 de junio de 1909); sobre cosas arrebatadas por la policía a los ladrones (arts. 4 y 5 del Decreto de 15 de octubre de 1976); etc.»*. No obstante, algunos de estos ámbitos ya han sido ocupados por la Administración autonómica.

(29) MOREU BALLONGA, *Sentencia de 21 de marzo de 2000*, cit., pp. 1029-1076.

(30) MOREU BALLONGA, *Sentencia de 21 de marzo de 2000*, cit., p. 1061.

V. LA SUCESIÓN LEGAL A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

1. Antecedentes históricos y regulación actual

Los precedentes de la sucesión intestada a favor de la Administración ya han sido mencionados al tratar de los mostrencos, y se encuentran en el Derecho castellano de la Novísima Recopilación, en la Ley de Mostrencos de 1835 (los antes denominados abintestatos, en su artículo 2º: *Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes ...*) y en el Código civil de 1889 (artículos 956: *A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado, quien asignará una tercera parte de la herencia a Instituciones municipales del domicilio del difunto...*; y 957 (31), que precisa que *...se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello*).

En Derecho aragonés se encuentra alguna norma en la *Observancia De Iudaeis et Sarracenis* (32): *1. Si aliquid Sarraceni sint in villa alicuius Baronis, et aliqui ex ipsis decesserint sine filiis, potest Baro vel ipse Infantio, occupare omnia bona, et ipse debet habere omnia bona illa*. Conforme a la cual los bienes de judíos y sarracenos muertos sin hijos correspondían al Barón o Infanzón de la villa, quien podía ocupar todos los dichos bienes. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (33) cita otros antecedentes, así en el Repertorio de MOLINO «...los antiguos foristas decían que el Bayle General y sus lugartenientes tenían, entre otras, la misión de tomar posesión de los bienes de los mercaderes y otros extraños que fallecían en el Reino de Aragón, con la obligación de tenerlos a

(31) Ambos preceptos reformados por Decreto ley de 13 enero 1928. Art. 956: *A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado, quien asignará una tercera parte de la herencia a Instituciones municipales del domicilio del difunto, de Beneficencia, Instrucción, Acción social o profesionales, sean de carácter público o privado; y otra tercera parte, a Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo, tanto entre unas como entre otras, aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general. La otra tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda pública, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación; art. 957: Los derechos y obligaciones del Estado, así como a quienes se asignen las dos terceras partes de los bienes, en el caso del artículo 956, serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1023.*

(32) SAVALL Y PENEN, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1866, Tomo II, p. 52.

(33) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, vol. 1º, p. 308 y ss.

disposición de los parientes que podían reclamarlos durante un año y día ... Unos años más tarde, PORTOLÉS recoge estas citas de MOLINO y afirma que el derecho del Rey a recibir los bienes del finado sin parientes fue reconocido en la Curia del Justicia de Aragón el 7 de mayo de 1584. Según relata, el bayle tomaba posesión de los bienes y después de un año y día sin que ningún pariente los reclamase, debía acudir al Justicia mediante su Procurador fiscal para que fuesen declarados de su propiedad». En concreto, lo que PORTOLÉS (34) nos dice, sobre DEL MOLINO, que son por tanto los bienes del extranjero (*extraneus*) los que recoge el Bayle General y guarda durante un año a la espera que surja un sucesor legítimo.

Como vemos las referencias a los abintestatos se ciñen a los no aragoneses. La razón de esta peculiaridad estriba posiblemente en lo raro de dicha posibilidad de fallecimiento intestado de aragonés sin parientes con derecho a suceder *ab intestato*, porque este parentesco se extiende por lo menos hasta el décimo grado: los extranjeros no es que tuviesen menos parientes, es que éstos no estarían presentes para reclamar (lo dirá XIMÉNEZ DE ARAGÜÉS). Judíos y sarracenos, ya se ha expuesto la norma discriminatoria del Fuero que les afecta. Pero la norma se extiende a los regnícolas, pues no impide que, si no hay siquiera estos lejanísimos parientes, suceda el Rey en el abintestato del aragonés sin familia, como señalaba XIMÉNEZ DE ARAGÜÉS (en 1630) y recoge la citada autora: «Decía que el Rey en Aragón tenía derecho a la sucesión intestada de los fallecidos sin parientes y sin testamento tanto extranjeros como aragoneses. Recoge la sentencia del Justicia que trae PORTOLÉS y cita otra en el mismo sentido de 5 de mayo de 1611. Afirma que era costumbre aplicar la tercera parte de la herencia así recibida por el alma del difunto en obras pías según resolución de la Junta de Patrimonio de 22 de mayo de 1597 y recoge la referencia del Hospital Real de Zaragoza frente al fisco en la sucesión de los fallecidos en él».

El sistema se sigue aplicando (con las pertinentes adaptaciones) tras los Decretos de Nueva Planta, llegándose a afirmar por foralistas del s. XIX que no había limitación de grado en el llamamiento intestado, por lo que, tras la Ley de Mostrencos de 1835, sólo sucedía el Estado en completa ausencia de parientes. Esto fue combatido por los juristas de Derecho común, pues con el Código civil los llamamientos intestados se reducen al 6º grado, y tras los parientes sucede el Estado.

(34) PORTOLÉS, Jerónimo, *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*. Primera parte, Zaragoza : Laurentii & Didaci Robles fratrum, 1587. Fol. 273: «Molinus hoc loco afferit, quod si in hoc Regno aliquis extraneus sine haerede ab intestato decedat, Baiulus Generalis nomine domini Regis ipsa bona suscipere debet, et si infra annum appar(a)verit aliquis illius defuncti successor legitimus, bona ipsa illi restituendus sunt, sed elapso anno Fisco domini Regis applicata existunt».

El Apéndice aragonés de 1925 recoge la norma sucesoria *ab intestato* propia, sin limitación de grado para los bienes troncales conforme al artículo 39 (35), si bien para los bienes no familiares el artículo 40 (36) remite al Código civil, limitando por tanto los llamamientos al sexto grado (al cuarto, a partir de la reforma del Código de 1928). Recoge igualmente la especialidad de la sucesión del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, en el artículo 42: *No obstante lo dispuesto en los precedentes artículos, subsistirá a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza la facultad que le fue concedida por acto de Cortes de 1626, de suceder abintestato en toda clase de bienes muebles o inmuebles que no estén sujetos a recobro o reversión, a los enfermos y a los dementes que fallezcan en el establecimiento o en las casas de alienados que de él dependen, cuando no dejen descendientes, hermanos ni otros parientes colaterales dentro del cuarto grado.*

La Compilación de 1967 en su redacción originaria recoge la regla tradicional en cuanto a los bienes troncales en el artículo 133: *Tratándose de bienes troncales de abolorio...sucederán por su mismo orden los llamados en el artículo anterior, aunque sin limitación de grado;* y en cuanto a los no troncales remite al Código en el art. 135: *La sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en estos mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente.* Éste es el art. 136, que recoge el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia: *En los supuestos del artículo anterior, el Hospital*

(35) Artículo treinta y nueve. *Aparte de los recobros que los precedentes artículos regulan, en la sucesión intestada del que no deja descendencia legítima, por lo tocante a bienes adquiridos sin condición de reversión o llamamiento a título de herencia, legado o donación, que provengan de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado, se guardarán las siguientes reglas:*

1º. *Los hermanos germanos o de doble vínculo, sin distinción de sexo, recibirán, siempre que sucedan solos, la totalidad de los mencionados bienes, sean éstos de la clase que sean.*

2º. *Cuando concurren hermanos de distintos matrimonios, recaerá en los que sean de parte del padre el caudal de procedencia paterna, y en los de parte de la madre, el caudal de procedencia materna.*

Los concurrentes que sean hermanos germanos o de doble vínculo participarán con los consanguíneos o con los uterinos, respectivamente, en lo que provenga del común padre o madre.

En los bienes del caudal hereditario que no sean de procedencia paterna ni de la materna, y por tal motivo no resultan asignados, según la presente regla, se suceder del modo que la siguiente ordena.

3º. *Estos bienes últimamente mencionados, aunque existan hermanos del finado, y también la totalidad de la herencia cuando no haya hermanos, recaerán en los colaterales que tengan parentesco más próximo con el causante de la sucesión por la línea de la persona de quien el causante mismo hubo los bienes...*

(36) Artículo cuarenta. *Por lo tocante a bienes que el causante haya adquirido de parientes más lejanos del sexto grado o de extraños, así como a bienes de procedencia desconocida o granjeados por el causante mismo, la sucesión intestada se deferirá con arreglo a las comunes normas del Código Civil.*

de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza heredará abintestato a los enfermos que fallezcan en él, o en establecimientos dependientes, sin dejar cónyuge ni parientes en línea recta o colateral hasta el cuarto grado.

Tras la reforma de 1995 se introduce en la Compilación una norma por la que la Comunidad Autónoma ocupa el lugar del Estado en la sucesión intestada, en un nuevo art. 136: *1. En defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión de quien fallezca intestado bajo vecindad civil aragonesa, sucederá la Comunidad Autónoma de Aragón. –2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.* Un artículo 136 bis refiere el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia: *1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza será llamado, con preferencia, a la sucesión intestada de los enfermos que fallezcan en él. –2. Previa declaración de herederos, la Diputación Provincial de Zaragoza destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.*

La posterior Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, en su Título VII, *De la sucesión legal*, introduce como novedad la limitación al sexto grado en la sucesión troncal, artículo 211: *Cuando no haya lugar a la aplicación de los artículos anteriores, la sucesión en los bienes troncales se deferirá: 1.º A los hermanos ...3.º A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, o hasta el sexto si se trata de bienes troncales de abolorio...* En la sucesión no troncal no se cambia el límite al cuarto grado, ahora sin remisión al Código civil: Artículo 219: *Sucesión a favor de otros colaterales. 1. No habiendo hermanos ni hijos o nietos de hermanos, la herencia se defiende a los demás parientes del causante en línea colateral hasta el cuarto grado...* A continuación, en el Capítulo VI, referido a la sucesión en defecto de parientes y cónyuge, dedica el artículo 220 a la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma: *1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma. –2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.* Y el artículo 221, al tradicional Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia: *1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos depen-*

dientes. –2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital. Éste último redactado conforme a la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, y en su Preámbulo (37) nos dice: *Se mantiene el llamamiento a favor de la Comunidad Autónoma en defecto de toda otra persona llamada a la sucesión, tal como determinó la Ley 4/1995, de 29 de marzo, así como el llamado Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, en atención a lo razonable de esta tradición secular.* Luego, en su Libro III, Título VII, Capítulo VI, Sucesión en defecto de parientes y cónyuge, vemos los siguientes arts. 535, que trata de la *Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma (1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma. –2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio),* y 536, que recoge el tradicional Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia (1. *En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes. –2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital).*

La Ley del Patrimonio de Aragón, Ley 5/2011, de 10 de marzo, en su artículo 20. 4 (*La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por la Ley de las Cortes de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte*) remite a la Ley de 1999, vigente en dicho instante, y cuya integración en el Código foral tiene lugar doce días más tarde.

2. La justificación de esta sucesión

Ya hemos visto con anterioridad cómo se han producido intentos de atribución por parte de algunas Comunidades autónomas —por ahora sin éxito— de la propiedad de los inmuebles mostrencos, así como la justificación del Tribunal Constitucional de la imposibilidad de esta atribución. También

tempranamente Cataluña dictó una norma por la que la Generalidad, como órgano superior de la Comunidad Autónoma, pasaba a ocupar el puesto y lugar del Estado en el orden de suceder *ab intestato*. Así, la Ley de 20 de marzo de 1984 del Parlamento de Cataluña sobre adopción, integración en el ordenamiento jurídico catalán y modificación de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña estableció que la Generalidad de Cataluña heredaría en último lugar en la sucesión intestada, en lugar del Estado (art. 248: *Las referencias al Estado de los artículos 913, 956, 957 y 958 del Código Civil se entenderán efectuadas a la Generalidad de Cataluña*). El dato es importante por la similitud existente entre los bienes atribuidos al Estado como «vacantes» y los que adquiere como «heredero *ab intestato*», como se puso de relieve al comienzo de este artículo: la herencia que no tiene herederos se nos presenta, en sus componentes singulares, como un conjunto de bienes vacantes. En este sentido, el *Code civil* francés establece en su artículo 539 que: «todos los bienes vacantes y sin dueño, y los de las personas que fallecen sin herederos, o cuando las sucesiones son abandonadas, pertenecen al dominio público». Y pese a esta similitud, la atribución autonómica de derechos sucesorios a favor de la Autonomía no es declarada inconstitucional, como ocurrió con los mostrencos, de hecho hemos visto cómo en Aragón se ha procedido de igual modo.

Esta disparidad se explica porque nuestro Código Civil no ha configurado la sucesión del Estado como una manifestación del dominio eminente vinculada a la soberanía (como ocurre en el *Code civil*), sino como un auténtico derecho sucesorio (art. 957 del Código Civil: «Los derechos y obligaciones del Estado... serán los mismos que los de los demás herederos»). Y la Ley del Patrimonio del Estado de 1964, vigente en el momento de estas reformas, diferenciaba claramente la atribución de bienes vacantes al Estado (artículos 19, 21 y 22), de los derechos del mismo como heredero abintestato (art. 24 párrafo 2º: «*La sucesión legítima del Estado seguirá rigiéndose por el Código Civil y disposiciones complementarias*»). Ello supondría que, mientras la adquisición de bienes vacantes por el Estado es un modo de adquirir vinculado al concepto de soberanía y situado en un plano distinto de la «legislación civil» del artículo 149.1.8º de la Constitución y, por tanto, es una materia sobre la que no podrían legislar ni tan siquiera las Comunidades Autónomas con derecho foral (en la argumentación primitiva, no en la posterior que hace el Tribunal Constitucional), en cambio, la sucesión abintestato del Estado sí sería materia propia de dicha «legislación civil» y por tanto podría, eventualmente, ser objeto de «conservación, modificación o desarrollo» por las Comunidades Autónomas forales.

3. Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón

Señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ (37) la líneas generales de esta sucesión. El actual art. 535 del Código foral, como antes el 220 de la Ley de Sucesiones, llama en último lugar, a la sucesión del fallecido con vecindad civil aragonesa y a falta de parientes dentro del cuarto grado de parentesco con el causante (o del sexto si hay bienes troncales de abolorio) y de cónyuge, a la Comunidad Autónoma de Aragón: «Una cláusula de cierre de la sucesión legal que excluye el llamamiento al Estado español similar a la de otras Comunidades con derecho civil propio». Efectivamente, esta asunción del puesto *ab intestato* del Estado se ha repetido en las Comunidades forales. Añade este 535.2 que *...Previo declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.*

A la regulación reseñada hay que añadir el Decreto 191/2000, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma, y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas (B.O.A. n.º 143, de 24 de noviembre de 2000), que crea la Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, como órgano competente para la distribución del caudal relicto del que la Comunidad Autónoma de Aragón haya sido declarada heredera intestada. A la Junta Distribuidora de Herencias le compete designar los establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma de Aragón a los que debe destinarse el patrimonio heredado. La composición de dicha Junta está regulada en el artículo 14 de dicho Decreto, y modificada, por Decreto 26/2004, de 10 de febrero. La reciente Ley de Patrimonio de 2011 señala en su artículo 21.4: *Los que, por razón de su cargo o empleo público, tuvieren noticia de la existencia de algún testamento u oferta de donación a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma estarán obligados a ponerlo en conocimiento del departamento competente en materia de patrimonio. Si la disposición fuese a favor de un organismo público, deberán comunicarlo a éste.* Falta, como vemos, referencia a los *abintestatos*, pero esto se remedia con la norma reglamentaria.

En consonancia a estos derechos sucesorios, el Decreto 191/2000 señala que la iniciación del procedimiento puede tener lugar (art. 3): *1º De oficio. 2º En virtud de comunicación de las autoridades y funcionarios*

(37) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *Manual de Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2ª edición, 2006, p. 664.

públicos. 3º Por denuncia de particulares. Por tanto, las autoridades y funcionarios de todas las Administraciones Públicas que, por cualquier conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de alguna persona cuya sucesión legal se pueda deferir en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, están obligados a dar cuenta del fallecimiento al Departamento de Economía, Hacienda y Empleo. También los Jueces, Tribunales, y el Ministerio Fiscal notificarán al Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, la existencia de procedimientos judiciales de abintestato, cuando conste la vecindad civil aragonesa del causante y la inexistencia de parientes con derecho a sucederle abintestato. Asimismo cualquier persona, que tenga noticia del fallecimiento de alguien, de quien la Comunidad Autónoma de Aragón pudiera ser heredera intestada, podrá comunicarlo por escrito al Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, con derecho a percibir el porcentaje del 10% como premio (arts. 4 y 5).

Destaca la doctrina que por si había alguna duda, se reitera en la ley la necesidad de previa declaración judicial de herederos abintestato (art. 535.2 Código foral, ya visto), sin que sea posible la declaración notarial. Será posible la repudiación de la herencia por parte de la Comunidad Autónoma, en los mismos términos que se mantiene por buena parte de la doctrina para el Estado, pero, opina MARTÍNEZ MARTÍNEZ (38), sin que esto implique que sea llamado el Estado en su lugar. Como es regla general en Derecho aragonés, la Comunidad Autónoma, como cualquier heredero en Aragón, tiene su responsabilidad limitada a las fuerzas de la herencia, conforme a los arts. 40 y ss. de la Ley de Sucesiones, hoy art. 355 del Código foral.

Por último, y en cuanto a la importancia económica de estas adquisiciones, se añaden en nota algunos datos (39).

(38) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *Manual de Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2ª edición, 2006, p. 664.

(39) *El Periódico de Aragón*, 03/01/2009: «El Gobierno de Aragón ha distribuido entre 34 oenegés y entidades de carácter asistencial casi un millón de euros que había acumulado en los últimos dos años al recibir los legados de 24 personas que fallecieron sin haber declarado herederos ni tener familiares de cuarto grado, es decir, que no tenían padres, hijos, hermanos, abuelos, sobrinos ni primos. Los fondos han sido repartidos por la Junta de Distribución de Herencias, el organismo creado por el Gobierno de Aragón hace ocho años para gestionar los llamados legados ab intestato. Más de la mitad de los 981.670 euros asignados, concretamente 503.078, provienen de dos de esos 24 legados. Los fallecidos poseían un piso y un garaje en Zaragoza y una casa en Bujaraloz que fueron enajenados por el Gobierno de Aragón mediante una subasta...».

En otra noticia leemos (*El Periódico de Aragón*, 07/12/2010 A. IBÁÑEZ): «Más de 30 colectivos 'heredan' 876.000 euros. La DGA reparte 24 legados de los años 2009 y 2010 sin sucesores conocidos.

Serán 35 entidades con fines sociales las que se van a beneficiar de los 876.752 euros procedentes de 24 herencias durante este año y el pasado. En los próximos días, el Boletín Oficial de

4. Sucesión a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia

El Hospital de Nuestra Señora de Gracia hereda a los enfermos fallecidos en él en los mismos supuestos establecidos para la sucesión de la Comunidad Autónoma, como prevé el actual art. 536 del Código foral: *1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes...*

Se reproduce lo antes dicho en el art. 221 Lsuc. en la redacción definitiva dada por la Lrem. de 2003, cuya disposición final primera suprimió del art. 202.2.2º Lsuc. los términos «provincial de Zaragoza» (referidos al Hospital y que se ajustaban a la realidad cuando entra en vigor la Lsuc. de 1999) y dio nueva redacción al precepto para llamar a la Diputación General de Aragón, de quien depende en la actualidad el Hospital (hasta entonces, era llamada la Diputación Provincial de Zaragoza, organismo del que dependía el Hospital, carente de personalidad jurídica propia). Puesto que de sucesión conforme a la ley aragonesa estamos hablando, el enfermo fallecido en el Hospital habrá de tener vecindad civil aragonesa y la declaración de herederos abintestato, como expresamente señala el 536, habrá de ser judicial.

Ya hemos visto en los antecedentes legislativos expuestos cómo esta tradicional facultad del Hospital no ha dejado de estar en vigor en el Derecho aragonés desde su concesión por Acto de Corte de 1626. Se recoge en el Apéndice de 1925 y en la Compilación de 1967, manteniéndose tras su reforma de 1995. Luego la Ley de Sucesiones introdujo otra vez la sucesión del Hospital respecto de enfermos fallecidos, en las condiciones legales, en establecimientos dependientes del mismo, lo que se suprimió en la anterior reforma y se repone en la Ley de 1999.

Sigue MARTÍNEZ MARTÍNEZ (40): «Es heredero el Hospital y, por carecer éste de personalidad jurídica, la Ley llama a la Diputación General de Aragón, organismo del que depende en la actualidad dicho Hospital. La Ley obliga a que los bienes heredados o su producto si son enajenados, se destinen a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital. Ante una eventual repudiación, será llamada a suceder la Comunidad Autónoma de Aragón. El Hospital heredará, como los demás herederos en Derecho

Aragón dará a conocer los colectivos que recibirán el dinero y la proporción del mismo, en función de los proyectos presentados y la necesidad económica que tengan. Así lo decidió la pasada semana la Junta Distribuidora de Herencias, que se reunió para acordar el reparto tras estudiar las 143 solicitudes presentadas por diversas asociaciones de beneficiencia o acción social...».

(40) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *Manual... cit.*, p. 665.

aragonés, con limitada responsabilidad a las fuerzas de la herencia (art. 40 y ss. Lsuc.)». La actual regulación mantiene también el destino de los bienes, conforme al 536.2: *Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.*

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS^(*) ^(**)

REYES PALÁ LAGUNA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.– II. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL AUTONÓMICA: 1. La influencia dominante como criterio de imputación de la condición de sociedad mercantil autonómica: A) El criterio de la propiedad del capital social. B) La participación financiera de la Administración autonómica en la sociedad como vía para el ejercicio de una influencia dominante. C) El criterio normativo: existencia de legislación especial sobre determinadas empresas que califica como autonómicas. D) Conclusión. 2. La tipología de las sociedades mercantiles autonómicas.– III. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS SOCIETARIOS AUTONÓMICOS.– IV. RÉGIMEN ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS: 1. Cuestiones generales. 2. El control sobre el órgano de administración. 3. Especialidades en el régimen de las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades mercantiles autonómicas. 4. Las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público.– V. LA CORPORACIÓN EMPRESARIAL PÚBLICA DE ARAGÓN S.L.U.– VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En este trabajo analizaremos los conceptos de sociedad mercantil autonómica y de títulos societarios autonómicos que se recogen en la legislación aragonesa. Estudiaremos las peculiaridades más relevantes de su régimen jurídico y plantaremos los principales problemas de éste, problemas que en ocasiones derivan de la doble sumisión de estas sociedades al Derecho administrativo y al Derecho mercantil, disciplinas ambas no siempre al servicio de la tutela de los mismos intereses —al menos en primer lugar— ya que el Derecho mercantil aspira a la protección de la seguridad del tráfico económico y de los terceros que en él se relacionan desde la óptica del Derecho privado, mientras que el Derecho administrativo está en este caso al servicio del interés público entendido como interés general al tratar de someter a estas sociedades a los principios de eficiencia y control de los fondos públicos.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de enero de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 4 de abril de 2012.

(**) Este trabajo trae causa de la ponencia presentada en los XXI Encuentros del Foro de Derecho aragonés (Teruel, 29 de noviembre de 2011) y ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales» [DER2009-11961/JURI. Investigador principal: Antonio Conde Tejón].

Palabras clave: sociedad mercantil autonómica; influencia dominante; tipología de empresas públicas; títulos societarios autonómicos; especialidades en el régimen de aportaciones no dinerarias; sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público; reestructuración del sector público empresarial.

ABSTRACT: In this work we will analyze the concepts of autonomous commercial company and of autonomous corporate shares and stakes as described in the Aragon legislation. We will study the main special provisions and questions of their legal regime. The confluence of Administrative Law and Commercial Law in these public autonomous companies may create some disfunctions in the running of these companies, due to the circumstance that not always those disciplines protect the same interests, at least at first level: Commercial Law protects the economic traffic and the third parties involved therein (Private Law). The Administrative Law attends to the public interest and pursues the application of the principles of efficiency and control of the public funds to these companies.

Key words: autonomous commercial company; dominant influence; types of public undertakings; autonomous shares and stakes; special provisions on non-cash contributions; fully publicly owned companies; public enterprise sector restructuring.

I. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En la primera década de este siglo hemos asistido a un crecimiento notable del sector empresarial de las Comunidades Autónomas (1) al que no ha sido ajeno la bonanza económica española hasta finales del año 2008 (2).

(1) En España, de 588 empresas públicas autonómicas contabilizadas en 2003, han pasado a 962 en 2009. En las corporaciones locales, en las mismas fechas aumentan de 913 a 1.573 (VELARDE FUERTES, J., «Diez proyectiles para cinco rampas de lanzamiento», ABC, 12 de noviembre de 2011, p. 3). Como indica la Exposición de Motivos de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, de Patrimonio de Aragón (LPIAr), en los últimos diez años se ha producido un notable incremento en la actividad empresarial de la Administración de la Comunidad Autónoma, que tiene una intervención creciente en sectores estratégicos de la economía aragonesa, mediante la creación de empresas propias de la Comunidad Autónoma y también con la participación en el capital de determinadas sociedades mercantiles. De forma algo más categórica, en la Exposición de Motivos de la reciente Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (BOE de 24 de marzo) se afirma que «la actualidad nos muestra (...) un incremento sin parangón del sector público empresarial y fundacional en el ámbito autonómico y local».

(2) Ni tampoco, apuntan los economistas, la posibilidad de incrementar la capacidad de endeudamiento de las Comunidades Autónomas por esta vía, ya que, como se ha dicho gráficamente, las empresas públicas no consolidan sus balances con los presupuestos autonómicos (CUADRADO ROURA, J.R./CARRILLO NEFF, M. «Expansión del sector público empresarial en las autonomías y ayuntamientos. Evolución y análisis de las posibles causas», *Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá, Documento de Trabajo 03/2008*, p. 26).

La actual crisis económica ha provocado una reestructuración de los sectores públicos empresariales autonómicos (3), proceso del que participa también nuestra Comunidad Autónoma, y que dio lugar a la aprobación del Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial, Decreto-ley cuyo articulado ha sido traspasado a la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial (4).

Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas para la creación y gestión de un sector público propio [para el caso de Aragón, v. art. 71.32 EEA (5)]. Ello ha dado lugar a que, en la mayoría de ellas, en las respectivas leyes de patrimonio o de hacienda se haya recogido un marco jurídico para el sector público empresarial. Así, en el caso de Aragón, la LPtAr. trata de establecer una normativa que permita su «exacto control público». Como peculiaridad de nuestra CA, se introduce una nueva figura cual es la de la sociedad mercantil autonómica en aras de facilitar el control sobre este tipo de sociedades, lo que se califica por nuestro legislador como una de las principales novedades de la Ley (6).

(3) V. ad. ex la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Madrid, el Decreto-ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell de la Generalitat de Valencia, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional, la disp. ad. octava de la Ley 9/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2012, y el art. 59 de la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras de Cataluña [Artículo 59: «(2): Durante el ejercicio presupuestario correspondiente al año 2011, el Gobierno debe llevar a cabo en una primera fase una reducción del 10% de las entidades existentes al empezar el año y del 20% de las aportaciones presupuestarias, y debe priorizar este proceso en el ámbito de los servicios públicos que no se consideran esenciales para dar respuesta a las demandas ciudadanas. Se exceptúan de esta primera fase de reducción las entidades vinculadas a la prestación de servicios de asistencia sanitaria, educación y bienestar social. (3). En las fases subsiguientes del proceso de racionalización del sector público no administrativo, el Gobierno debe garantizar que la reducción comporte el 25% menos de entidades existentes respecto de las existentes al inicio del 2011. El Gobierno debe presentar cada año un informe con las decisiones tomadas en cumplimiento de los objetivos establecidos». Para el sector público empresarial estatal, v. la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (BOE de 24 de marzo).

(4) Ley 4/2012 publicada en el BOA de 11 de mayo y en el BOE de 1 de junio de 2012. Respecto a los cambios en el contenido del Decreto-ley 1/2011 en relación con la Ley 4/2012, únicamente se ha modificado la redacción del art. 6 y se ha añadido una nueva disposición transitoria tercera.

(5) El art. 100.2 del EA atribuye al Gobierno de Aragón la competencia para la creación de empresas públicas «para la ejecución de las funciones reconocidas en el presente Estatuto».

(6) Exposición de Motivos de la LPtAr., apdo. 2.

La ponencia que me fue encargada por El Justicia de Aragón y que da origen a este trabajo llevaba por título «sociedades públicas autonómicas», parece que en el intento de aunar la referencia a la empresa pública autonómica —terminología tradicional en los tratadistas de Derecho administrativo (7)—, empresa que puede adoptar variadas formas, no solo las de las sociedades mercantiles, y a la sociedad como persona jurídica en la que la Administración ejerce el control efectivo. Pero si se usa con propiedad el término «sociedad», ésta sólo puede adoptar, como persona jurídica, la forma de sociedad civil (ya veremos que le está vedada a la Administración aragonesa) o de sociedad mercantil.

El adjetivo «público» hace referencia al criterio subjetivo, esto es, aquellas sociedades cuya titularidad pertenece en mayor o menor medida a la Administración y que, por el porcentaje de capital que tiene en la sociedad, por poder ejercer de forma efectiva el control sobre la misma, o por las normas administrativas que rigen el funcionamiento de dicha sociedad, adquieren la condición de pública al ejercer la Administración una influencia dominante sobre ella.

Por ello, consideramos más correcto —como hace la nueva Ley del Patrimonio de Aragón— referirnos en nuestra exposición a las sociedades mercantiles autonómicas y no a las «sociedades públicas autonómicas» ya que, si hablamos de sociedades que actúan en el tráfico económico, éstas habrán de adoptar la forma de sociedad mercantil. Dicho de otro modo: toda sociedad pública autonómica habrá de ser sociedad mercantil autonómica, sociedad mercantil que junto con organismos autónomos y entidades de Derecho público integran el sector público empresarial de Aragón al que se somete a un régimen administrativo especial en aras del efectivo control de estas sociedades, régimen administrativo que convive con las normas mercantiles aplicables a estas sociedades.

Cosa distinta es que se utilice el concepto de «empresa pública autonómica», porque entonces estamos ante un concepto más amplio procedente de la ciencia económica que engloba, no sólo a las sociedades mercantiles sino también a cualesquiera otras figuras (organismos autónomos, entidades de Derecho público) que puedan crearse por la Administración para la actuación en el tráfico empresarial. La Administración pueda actuar en el tráfico económico mediante otros entes que no adoptan la forma de sociedad mercantil, como es en nuestro caso, la Corporación Aragonesa de Radio y

(7) V. ad. ex. LAGUNA DE PAZ, J.C. «La empresa pública autonómica», *Anales de estudios económicos y empresariales*, 4, 1989, pp. 247-268

Televisión (8), o el Instituto Aragonés de Fomento (9), o incluso a través de fundaciones (10).

Y es que ha dejado de haber identidad entre organización administrativa y Derecho administrativo desde el momento en el que la Administración actúa en el tráfico mediante figuras típicas del Derecho mercantil. La personalidad jurídica tiene un carácter técnico o instrumental que permite a la Administración establecer diversos centros de imputación jurídica dentro de la organización administrativa para de este modo actuar en el tráfico mediante fórmulas jurídico-privadas de empresa pública (11).

El tema de nuestro estudio son, pues, las sociedades mercantiles autonómicas, en la actualidad afectadas en la mayoría de las Comunidades Autónomas por un proceso de reestructuración del sector público empresarial que implica su fusión con otras sociedades mercantiles públicas o en ocasiones su disolución, de manera similar a lo sucedido con el sector empresarial estatal. La finalidad de este proceso es la de reducir el número de sociedades mercantiles de titularidad pública que actúan en el tráfico económico puesto que la práctica evidencia el recurso indiscriminado por parte de la Administración a estas entidades que forman parte del sector público instrumental. Al respecto, queremos recordar con carácter general el contenido —creemos que no siempre tenido en cuenta por el gobierno autonómico— del art. 13.2 TRLACA, que de acuerdo con el art. 71.32º de nuestro EA, ampara la creación de empresas de la CA dependientes de la Administración o de sus organismos públicos, creación que habrá de estar justificada «por la necesidad de cumplir de manera más eficaz y eficiente, a través de las mismas, los objetivos que el ordenamiento jurídico

(8) Calificada como entidad de Derecho público por el art. 3 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión.

(9) V. arts. 2 y 4 del Decreto Legislativo 4/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Instituto Aragonés de Fomento.

(10) Ad. ex. la Fundación Aragonesa para el Desarrollo de la Observación de la Tierra (FADOT), autorizada por Decreto 194/2009, de 17 de noviembre, con una aportación inicial del Gobierno de Aragón de 300.000 euros, o la «Fundación Emprender en Aragón» reconocida mediante Orden de 13 de noviembre de 1996, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales y de la que es patrono el IAF junto con las entonces CAI e IberCaja, que nació con una dotación de 100 millones de pesetas. LATORRE VILA cita 9 fundaciones que aparecen en el Proyecto de Ley de Presupuestos de la CA de Aragón para el ejercicio 2011 (BOCA núm. 255, de 12 de noviembre de 2010); [LATORRE VILA, L. «El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón», *RARAP*, 37, 2010, pp. 259-316, pp. 261-262]. Sobre el régimen jurídico de estas fundaciones privadas de iniciativa pública, v. la disp. ad. octava del 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 (TRLACA).

(11) Sobre estas cuestiones, por todos, ALONSO UREBA, A. *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, esp. pp. 297 y ss.

atribuya a la Administración aragonesa». El elevado número de sociedades mercantiles públicas, sean éstas de titularidad estatal o autonómica, sociedades en ocasiones gestionadas bajo criterios ajenos a la eficiencia empresarial, ha agravado la crisis del sector público español desde el momento en el que las pérdidas en las que han incurrido estas empresas incrementan el déficit público del Estado, déficit que es necesario reducir para, entre otras cosas, cumplir con los objetivos aprobados por la Unión Europea (12).

En este trabajo analizaremos el concepto de sociedad mercantil autonómica y de los títulos societarios autonómicos. Estudiaremos las peculiaridades más relevantes de su régimen jurídico y plantearemos los principales problemas de éste, problemas que en ocasiones derivan de la doble sumisión de estas sociedades al Derecho administrativo y al Derecho mercantil, disciplinas ambas no siempre al servicio de la tutela de los mismos intereses —al menos en primer lugar— ya que el Derecho mercantil aspira a la protección de la seguridad del tráfico económico y de los terceros que en él se relacionan desde la óptica del Derecho privado, mientras que el Derecho administrativo está en este caso al servicio del interés público entendido como interés general al tratar de someter a estas sociedades a los principios de eficiencia y control de los fondos públicos.

II. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL AUTONÓMICA

Las sociedades mercantiles autonómicas forman parte del sector empresarial de Aragón que, como hemos visto, integra a otras entidades (13). Se definen en el art. 133.1 LPtAr. como aquellas «en las que la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles participadas, conjunta o separadamente, puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen».

Con acierto, no hay opción legislativa en favor de la sociedad anónima (SA) o de la sociedad de responsabilidad limitada (SRL), pero sí en favor de que las sociedades mercantiles autonómicas adopten uno de los tipos de las sociedades de capital, como veremos más adelante. El que no haya opción

(12) V. art. 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo sobre el Procedimiento aplicable el caso de déficit excesivo (DOUE C 310 de 16 de diciembre de 2004).

(13) Alfonso Peña ha publicado en el *Tratado de Derecho Aragonés* un excelente trabajo sobre el sector empresarial público de la Comunidad Autónoma, en concreto, el capítulo 44 y a él nos remitimos para quienes quieran tener una panorámica de la cuestión [PEÑA OCHOA, A. «El sector empresarial público de la Comunidad Autónoma», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (dir. Bermejo Vera/López Ramón). Thomson Civitas, Madrid, 2010, págs 1213-1242].

legislativa a favor de la SA distancia este régimen del previsto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAAPP) (14), lo que en mi opinión es un acierto. En la ley estatal, no se establece la obligatoriedad de adoptar el tipo de las sociedades de capital, lo que puede plantear problemas si la Administración central se convirtiera en socio de sociedades mercantiles personalistas como la sociedad colectiva; si bien es una hipótesis de difícil realización, de ser así, su responsabilidad como socio se caracteriza por ser solidaria, subsidiaria e ilimitada por las deudas sociales (arts. 127 y 237 C.com). Además, y siguiendo con el Derecho estatal, sólo si se opta por el tipo de la anónima y se trata de una sociedad íntegramente de capital público les será de aplicación el régimen del título VII de la LPAAPP ex disp. ad. 12.2 de la LOFAGE, régimen que se ocupa de patrimonio empresarial de la Administración General del Estado (15).

La doctrina entiende que la LPAAPP permite la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por las Administraciones públicas, puesto que la propia LPAAPP considera integrantes de su patrimonio a las participaciones de SL como bienes patrimoniales o de dominio privado (art. 7.2). Por ello, si algunas de las sociedades que conforman el sector público estatal adoptaran la forma de sociedad de responsabilidad limitada —a la vista fundamentalmente de su régimen más simplificado frente al de la anónima—, habremos de acudir entonces de igual manera a los arts. 171 y ss. LPAAPP, lo que, como indica la doctrina, plantea disfunciones en el régimen estatal de las SL públicas al estar las normas previstas para la SA y no la SL; ello es así en la legislación estatal probablemente por razones de carácter histórico, ya que la primera vez que se contempla a la sociedad unipersonal de capital público es en la LSA de 17 de julio de 1951, posibilidad que no ser reconoce legislativamente en el ámbito mercantil para las SL hasta la promulgación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo,

(14) Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

(15) El texto de esta disposición adicional de la LOFAGE es oscuro y cuando menos poco afortunado, ya que su apartado primero remite al ordenamiento jurídico privado el régimen de las sociedades mercantiles estatales «salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación». (Disp. ad. 12. Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. «1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. 2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación»).

de sociedades de responsabilidad limitada (16). Recordemos que ya el art. 10 de la LSA de 17 de julio de 1951 aludía a las «sociedades constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales, en aplicación de las disposiciones vigentes» para excluirlas de la obligatoriedad de contar con un mínimo de tres socios otorgantes de la escritura de constitución de la sociedad (17).

El legislador autonómico ha sido más claro que el estatal; primero por limitar los tipos sociales mercantiles autonómicos a aquellos de responsabilidad limitada de los socios y segundo por establecer un régimen aplicable tanto a la SA como a la SL con las lógicas matizaciones en función del tipo social. Respecto a la sociedad comanditaria por acciones, si bien participa de la naturaleza de las sociedades de capital [art. 1 de la Ley de sociedades de capital, LSC (18)] y por tanto los socios no responden personalmente de las deudas sociales con la excepción del socio administrador, la escasa aceptación en la práctica de este tipo social hace que su importancia sea mínima a los efectos de este trabajo. No nos consta que forme parte del sector público empresarial aragonés ninguna sociedad comanditaria por acciones.

1. La influencia dominante como criterio de imputación de la condición de sociedad mercantil autonómica

La condición de pública, esto es, de sociedad mercantil autonómica, queda delimitada por nuestro legislador por ejercer directa o indirectamente

(16) Sobre estos temas, HIERRO ANÍBARRO, S., «El patrimonio empresarial de la Administración General del Estado: los títulos representativos del capital de las sociedades mercantiles estatales (arts. 171 a 175)», en *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (dir. Mestre Delgado). La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, pp. 1293 y ss., AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., «La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal pública», en AA.VV., *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 3753 y ss. En la legislación administrativa y en el ámbito municipal, el art. 103 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), contempla la posibilidad de constituir sociedades de responsabilidad limitada unipersonales «en los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada». V. asimismo los arts. 89 a 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local», en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 1419-1442 y MONTROYA MARTÍN, E., «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en AA.VV. *Tratado de Derecho municipal* (dir. S. MUÑOZ MACHADO), t. III, 3º ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 2921-2982.

(17) Como indicara GARRIGUES, la LSA de 1951 se refería en este punto a las sociedades anónimas constituidas por el Instituto Nacional de Industria, creado por Ley de 25 de septiembre de 1941. (GARRIGUES, J. en GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 213-214).

(18) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles participadas, conjunta o separadamente, una *influencia dominante* (art. 133.1 LPtAr). Y esta influencia dominante puede traer causa de tres circunstancias: a) la propiedad de la sociedad, b) la participación financiera y c) las normas que rigen su funcionamiento (art. 133.1 *in fine*) (19).

A) El criterio de la propiedad del capital social

La LPAAPP también acude a este criterio y define a las sociedades mercantiles estatales [art. 166.1.c)] como «aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria (20), integran el sector público estatal, sea superior al 50 %. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas». Es el criterio tradicional de atribución del carácter público de una sociedad mercantil y que aparecía también para la administración autonómica en el art. 83 del TRLACA (21).

La práctica demostró que este criterio cuantitativo referido al porcentaje mayoritario de la Administración en el capital de la sociedad es claramente insuficiente, desde el momento en el que se puede ejercer el control sobre una sociedad mercantil con la tenencia de un porcentaje menor de su capital social.

El Derecho comunitario fue pionero en la materia al introducir nuevos criterios de atribución del carácter público de una empresa, que traen causa del Derecho privado de sociedades, en el quedaba demostrado que el ejercicio del control se producía con la tenencia de umbrales inferiores al 50%

(19) El art. 2 de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, también se refiere a este criterio en la definición de empresa pública, junto al de la propiedad mayoritaria del capital y el de la designación de la mayoría de los miembros del órgano de administración. (Art. 2.1: «1. Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen»).

(20) Actual art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

(21) Art. 83 TRLACA: «Definición. Exclusivamente, son empresas de la Comunidad Autónoma las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma, por sí o a través de sus organismos públicos».

del capital social con derecho a voto, especialmente en el ámbito de las sociedades cotizadas. Es en la legislación mercantil de los países entonces miembros de la Comunidad Económica Europea, cuando a partir de los años 80 se legisla en materia de ofertas públicas de adquisición, fijándose unos umbrales inferiores al 50% como determinantes de la obligación de formular una OPA por entender que la superación de dichos umbrales otorgaban el control sobre la sociedad cotizada en cuestión, sin necesidad de alcanzar el 50'01 del capital social con derecho a voto (22). En España, el porcentaje que obligaba a formular una OPA en un primer momento se estableció en el 25% (23) y ha sido la Directiva sobre OPAS la que ha obligado a elevarlo al 30% del capital social con derecho a voto (24).

B) La participación financiera de la Administración autonómica en la sociedad como vía para el ejercicio de una influencia dominante

Como hemos indicado, la titularidad de menos del 50% del capital social en una sociedad mercantil es suficiente para el ejercicio de una influencia dominante. Aunque la LPtAr no establece umbrales a partir de los cuales dicha participación financiera otorga el control en una sociedad de capitales, en la normativa comunitaria se recogen dos criterios asumidos por el legislador estatal que permiten colegir la condición de sociedad pública: disponer de la mayoría de los derechos de voto inherentes a las participaciones emitidas y poder designar a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad en cuestión (25). Es sabido que la tenencia de la mayoría de los derechos de voto puede conseguirse mediante pactos de sindicación de acciones u operaciones de préstamo de valores, sin necesidad de ser propietario de las acciones o participaciones sociales.

Se sigue, pues, el criterio del legislador comunitario, tanto a nivel nacional como autonómico. Pero no se incluye en la ley aragonesa la casuística

(22) V. García de Enterría, J., *La OPA obligatoria*, Civitas, Madrid, 1996, *passim*.

(23) Art. 2 del Real Decreto 1848/1980, de 5 de septiembre, sobre ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios.

(24) V. la Directiva 2004/25/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición y el art. 60 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

(25) La estructura bimembre del órgano de administración ha sido recogida en el derecho societario español respecto a la *Societas Europaea* que permite que el sistema de administración sea dual y se integre por el Consejo de dirección y el Consejo de control (arts. 476 y ss. LSC). Sin perjuicio de que nada impida que formen parte del holding empresarial aragonés sociedades anónimas europeas, no parece muy probable que nuestra CA participe en ellas, en la medida en la que es un tipo societario que pretende satisfacer necesidades que no sean puramente locales.

recogida en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, que es la Directiva que trae causa de la modernización y adaptación del régimen de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas y que deroga la Directiva de 25 de junio de 1980 (26). Esta casuística no exhaustiva presume que hay una influencia dominante cuando la Administración disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa, además, claro es, del supuesto en el que posea la mayoría del capital suscrito de la empresa [art. 2. b) Directiva 2006/111/CE]. Sin embargo, en la legislación aragonesa de la Cámara de Cuentas sí que aparece el criterio de la designación de la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad a efectos de la delimitación del ámbito de actuación de la referida Cámara, como órgano al que corresponde la fiscalización externa de la gestión económico-financiera, contable y operativa del sector público de Aragón [arts. 1.1 y 2.1. c) de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón]. También lo encontramos en materia de administración y contabilidad de la Hacienda de la CA a efectos de su control financiero en el art. 8 de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (27).

Ha de ser por vía interpretativa, acudiendo a la Directiva comunitaria y a la legislación estatal, por donde puede delimitarse este concepto jurídico de «participación financiera» en relación con la influencia dominante.

La norma aplicable al respecto, como legislación mercantil básica, es el art. 42 C.com (28), que distingue entre la tenencia de la mayoría de los

(26) Como ya se indicaba en los considerandos de la Directiva de 1980, los poderes públicos pueden ejercer una influencia dominante sobre la actuación de las empresas no sólo en el caso en el que sean propietarios o detenten una participación mayoritaria, sino también debido a los poderes que posean en sus órganos de gestión o de vigilancia, bien por sus estatutos, bien por el reparto de las acciones.

(27) Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón.

(28) La legislación estatal incluye en este punto una serie de remisiones que llevan finalmente al art. 42 C.com: el art. 166 LPAAPP, al delimitar su ámbito de aplicación, incluye una referencia [letra d) del apdo. 1 de este art. 166] a las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos. Y el art. 4 LMV se remite, para la definición de grupo de sociedades (se entiende a nuestros efectos que la matriz es una sociedad mercantil estatal) al art. 42 del Código de Comercio.

derechos de voto y la posibilidad de disponer de ellos mediante acuerdos celebrados con terceros (pactos de sindicación) (29).

Son, pues, dos vías para el ejercicio de una influencia dominante a través de la tenencia de una participación financiera en la sociedad, concepto que no es necesariamente indeterminado al referir la legislación mercantil y la Directiva comunitaria esa influencia dominante a la tenencia o disposición de la mayoría de los derechos de voto. El problema se plantea cuando esa mayoría de derechos de voto es inferior al 50.01 % de los mismos. Esto es, cuando, como sucede con las OPAS, con porcentajes inferiores de voto puede tenerse la mayoría de los mismos y por tanto se está en disposición de ejercer una influencia dominante. Habrá que estar al caso concreto, lo que plantea problemas en la práctica desde el momento en el que la condición de sociedad mercantil autonómica conlleva una serie de controles por parte de la administración (sometimiento a la Cámara de Cuentas, procedimientos de contratación, etc.) que precisan de criterios claros para que sean desempeñados con eficacia. De esta forma podría escaparse una sociedad autonómica al control de la Administración en la medida en que los pactos de sindicación de voto pueden tener una duración inferior al ejercicio contable, aunque si la Administración quiere ejercer una influencia dominante o el control en esa sociedad, lo lógico es que perdure en el tiempo esa tenencia mayoritaria de los derechos de voto.

Tanto el legislador comunitario como el nacional como el autonómico (a efectos de fiscalización contable), ejemplifican el tercer supuesto de ejercicio de influencia dominante: es el caso de que la Administración pueda designar a más de la mitad de los miembros del Consejo de Administración [art. 2.b) 2. Directiva 2006/111/CE, art. 42.1.d) C.com para los grupos de sociedades]. Entendemos que este criterio también es aplicable para la determinación de «autonómica» de una sociedad mercantil, aunque no se recoja expresamente en la LPtAr. pero sí, como hemos visto, en la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón (art. 2.1.c)] y en la Ley de Hacienda de la CA (art. 8), con lo que en una interpretación armonizada habremos de llegar a esta misma conclusión.

Se aprecia la gran complejidad de la materia en lo que podríamos calificar de casos límite: sociedades mercantiles participadas al 50% por la Administración y por una entidad privada. Si bien desde una estricta interpretación jurídica, al no tener la Administración la mayoría del capital, la mayoría de los derechos de voto o la posibilidad de designar a más de la mitad de los miem-

(29) Recordemos que en las sociedades de capital pueden existir acciones y participaciones sin voto (arts. 98 a 103 LSC) siempre que no superen en su importe nominal la mitad del capital social en la SRL y la mitad del capital social desembolsado en la SA (art. 98 TRLSC).

bros del órgano de administración, esta sociedad no tendría la consideración de sociedad mercantil autonómica, la tenencia de un porcentaje tan elevado del capital social podría plantear el ejercicio *de facto* por la Administración del control sobre esa sociedad, o la influencia dominante, por utilizar la expresión del art. 133 de la LPtAr. Cuesta bastante entender que contra la voluntad de la Administración pueda llevarse a cabo la gestión de esa sociedad a pesar de que ésta no tenga una representación en el Consejo de administración superior a la mitad del número total de consejeros, sino sólo paritaria respecto del otro socio. La inclusión en los estatutos de la sociedad del voto dirimente del Presidente del Consejo, si éste ha sido designado a iniciativa de la Administración, inclinaría la balanza a favor de la consideración de esa sociedad como sociedad pública autonómica, y por tanto sometida, entre otras normas de control públicas, al título VI de la LPtAr.

C) El criterio normativo: existencia de legislación especial sobre determinadas empresas que califica como autonómicas

En este supuesto se comprenderían los casos en los que el legislador autonómico establece que determinadas sociedades mercantiles tienen *per se* la condición de autonómicas con independencia de que la Administración detente la mayoría del capital social o de los derechos de voto.

No nos consta que en la CA de Aragón se hayan promulgado disposiciones en esta materia, al margen, claro es, de las sociedades participadas al cien por cien por la Administración autonómica. Pero entonces su carácter público deriva de la tenencia de la totalidad del capital social más que de la afirmación del legislador autonómico de su condición de empresa pública (30).

En la legislación estatal ha de hacerse referencia a las consecuencias de la política privatizadora de empresas públicas que tuvo especial incidencia en España en la segunda mitad de los años 90 del siglo pasado. El Estado se reservaba lo que comúnmente se conoce como «acción de oro» (*golden share*) que permitía que las decisiones estratégicas de singular importancia quedaran condicionadas a la autorización de la Administración (fusiones, escisiones, venta de activos de especial relevancia para la sociedad, etc.). Sin perjuicio de que no sea éste el momento de referirnos a esta materia, queremos reseñar al respecto que el TJCE se pronunció sobre la ya derogada Ley de 5/1995, de 23 de marzo de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, en su sentencia de 13 de mayo de 2003. El TJCE consideró que

(30) V. art. 1 del Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la empresa pública «Corporación Empresarial Pública de Aragón, Sociedad Limitada Unipersonal».

el contenido de esta Ley era contrario a la libre circulación de capitales en la Unión Europea. Consecuencia de dicha sentencia fue la modificación de la Ley de 1995 por la disp. ad. vigésimo quinta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Pero la Comisión Europea, mediante Dictamen motivado de 5 de julio de 2005, afirmó que dicha sentencia no había sido ejecutada satisfactoriamente por España (a pesar de que se había sustituido el sistema de autorización administrativa previa de 1995 por el de notificación en la reforma de 2003, señaladamente en el caso de enajenación de participaciones significativas en el capital social de estas sociedades privatizadas). En dicho Dictamen, se reitera la obligación del Reino de España de ejecutar la Sentencia del Tribunal de Justicia. A la vista de lo cual, la Ley 13/2006, de 26 de mayo, deroga el régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas establecido por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo y ejecución.

Teniendo en cuenta lo expuesto, será excepcional el caso de sociedades mercantiles autonómicas consideradas tales sin que en ellas la Administración posea, directa o indirectamente, la mayoría del capital social o de los derechos de voto, a la vista de la jurisprudencia del TJCE en materia de *golden shares*, ya que, a pesar de que estas sociedades puedan atender al mantenimiento y abastecimiento de servicios públicos (como por ejemplo, energía o telecomunicaciones), no parece que proceda la alegación de razones de seguridad pública que justifiquen la existencia de estas sociedades mercantiles autonómicas de manera que este régimen no pueda conseguirse mediante un sistema de comunicaciones posteriores a la enajenación de participaciones significativas en dichas empresas.

Otro supuesto en el ámbito estatal en el que la Administración puede ejercer una influencia dominante en una sociedad mercantil sin tener la mayoría del capital social o los derechos de voto es el caso de las entidades financieras que han sido objeto de un procedimiento de intervención o sustitución de los regulados en la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, en la Ley del mercado de valores, en la de Instituciones de Inversión Colectiva, en la de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y más recientemente en el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Al estar el órgano de administración intervenido o incluso al haber sustituido el supervisor financiero a los administradores de esa empresa de servicios de inversión, entidad de crédito o sociedad aseguradora, es la Administración estatal través de los organismos supervisores (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Dirección General de Seguros), quien está ejerciendo el control sobre la entidad financiera, bien al haber designado a los miembros del órgano de administración que sustituyen a los administradores, como

mínimo negligentes, o bien mediante el nombramiento de interventores que van a fiscalizar la actuación de esa entidad en el tráfico económico. Pero en estos supuestos, a pesar del control indirecto que ejerce el Estado sobre el órgano de administración, no estamos ante empresas públicas a efectos de la LPAAPP, desde el momento en el que no parece que la finalidad de estos procedimientos paraconcursoales sea el que estas entidades pasen a integrar el patrimonio público empresarial, sino más bien establecer su ordenada liquidación o, de ser posible, el salvamento de la entidad financiera mediante su venta total o parcial a un tercero. Se trata de una legislación especial y excepcional que pretende evitar las situaciones de concurso de estas entidades, siendo la presencia de la administración pública en su órgano de administración eminentemente temporal y vocada a ser sustituida por gestores privados en el momento en el que la entidad pueda volver a una situación financiera normal. Y de no ser éste el caso, esto es, si finalmente se acuerda acudir al procedimiento concursal, es la propia sociedad la que solicita al Banco de España, a la CNMV o a la DG Seguros la revocación de la autorización administrativa para actuar en el tráfico financiero e iniciar el procedimiento concursal como una sociedad mercantil no sometida a supervisión administrativa. Las medidas de intervención y sustitución del órgano de administración de entidades financieras no convierten a estas sociedades mercantiles en entes instrumentales al servicio de políticas públicas y por tanto susceptibles de integrar el patrimonio de la Administración.

D) Conclusión

La nueva LPtAr supera de este modo, la visión reduccionista de la legislación anterior sobre el concepto de empresa pública, concepto contenido en el art. 83 TRLACA, que refería únicamente la condición de empresa de la Comunidad Autónoma a aquella en la que la Administración de la CA detentara, directa o indirectamente, la participación mayoritaria en su capital social (31). Como hemos indicado, el moderno derecho de sociedades traslada

(31) PEÑA OCHOA, A., en *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Thomson Civitas, 2009, cit. p. 1220. Aunque bien es cierto que, como apunta este autor (ibid. pág 1221) y recogemos en texto, el criterio de la influencia dominante se incorporó en la legislación aragonesa en un ámbito de la actividad administrativa muy concreto, al regular la obligación de someterse a las actuaciones de control financiero de la Intervención General, que el artículo 8 TRLHCAA extiende no sólo a las empresas de la Comunidad Autónoma, que ya están sujetas a esa obligación como sujetos que son integrantes de su sector público por definición, sino también a cualquier tipo de entidad (consorcios, asociaciones, fundaciones privadas de iniciativa pública y demás entidades con personalidad jurídica propia) que actúe bajo la influencia dominante de la CA, que el artículo presume se produce cuando la Administración de la Comunidad tenga capacidad de nombramiento, directamente o a través de sus organismos públicos y empresas, de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o vigilancia, o su aportación al capital fundacional o a la constitución de sus recursos propios sea también mayoritaria.

el concepto a la noción de influencia dominante, idea que rige en el Derecho de sociedades español y que tiene su concreción legal en el art. 42 C.com en materia de grupos de sociedades, siguiendo la pauta del Derecho comunitario en el que el concepto de sociedad dominante ya no está referido a la tenencia de un determinado porcentaje del capital social, sino a la posibilidad de ejercer efectivamente el control de esa sociedad mediante su influencia en los órganos de administración (32).

Y de hecho la LPAAPP, aunque no considera a estas entidades sociedades mercantiles estatales, las incluye en el patrimonio empresarial de la Administración General del Estado —desde el momento en el que, si bien la Administración no tiene una participación superior al 50% en el capital social de estas sociedades, sí posee la mayoría de los derechos de voto o tiene la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración— y se remite en este punto finalmente, como hemos visto, al citado art. 42 del C.com (33), norma mercantil que va más allá de la Ley aragonesa al incluir expresamente la referencia a los pactos de sindicación de voto, aunque por vía interpretativa llegaremos a la misma conclusión. De esta forma, se adecua el concepto tradicional de sociedad pública a las modernas corrientes del Derecho mercantil, que superan el criterio puramente formal de tenencia de la mayoría del capital social.

2. La tipología de las sociedades mercantiles autonómicas

El art. 84 TRLACA establece con carácter general que las empresas de la Comunidad Autónoma deberán adoptar, necesariamente, cualquiera de las formas sociales que limiten la responsabilidad de los socios o partícipes. En la legislación estatal no se hace expresa referencia a la limitación de responsabilidad como condición necesaria para que estas sociedades sean titularidad de la Administración General del Estado, aunque tanto la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria, como la LPAAPP de 2003 (34), pese a referirse con carácter general a las sociedades mercantiles, parece que dan por supuesto el que las sociedades mercantiles estatales adoptan alguno de los tipos sociales que limiten la responsabilidad de los socios. Para las sociedades públicas de ámbito municipal, ya hemos indicado que el art. 103 del

(32) Sobre estas cuestiones, bajo el régimen anterior, v. LATORRE VILA, L. «El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón», en esta REVISTA, 37, 2010, pp. 259-316, esp. pp. 272-279.

(33) En realidad la remisión del art. 166 1. d) LPAAPP (ámbito de aplicación del título VII de la LPAAP, dedicado al patrimonio empresarial de la Administración General del Estado) lo es al art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, que a su vez se remite al art. 42 C.com.

(34) Art. 2 LGP y arts. 166 y ss. LPAAPP. El art. 166 LPAAPP menciona expresamente a las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima.

Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, exige que éstas adopten «una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada».

Ex art. 84 TRLACA, los tipos que pueden adoptar las sociedades mercantiles autonómicas serán, pues, los que permite nuestra LSC para las sociedades de capital, esto es, la anónima y la de responsabilidad limitada. En cuanto a la sociedad comanditaria por acciones, si bien es un tipo social propio de las sociedades de capital y por tanto en ella los socios no responden personalmente de las deudas sociales, la condición de administrador de esta sociedad implica su responsabilidad personal por las deudas sociales como socio colectivo (arts. 1.3 y 252 LSC). Por ello, la Administración autonómica no podrá tener la condición de administrador en la sociedad comanditaria por acciones, ya que la finalidad del art. 84 TRLCA es la de excluir la responsabilidad personal, solidaria y subsidiaria de la Administración por su condición de accionista o partícipe, régimen de responsabilidad previsto para las sociedades personalistas en los arts. 127 y 237 C.com. Podrá entonces únicamente, tener la condición de socio comanditario de la S. Com. p. A., lo que dificulta, pero no imposibilita, su participación en este tipo social como socio que ejerce un control efectivo sobre la sociedad.

Al no poder adoptar las sociedades mercantiles autonómicas los tipos sociales personalistas, no podrán ser constituidas por la Administración ni sociedades colectivas ni sociedades comanditarias simples. Ni tampoco, claro es, acudir a la forma de sociedad civil. En todos estos casos, la responsabilidad por deudas sociales trasciende de la sociedad a los socios, quienes responden personalmente de las mismas.

Cosa distinta es la posibilidad de que la Administración autonómica, bien directamente, bien indirectamente a través de sociedades mercantiles autonómicas, sea socio de sociedades en las que la responsabilidad trasciende a los socios quienes responden personalmente de las deudas sociales, esto es, la sociedad colectiva, y pueda tener la condición de socio colectivo en las sociedades comanditarias simples. Aquí ya no estamos ante una sociedad mercantil autonómica sino ante la participación de la Administración en el capital de otras sociedades. El legislador autonómico no prohíbe expresamente esta posibilidad, pero se compece mal con el funcionamiento del sector empresarial autonómico y con el deber de transparencia en la gestión pública la posibilidad de que la Administración sea socio de sociedades civiles (por citar las más frecuentes en la práctica) que realizan actividades mercantiles. Sin embargo, la posibilidad de que existan sociedades civiles que formen parte del sector público está expresamente contemplada en la legislación catalana [arts. 1 y 35 del Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del

Estatuto de la Empresa Pública Catalana (35)]. Piénsese, por otra parte, en el Derecho de grupos, en el que en ocasiones la sociedad matriz adopta la forma de sociedad colectiva, y que obligó a modificar el art. 42 del Código de Comercio para someterlas al deber de consolidación contable.

De hecho, Aragón es socio de una agrupación de interés económico (Parque Eólico de Aragón AIE, con un capital social de 610.000 euros del que la Administración detenta el 20%). Y aquí sí hay responsabilidad personal y solidaria de los socios por las deudas de la agrupación, si bien de forma subsidiaria (art. 5 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico).

Aunque no se encuentre esta previsión en la legislación autonómica —prohibición de ser socio de sociedades en las que se responda personalmente de las deudas sociales— parece de buen sentido entender que a la Administración, salvo casos sobrevenidos [por ejemplo, una sucesión hereditaria en favor de la Administración que le convierte en socio de una sociedad colectiva por haberse establecido el pacto de continuar la sociedad con los herederos del causante (36)], le está vedada la posibilidad de ser socio de sociedades personalistas. Por otra parte, el concepto de título societario autonómico (del que nos ocupamos en el epígrafe siguiente), no incluye las cuotas de sociedades personalistas como integrantes de patrimonio público empresarial de la Comunidad Autónoma. Ciertamente es que la CA tiene participación en el capital social de una A.I.E. a la que se le aplican supletoriamente las normas de la sociedad colectiva «que resulten compatibles con su específica naturaleza» (art. 1 LAIE) y que por esta vía se introduce la posible responsabilidad personal y solidaria de la Administración por las deudas de la Agrupación, pero estamos, en nuestra opinión, ante una desviación en la actuación administrativa, que contradice el espíritu de la LPtAr o al menos que elude su régimen; los artículos 131 y ss., dedicados al sector empresarial de Aragón, rigen el patrimonio empresarial de la CA y no contemplan esta posibilidad. Se mencionan expresamente dentro del concepto de títulos societarios autonómicos a las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca, sociedades mercantiles especiales en las que los socios no responden personalmente de las deudas sociales (37). Pero se guarda silencio respecto a las cuotas de las

(35) De «sorpriente» fue calificada la posibilidad de crear una empresa pública catalana con forma de sociedad civil por MONTOYA MARTÍN. (MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 374).

(36) Art. 222. 1 C.com.

(37) La posibilidad de que la Administración ostente la condición de socio protector en las S.G.R. está expresamente prevista en el art. 6 Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca. De hecho nuestra Comunidad participa en AVALIA con el 74,36% del capital social, que asciende a 8.280.000 euros.

sociedades personalistas, silencio legal que creemos acertado y que nos permite concluir que a la Administración autonómica le está vedada la participación en sociedades colectivas.

Para las fundaciones, recordemos que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, permite que las fundaciones sean socios de sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales (38); la Administración, pues, no podrá utilizar esta vía para ser socio de sociedades mercantiles personalistas.

Con carácter general, a la CA de Aragón le está vedada la posibilidad de participar directa o indirectamente en empresas en cuyos estatutos no se establezca la obligación de auditar sus cuentas anuales (art. 10.2 Ley 4/2012). Ello va a obligar a la venta de acciones y participaciones sociales por parte de la CA en aquellas sociedades que no someten sus cuentas a auditoría, ya que bajo el régimen anterior a la entrada en vigor del citado Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, no existía esta restricción cuya introducción consideramos acertada en aras de una mayor transparencia del sector empresarial autonómico.

III. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS SOCIETARIOS AUTONÓMICOS

Si bien en la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón se recoge una definición de los títulos societarios autonómicos (39), es la LPtAr la que con vocación de generalidad, recoge este concepto en su artículo 132 (40).

(38) Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación (art. 24.3 de la Ley de Fundaciones).

(39) Ley 2/2008, de 14 de mayo, artículo 2: «Títulos societarios autonómicos. A los efectos previstos en esta Ley, se consideran títulos societarios autonómicos cualesquiera acciones, títulos, participaciones, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos en sociedades mercantiles para cualquier entidad de las que integran el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón».

(40) Art. 132 LPAr: «A los efectos previstos en esta Ley, siempre que pertenezcan a la Administración de la Comunidad Autónoma, a sus organismos públicos o a sociedades mercantiles autonómicas, forman parte del patrimonio empresarial de Aragón como títulos societarios autonómicos, cualesquiera acciones, títulos, participaciones, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca, los derechos

Se trata de una noción que pretende recoger la amplia tipología de bienes, contratos y derechos que integran el patrimonio empresarial de la comunidad autónoma, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación del régimen de la LPtAr para de esta forma someter a una normativa específica de control público a estos bienes, contratos y derechos de titularidad autonómica que representan, directa o indirectamente, la participación de la CA de Aragón en sociedades mercantiles. Son los nuevos hechos, señaladamente la creciente complejidad de los productos financieros que van surgiendo en el mercado y que pueden llegar a instrumentar la condición de socio en sociedades mercantiles, lo que provoca la extensión del concepto de título societario autonómico más allá de las acciones y las participaciones sociales para abarcar, por ejemplo, a las opciones financieras sobre acciones o a los contratos de permuta financiera.

Dos son los criterios establecidos por el legislador con carácter concurrente para determinar el concepto de título societario autonómico.

En primer lugar un criterio de carácter subjetivo que se refiere a la titularidad pública de estos bienes o derechos, esto es, han de ser pertenecer a la Administración de la Comunidad Autónoma, a sus organismos públicos o a las sociedades mercantiles autonómicas.

Y en segundo lugar, atendiendo a un criterio objetivo, se conceptúan como títulos societarios cualesquiera acciones, títulos, participaciones, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca, los derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o sus sociedades mercantiles autonómicas.

Parece que aquí el legislador autonómico ha trasladado a nuestro derecho el concepto de patrimonio empresarial mobiliario del art. 166.3 de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (41) pero con una mejora técnica indudable: la referencia a las partici-

de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o sus sociedades mercantiles autonómicas».

(41) Art. 166. 3. LPAAP: «A los efectos previstos en el presente título, formarán parte del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, las acciones, títulos, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos

paciones sociales (SL) que no aparece en la legislación estatal en la definición de valores y derechos integrantes del patrimonio empresarial del Estado, sin perjuicio de que se consideren en la propia LPAAPP (art. 2) como bienes y derechos patrimoniales o de dominio privado las «participaciones en el capital de sociedades mercantiles» (art. 7.2). Probablemente el recurso por parte del Estado a la sociedad anónima pública cuyo régimen de derecho privado aparece ya en la Ley de sociedades anónimas de 1951, ha condicionado la redacción de los arts. 166 y ss LPAAPP, dedicado al «patrimonio empresarial de la Administración General del Estado» (42).

Hubiera sido deseable el recoger con mayor precisión una definición más amplia de lo que en Derecho mercantil se entiende por «valor mobiliario» y por «instrumento financiero», ya que tal y como está redactado el 132 LPtAr, quedarían en principio fuera del concepto de títulos societarios autonómicos los contratos de futuros sobre acciones y otros derivados financieros que se liquidan por diferencias puesto que en puridad no son valores mobiliarios sino contratos (43). La inclusión de los créditos o préstamos participativos obedece a que tienen la consideración de patrimonio neto (44) en el capital de las sociedades mercantiles.

Y también quedarían al margen los valores procedentes de emisiones de titulización crediticia, aunque podría salvarse esta omisión entendiendo que

de derechos para la Administración General del Estado o sus organismos públicos, aunque su emisor no esté incluido entre las personas jurídicas enunciadas en el apartado 1 del presente artículo».

(42) HIERRO ANÍBARRO, cit. p. 1293, quien se refiere a la manifiesta y perfectamente constatable preferencia por la sociedad anónima en la redacción del articulado de este título VII LPAAPP. Como indica OLIVERA MASSÓ, P. en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008 pp. 1122-1123, en este sentido objetivo son patrimonio empresarial las acciones, participaciones sociales e instrumentos financieros que tengan por objeto los mismos si se adquieren con una finalidad vinculada a la condición de accionista o partícipe de la Administración en una sociedad. Por el contrario no son patrimonio y son Tesoro el dinero, valores y todos los instrumentos financieros vinculados a las operaciones de financiación a corto, medio y largo plazo de la Administración del Estado y sus organismos autónomos. Esto es, la función de financiación corresponde al Tesoro, debiendo para ello manejar los activos correspondientes y la función de accionista corresponde a Patrimonio, debiendo por ello gestionar las acciones, participaciones e instrumentos sobre los mismos.

(43) El art. 6.2.f) de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra a los efectos de delimitar el patrimonio de esta Comunidad foral considera *bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales* a «los contratos de futuros, opciones y participaciones de naturaleza económica u obligacional». En el mismo sentido, el art. 2.5 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, también incluye a los «contratos de futuros y opciones con un activo subyacente constituido por acciones o participaciones en sociedades mercantiles» como integrantes del patrimonio de la CA gallega.

(44) Art. 20.4 Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica.

están incluidos en el concepto de «valores» (mobiliarios, debe añadirse). El concepto de «participación» ha de entenderse referido a las participaciones como partes alícuotas del capital social de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 90 LSC).

El texto del art. 132 ya aparece así en el BOA de 18 de marzo de 2011 en el que se publica el Proyecto de Ley de Patrimonio de Aragón y no fue objeto de enmiendas. Esto es, en la tramitación parlamentaria, no se advirtió que estas lagunas en el concepto de título societario autonómico podrían plantear problemas, como de hecho ha sucedido en el Derecho mercantil en el que la práctica va por delante de la norma y los particulares crean nuevas figuras que incorporan bienes o derechos de segundo o de tercer grado que pueden no encontrar acomodo en el concepto de valor mobiliario o instrumento financiero.

Si lo que se pretendía era ofrecer una definición sintética de valor mobiliario, hubiera bastado con introducir una referencia a «cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera sea la denominación que se le de, que por su configuración jurídica y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico impersonal y generalizado en un mercado financiero» (art. 2.1 LMV). Con ese concepto general ya el listado ejemplificativo podría haberse visto más reducido, aunque en él no se incluirían los derivados financieros que no son derechos, sino contratos ni, por supuesto, las participaciones sociales (SL) o las cuotas de las sociedades personalistas (A.I.E). En relación con los instrumentos financieros, se plantean especiales dificultades como hemos señalado con los contratos de futuros, con subyacente financiero o no (piénsese en derivados sobre *commodities*), en los que, no hay propiamente derechos para la Administración o sus sociedades autonómicas, sino el deber de ejecutar el contrato llegado el vencimiento.

Porque cuesta creer que las omisiones en el concepto de valor mobiliario e instrumento financiero (45) ha sido consciente por el legislador y que por tanto, a las sociedades autonómicas les está prohibido operar con productos financieros especialmente arriesgados como los futuros financieros; sería de

(45) Tampoco se mencionan en la definición del art. 132 LPrAt. los acuerdos sobre tipos de interés a plazo («FRAs») o los derivados de crédito, cuya riqueza de manifestaciones va más allá del simple *swap* o permuta financiera. Los derivados de crédito son contratos bilaterales de carácter financiero en los que el una parte, que soporta un riesgo de impago de crédito procedente de una anterior operación de financiación, abona una cantidad a la contraparte, que es el vendedor del derivado quien se compromete a resarcir al comprador de las pérdidas en que éste pueda incurrir como consecuencia del impago del tercero (o de otras circunstancias, como la demora en el pago, el descenso en la calificación crediticia de la emisión de bonos, etc.) al que prestó financiación. Estos contratos frecuentemente estandarizados adoptan la mayoría de las veces la forma de *credit default swaps* (CDS) (v. www.isda.org).

extrañar cuando los *swaps*, *bonoclips*, etc., han sido objeto de oferta especialmente intensa por las entidades de crédito a las sociedades mercantiles, productos ligados a la concesión de un crédito a la sociedad y vendidos en ocasiones como «seguros de cobertura contra fluctuaciones en el tipo de interés» lo que eran en realidad productos financieros complejos. Pese a que pudiera considerarse que la suscripción de estos contratos son operaciones de tesorería ordinaria de la empresa, y que por tanto no requieren de autorización administrativa para su suscripción, la elevada pérdida que pueden suponer para la sociedad, con el consiguiente deterioro de su solvencia patrimonial hace que nos inclinemos por someterlos al régimen general previsto en la LPtAr (46). Por otra parte, la LPtAr fuera ya del título VI, que es el dedicado al sector empresarial del patrimonio de Aragón, hace referencia a los instrumentos financieros en los arts. 5.2 (consideración de los instrumentos financieros como bienes y derechos de dominio privado del patrimonio de Aragón), 22.2. (régimen de las adquisiciones a título oneroso) y 68.3 (inclusión de los instrumentos financieros en el Inventario del patrimonio de Aragón). Se trata de un concepto más amplio que el de los contratos financieros sobre opciones, reflejado en el art. 2 LMV y que incluye activos de muy variada tipología, entre ellos, los contratos de futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores. En el art. 132 LPtAr. aparece sólo la referencia a «otros susceptibles de ser negociados en mercados organizados que sean representativos de derechos para la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o sus sociedades mercantiles autonómicas.»

Cierto es que los arts. 138 a 140, dedicados a la suscripción, adquisición y transmisión de los títulos societarios autonómicos contribuyen a salvar las posibles lagunas de la definición. Allí ya se manejan con precisión los conceptos de mercado secundario oficial y sistema multilateral de negociación (SMN), por ejemplo, en los arts. 139 y 140 a propósito de la adquisición y enajenación de títulos societarios autonómicos negociados en mercado secundario oficial o SMN. Y en este sentido ha de interpretarse la referencia a los «mercados secundarios organizados» del art. 132 LPtAr, ya que las Bolsas de Valores, el mercado de renta fija privada (AIAF) y los mercados de futuros y opciones (que tienen la consideración de «mercados secundarios oficiales» ex art. 31. 2 LMV) no hoy son el ámbito exclusivo para la negociación de acciones, obligaciones convertibles o derivados financieros estandarizados, sino que junto

(46) Así, el art. 116 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra atribuye la competencia al Departamento competente en materia de patrimonio para la «adquisición a título oneroso de títulos representativos del capital de sociedades, cuotas o partes alícuotas de empresas, así como de futuros u opciones». En el mismo sentido, v. art. 93 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

a ellos han surgido con fuerza en este siglo los SMN de los que se ocupa la LMV en sus arts. 118 a 127.

La LPtAr somete al acuerdo del Consejero competente en materia de patrimonio los actos de suscripción, adquisición y transmisión de los títulos societarios autonómicos por la Administración de la CA. (art. 138.1). Cuando no sea la Administración directamente sino, como es el caso más frecuente en la práctica, sean las sociedades mercantiles autonómicas quienes suscriban, adquieran o transmitan dichos títulos societarios, es de aplicación el régimen general mercantil (47), ya que no es necesario en este caso una norma jurídico administrativa que regule la adquisición por un empresario (la sociedad mercantil) de títulos societarios. Ahora bien, en ambos casos (art. 134), cuando la adquisición o enajenación de títulos societarios autonómicos suponga la adquisición o pérdida para una sociedad de la condición de sociedad mercantil autonómica se exige la autorización del Gobierno de Aragón mediante Decreto, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio.

En los demás supuestos, esto es, cuando lo que se adquiere o transmite es una participación minoritaria en empresas mercantiles, en el régimen previsto por el TRLCA se establece sin distinción el acuerdo del Gobierno de Aragón «siempre y cuando dicha participación sirva para el cumplimiento de los objetivos institucionales de la Comunidad Autónoma, que deberán quedar acreditados documentalmente ante el Departamento competente en materia de hacienda» (48).

Con el nuevo régimen de la LPtAr únicamente se requiere acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta del consejero competente en materia de patrimonio, para que la Administración, sus organismos públicos o las sociedades mercantiles autonómicas adquieran o enajenen valores mobiliarios, participaciones sociales e instrumentos financieros (aunque en este último caso lo que se suscriben son contratos) cuando el importe de la transacción supere los tres millones de euros o cuando conlleven operaciones de saneamiento con un coste estimado superior a tres millones de euros. Por debajo del límite de los

(47) Ya antes de la nueva Ley defendía este sistema PEÑA, cit. p. 1243.

(48) Artículo 86 Decreto Legislativo 2/2001: «Participación minoritaria en otras empresas. El Gobierno de Aragón podrá acordar la participación minoritaria en el capital social de otras empresas, siempre y cuando dicha participación sirva para el cumplimiento de los objetivos institucionales de la Comunidad Autónoma, que deberán quedar acreditados documentalmente ante el Departamento competente en materia de hacienda». Sin embargo, basta acudir a la página web de la Corporación Empresarial Pública de Aragón (www.aragoncorporacion.es) para comprobar que la Administración participa en 65 empresas privadas (tales como Zumos Catalano Aragoneses SA, La Parada del Compte, S.L. que gestiona un hotel en Teruel, Sistemas Energéticos Abadía, S.A.) en las que, en ocasiones, no se aprecia el servicio al cumplimiento de los objetivos institucionales de nuestra CA.

tres millones estas adquisiciones o contrataciones no requieren autorización administrativa [134.2.f) LPtAr].

El problema respecto al límite cuantitativo de los tres millones de euros por debajo del cual no se requiere autorización administrativa puede venir por los derivados financieros, especialmente los contratos de futuros o las permutas financieras en los que el importe a liquidar puede superar notablemente los tres millones de euros si la sociedad mercantil (o en el caso más infrecuente la Administración o sus organismos públicos) no aciertan con la tendencia del mercado. Al abonar únicamente a la firma del contrato una pequeña prima o precio de adquisición del derivado, en teoría no quedaría cubierto por esta norma, y podría ser un peligro para la integridad del capital social de la sociedad mercantil autonómica. Por ello habrá que entender que el límite de los tres millones de euros se refiere a la totalidad de la pérdida en que puede incurrir la sociedad, lo que puede ser de difícil cálculo en el momento de la firma del contrato.

Al amparo del art. 135, el Departamento competente en materia de patrimonio o lo que es el caso en Aragón, la sociedad matriz (art. 136), sería la encargada de supervisar la contratación por la sociedad autonómica del grupo de derivados financieros mediante la competencia que le atribuye el art. 135.3: el establecimiento de sistemas de control que permitan la adecuada supervisión financiera de las sociedades mercantiles autonómicas. En todo caso ha de existir un Departamento de tutela designado por el Gobierno que ejerza las funciones de control sobre los valores mobiliarios y participaciones sociales de titularidad autonómica (art. 138) y por tanto de las sociedades mercantiles autonómicas, incluida la matriz del grupo, que actúa como entidad de gestión a efectos del art. 135 LPtAr.

IV. RÉGIMEN ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS

1. Cuestiones generales

El capítulo III del título IV LPtAr se ocupa de reseñar las especialidades más importantes en el funcionamiento de estas sociedades mercantiles autonómicas, especialidades de Derecho público que traen causa del control que ejerce la Administración sobre ellas y que implican, además de la vinculación de las acciones y participaciones sociales de titularidad autonómica al Departamento de tutela de la CA (art. 137), la necesidad de previa autorización administrativa para los actos y operaciones más importantes en la vida de la sociedad autonómica (art. 134.2). De este modo, requieren acuerdo del Gobierno de Aragón el aumento y la reducción del capital, la transformación, fusión, escisión

y disolución de sociedades mercantiles autonómicas, la suscripción de pactos de sindicación de acciones o la adquisición o enajenación de valores mobiliarios, instrumentos financieros y participaciones sociales cuando el importe de la transacción supere los tres millones de euros o cuando conlleven operaciones de saneamiento con un coste estimado superior a tres millones de euros, siempre que, en este último caso, no estemos ante un supuesto que suponga la adquisición o pérdida de la condición de sociedad mercantil autonómica, ya que entonces sería necesario el Decreto del Gobierno de Aragón (art. 134.1).

Además, la idea del control público sobre estas sociedades también se aprecia en la atribución al Gobierno de Aragón de determinadas competencias que se recogen en el art. 134.2 LPAr: mediante acuerdo adoptado a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, el Gobierno de Aragón puede determinar las directrices y estrategias de gestión de las sociedades mercantiles autonómicas o atribuir su tutela a un determinado Departamento.

Se trata de potestades que tradicionalmente ha ejercido la Administración sobre sus empresas públicas y que aparecen también en la normativa estatal en la materia en los arts. 169 y 170 LPAAP, si bien con una técnica menos depurada (49).

El nuevo régimen de la LPtAr supone una evidente mejora respecto del contenido en el TRLCA: en virtud de lo dispuesto en el 84.2 TRLCA, se requiere Decreto del Gobierno de Aragón para «la suscripción y adquisición de acciones o participaciones que supongan la obtención de una posición mayoritaria en el capital de una sociedad» (hoy sabemos que esta posición puede alcanzarse también a través de pactos parasociales). El nuevo art. 134. 1 LPtAr, con mayor corrección, establece la competencia del Gobierno de Aragón, mediante Decreto adoptado a propuesta del consejero competente en materia de patrimonio, para autorizar a la Administración de la CA, a sus organismos públicos y a las sociedades mercantiles autonómicas los actos de adquisición o enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales, y cualesquiera actos y negocios jurídicos que supongan la adquisición por una sociedad de la condición de sociedad mercantil autonómica o la pérdida de la misma. Al referir la necesidad de Decreto a la adquisición o pérdida por una sociedad de la condición de mercantil autonómica, no se limita este

(49) En relación con las potestades ejercidas por los entes locales sobre las sociedades mercantiles locales y de economía mixta, v. recientemente las aportaciones de SANTIAGO IGLESIAS, D., «La gestión de los servicios públicos locales a través de sociedades de economía mixta» y MONTOYA MARTÍN, E., «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en AA.VV. *Tratado de Derecho municipal* (dir. S. MUÑOZ MACHADO), t. III, 3º ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 2855-2920 y pp. 2921-2982, respectivamente.

requerimiento a la adquisición o pérdida de una posición mayoritaria de la Administración en el capital social sino al ejercicio efectivo de una influencia dominante en la misma.

Cuando las sociedades públicas autonómicas se integran en un grupo de sociedades, como es el caso de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, las funciones que corresponden a la entidad de gestión respecto a los valores mobiliarios, instrumentos financieros y participaciones sociales de titularidad autonómica se atribuyen a la sociedad matriz (disp. ad. novena LPtAr), que es la que imparte instrucciones, en su caso, a los administradores de las sociedades del grupo, ejerce el control funcional y de eficacia de las sociedades que lo integran y establece los criterios para su gestión «de conformidad con los principios de eficiencia económica en la prosecución del interés público» (50). De no ser éste el caso, por no ejercer la CA una influencia dominante en otras sociedades mercantiles, las funciones se limitan a la gestión de la cartera de valores, instrumentos financieros y participaciones sociales de titularidad autonómica, gestión que normalmente desempeñará el departamento competente en materia de patrimonio, salvo que expresamente se hayan atribuido por el Gobierno de Aragón a un organismo público o a la sociedad matriz (art. 135 LPtAr).

La Ley 4/2012, de 26 de abril, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, atribuye a la Corporación Empresarial Pública de Aragón la competencia para impartir instrucciones a sus representantes en los órganos colegiados de las sociedades del grupo que no tienen la condición de autonómicas, esto es, sociedades de economía mixta, instrucciones para que se apliquen igualmente en estas sociedades las medidas contempladas en la citada norma [art. 4 (51)], medidas que imponen, entre otros objetivos, el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria y su control. Sin perjuicio del cumplimiento de estas instrucciones por parte de los consejeros designados por la Corporación Empresarial Pública de Aragón, la asunción de las mismas por la sociedad en la que la influencia de la Administración no es dominante, queda a la decisión del órgano de administración de la sociedad no autonómica, órgano de administración que deberá actuar

(50) La LPtAr también recoge la posibilidad de que se introduzcan sistemas de control en estas sociedades mercantiles autonómicas que permitan su adecuada supervisión financiera así como la propuesta de establecimiento de un convenio o contrato programa que defina el marco de las relaciones con la Administración de la CA para aquellas sociedades mercantiles autonómicas en las que sea necesario definir un escenario presupuestario, financiero y de actuación a medio plazo [letras c) y d) del art. 135. 3]. Como veremos más adelante, el Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre introdujo mayores controles financieros para las sociedades mercantiles autonómicas.

(51) Esta atribución ya se realizó bajo la vigencia del Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre (art. 4).

siempre bajo el respeto a los deberes que le impone la legislación societaria con carácter general en los arts. 225 y ss. LSC.

La delicada situación del sector público empresarial de Aragón y la necesidad de sanearlo así como de corregir determinadas desviaciones en materia contable, ha llevado al Gobierno autonómico a someter a autorización administrativa previa la celebración de contratos de cualquier naturaleza por importe igual o superior a 12 millones de euros, importe que podrá ser modificado en las sucesivas Leyes de Patrimonio. La autorización previa del Gobierno de la CA no rige para los contratos relativos a la financiación y a la gestión financiera (art. 14 Ley 4/2012). Es la Corporación Pública Empresarial de Aragón la entidad competente para coordinar y controlar el endeudamiento de las sociedades mercantiles autonómicas, teniendo en cuenta que en las sucesivas Leyes de Presupuestos se determinarán los importes globales máximos que estas sociedades pueden utilizar como recurso al endeudamiento y concesión de avales, al margen de los que puedan ser necesarios en función de legislación sectorial (art. 7 Ley 4/2012), como es el caso del derecho urbanístico o del sector eléctrico.

Al margen de ello, cualquier tipo de garantía prestada por las sociedades mercantiles autonómicas habrá de ser autorizada por el Gobierno de Aragón en los términos y condiciones que se establezcan anualmente en las Leyes de Presupuestos (art. 9.3 Ley 4/2012).

Por lo que respecta al *proceso fundacional*, la fase o procedimiento administrativo es previa al régimen mercantil; esto es, en primer lugar la constitución de sociedades mercantiles autonómicas ha de ser autorizada por Decreto del Gobierno de Aragón y a continuación se otorgará la escritura pública que será objeto de inscripción en el Registro mercantil, en nuestro caso, de Zaragoza, Huesca o Teruel. La nueva LPtAr ha aclarado una cuestión que antes de su entrada en vigor planteaba dudas en la práctica: si era necesaria o no la autorización del Gobierno de Aragón para el caso de que la sociedad mercantil autonómica que se pretendía constituir fuera una filial de la matriz o de empresas de la CA ya constituidas; podría entenderse que en estos casos bastaba el acuerdo de la sociedad matriz o de la empresa pública autonómica que fuera a controlarla. Con el nuevo régimen consagrado en el art. 134. 1 LPtAr, es claro que será necesario Decreto del Gobierno de Aragón en todos estos casos (52).

(52) Defendí este planteamiento bajo el régimen anterior PEÑA OCHOA. Estas sociedades van a integrarse en el sector público propio con todas las consecuencias que dicha integración implica (especialmente su sometimiento a un régimen jurídico de derecho público), de ahí que nunca podrá ser considerado un acto exclusivamente privado de la órbita mercantil de la empresa fundadora, aunque éstos deban producirse, una vez obtenidas las autorizaciones administrativas, para satisfacer las exigencias de la legislación privada que regulan la fundación de la sociedad mercantil en sus distintas formas (op. cit. p. 1240).

El art. 141.3 requiere, *en todo caso* para su constitución, de expediente acreditativo de su conexión con las funciones de la Comunidad Autónoma, que corresponderá realizar al departamento, organismo público o sociedad mercantil autonómica que la proponga. Ello obliga a reflexionar sobre la oportunidad de constituir sociedades mercantiles que operan al margen de intereses o funciones públicas y en las que el título de «interés socioeconómico» no es suficiente para justificar la presencia pública en empresas de iniciativa privada. Para ello está ya el sector del capital-riesgo en el que la CA interviene a través de Savia (53). Sería el caso, por ejemplo, de Arento Industrias Cárnicas, S.L. o Viajes Aragón Ski, S.L.U (54).

2. El control sobre el órgano de administración

Es al Gobierno de Aragón (art. 142), a instancia del departamento o entidad de gestión de las sociedades mercantiles autonómicas, de común acuerdo con el departamento de tutela, a quien compete la designación y cese de los administradores (55), sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación mercantil. Esto es, su nombramiento o cese ha de cumplir los procedimientos previstos en la LSC; señaladamente su elección por la Junta general (art. 214 LSC para el nombramiento y 223 para el cese), aceptación del cargo e inscripción en el Registro mercantil (arts. 214 y 215 LSC).

Como resultado de la confluencia de normas de Derecho público y de Derecho privado sobre las sociedades mercantiles autonómicas, surge la duda

(53) Nos referimos a Savia Capital Crecimiento SA, S.C.R. de régimen simplificado, con un capital social de 9.148.500,00 euros y Savia Capital Innovación SA S.C.R. de régimen simplificado, con un capital social de capital de 9.302.000,00 euros. Ambas sociedades fueron constituidas el 12 de enero de 2005. La participación de la CA de Aragón en ambas sociedades (el 50% en el caso de Savia Capital Innovación y el 35,29% para Savia Capital Crecimiento) se articula a través de Aragón Desarrollo e Inversión S.L.U., cuyo capital social asciende a 23.942.384,18 euros y de la que es titular al 100 por 100 del capital la Corporación Empresarial Pública de Aragón SLU.

(54) Arento Industrias Cárnicas está participada al 24,9% por el Gobierno de Aragón y su objeto social lo constituye la comercialización de productos cárnicos. Viajes Aragón SKI, S.L.U está integrada por un único socio que es Aramón, montañas de Aragón, S.A., con objeto social «Actividades propias de las Agencias de Viajes» y capital social de 3.000 euros. Aramón tiene por objeto social la Construcción y explotación comercial y turística de estaciones de esquí, construcción y transformación de inmuebles dedicados a la explotación hotelera, patrocinio de eventos deportivos, administración de valores mobiliarios y un capital social de 134.416.024,00 euros. El grupo está participado al 50% por el Gobierno de Aragón y por IberCaja.

(55) Téngase en cuenta que la LPIAR dentro del marco de las competencias generales que atribuye a la Administración autonómica, recoge en su art. 7 la competencia atribuida al consejero competente en materia de patrimonio de proponer, en su caso, al Gobierno de Aragón la designación de un representante de su departamento en el «órgano colegiado superior» de las sociedades mercantiles en las que participe directa o indirectamente la CA.

de si es de aplicación la posibilidad de designar consejeros en las sociedades anónimas autonómicas mediante el sistema de cooptación previsto en el art. 244 LSC (56). Son casos en los que se producen vacantes en el Consejo de administración de la SA pero aún no ha finalizado el mandato del consejero o consejeros que causan las vacantes anticipadas y no se han designado suplentes para cubrir las. La LSC permite que el consejo de administración designe entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general.

Parece que este sistema ha de admitirse en las sociedades anónimas autonómicas pluripersonales, esto es, en aquellas en las que la Administración de la CA no es socio único sino que comparte la titularidad del capital con otros socios, aunque minoritarios. La finalidad del art. 244 puede resumirse en tratar de facilitar la continuidad y el funcionamiento del órgano de administración y evitar convocar una junta de socios ante la vacante creada en el Consejo, pudiendo esperarse hasta la próxima junta general para cubrir esa vacante de modo definitivo, esto es, para ratificar o no la designación de ese miembro del consejo de administración. Entendemos que este procedimiento de cobertura de vacantes en el consejo de administración por cooptación puede tener lugar en estas sociedades anónimas autonómicas, sin perjuicio de la facultad de los grupos de la oposición en las Cortes de Aragón de proponer a uno de los miembros del Consejo en el caso de que la Corporación disponga de la facultad de designar a tres o más miembros (v. *infra*). Negar la posibilidad de cubrir por cooptación la vacante en el Consejo implicaría una carga para la sociedad anónima que creemos no justificada en atención al mantenimiento de la gestión ordenada de la misma. Por otra parte, con el nombramiento de administradores suplentes, se evitaría la convocatoria de junta general para este único punto.

En las sociedades anónimas autonómicas unipersonales, quizá tenga menos importancia práctica esta cuestión, desde el momento en el que es el socio único (normalmente la Corporación) quien ejerce las competencias de la junta general de socios (art. 15 LSC). El procedimiento de cobertura de la vacante en el Consejo de administración de la sociedad del grupo será relativamente ágil, al ser los consejeros designados por la propia Corporación a propuesta vinculante del ejecutivo aragonés (art. 142.2 LPtAr).

La designación de los miembros del consejo de administración de la Corporación corresponde al Gobierno de Aragón (art. 3.2 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón), respetando el derecho de los grupos parlamentarios

(56) Este sistema no es admisible para las SRL, v. RDGRN de 4 de mayo de 2005 (BOE 6 de julio).

de la oposición a proponer dos miembros del consejo de administración (disp. ad. primera Ley 2/2008).

En todo caso y para las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público, el nombramiento de presidente del Consejo y del consejero delegado «o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo» se efectúa por la sociedad a propuesta vinculante del Gobierno de Aragón [art. 147 LPtAr (57)]. El presidente del consejo y el consejero delegado han de nombrarse de entre los miembros del consejo de administración de la sociedad (art. 247 LSC); se trata de una norma mercantil que debe ser respetada por el ejecutivo autonómico. Los consejeros como administradores designados por la junta, habrán de haber debido aceptar su cargo, momento a partir del cual surte efectos su nombramiento (art. 214 LSC), que será inscrito en el Registro Mercantil en el plazo establecido en el art. 215 LSC.

La modificación del art. 146 LPtAr, operada por el Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre (58), ha limitado la obligatoriedad de la constitución de la Comisión de auditoría y control dependiente del consejo de administración, únicamente a la sociedad matriz del grupo empresarial público, siempre que tenga atribuida además la responsabilidad de entidad de gestión. En la redacción anterior, la existencia de esta Comisión de auditoría y control era obligatoria para todas las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público siempre que no pudieran presentar balance abreviado (59) (sociedades sometidas, pues, al deber de auditar sus cuentas, art. 263 LSC). El legislador aragonés difiere sus funciones a una norma de rango legal o en su defecto a los estatutos sociales de la matriz, si bien aclara que esta comisión se constituye a los efectos de supervisar los procesos de auditoría

(57) En su redacción original, el art. 147 LPtAr establecía la designación directa de estos cargos por el Gobierno de Aragón, mediante acuerdo del Consejo de Gobierno. Tras la reforma de este artículo operada por el Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre (v. en la actualidad la disp. final primera de la Ley 4/2012), es el consejo de administración quien designa al presidente y al consejero delegado o puesto equivalente, previa propuesta vinculante del Gobierno aragonés. La LSC prevé la posibilidad de que los estatutos de las sociedades anónimas autonómicas confíen el nombramiento del presidente del consejo a la junta general (arg. ex. art. 245.2 LSC). Esta reforma era necesaria ya que la LPtAr en su redacción originaria conculcaba las competencias legales de los órganos de las sociedades mercantiles y suponía una injerencia creemos no justificada en materia propia de la legislación mercantil básica estatal.

(58) En la actualidad, v. la disp. final primera de la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial aragonés.

(59) Para poder formular balance abreviado, el art. 257 LSC exige la concurrencia, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, de al menos dos de las circunstancias siguientes: (i) que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros; (ii) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros o (iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

interna y externa de las sociedades integrantes en el grupo empresarial de la Corporación (art. 146 LPtAr) y que ejerce «las funciones previstas en la legislación mercantil sobre todas las empresas del grupo que, de acuerdo con la normativa aplicable, estén obligados (sic) a someter sus cuentas a auditoría» (art. 12.2 Ley 4/2012). La composición de la Comisión de auditoría y control de la Corporación se detalla en el art. 12.1 de la Ley 4/2012: un vocal del consejo de administración de la Corporación, un representante de la Intervención General de la CA de Aragón y un experto independiente. Debemos precisar que, si la sociedad matriz emite valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales (por ejemplo, deuda corporativa), entonces será de aplicación el contenido de la disp. ad. 18ª de la Ley 24/1988, del Mercado de valores, que recoge un régimen específico en relación con la extracción de sus miembros, la designación del presidente de la comisión y sus competencias mínimas. Parece que el legislador autonómico se refiere a esta disp. ad. 18ª cuando alude a las «funciones previstas en la legislación mercantil» que ha de realizar la Comisión de Auditoría y control.

No se ha incluido en la legislación autonómica por llegarse a la misma conclusión por vía interpretativa, la inaplicación del art. 213.2 LSC que impide a los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades *privadas* de que se trate el que puedan ser administradores estas sociedades no públicas. En la legislación estatal esta exclusión se recoge en el art. 180 LPAAPP. El fundamento de esta prohibición contenida en la legislación mercantil que trata de evitar, entre otros abusos, el tráfico de influencias, no es aplicable a los supuestos de sociedades mercantiles públicas que están sometidas a la tutela y control de la Administración.

Como hemos indicado, las Cortes de Aragón, a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición, en aras del equilibrio en las relaciones entre el ejecutivo aragonés y el parlamento autonómico, pueden designar consejeros en las sociedades mercantiles en las que participe la Comunidad Autónoma (art. 143.2 LPtAr) Al respecto, la disp. ad. segunda de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma requiere de la colaboración de los grupos parlamentarios de la oposición para la propuesta de designación de los miembros del consejo de administración de las sociedades mercantiles que integran el grupo de la Corporación Empresarial pública, en los supuestos en los que la Corporación disponga de la facultad de designar a tres o más consejeros. En este caso, los grupos de la oposición propondrán a uno de los miembros (60).

(60) Una exposición crítica de esta disposición puede verse en LATORRE VILA, L. «El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón», en esta REVISTA, 37, 2010, pp. 259-316, pp. 301 y ss.

Para las empresas privadas participadas en más de un tercio de su capital por la Corporación Empresarial Pública de Aragón, siempre que no exista otro socio con una participación superior, y corresponda a la Corporación la facultad de designar a tres o más consejeros, uno de sus miembros será propuesto por los Grupos parlamentarios de la oposición.

Recuérdese que para la elección de los miembros del consejo de administración de la matriz, la Corporación pública empresarial de Aragón, en virtud de lo dispuesto en la disp. ad. primera de la Ley 2/2008, dos de sus miembros lo serán a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición.

En relación con la retribución del personal de alta dirección de las sociedades mercantiles autonómicas, la CA de Aragón ha dictado disposiciones específicas al amparo del principio de transparencia y de control del gasto público que prohíben las cláusulas contractuales de indemnización o compensación económica por razón del cese o extinción de su relación laboral con la sociedad [art. 16 c) Ley 4/2012] (61) así como la percepción por los administradores y el personal de alta dirección de retribuciones variables ligadas al sistema de objetivos en tanto la sociedad no elabore el Plan económico-financiero (62)

(61) Previsión ya contenida en el art. 16 c) del derogado Decreto-Ley 1/2011, en donde se consideraba personal directivo de las empresas públicas de la CA de Aragón a quienes realicen en ellas funciones ejecutivas de máximo nivel y, en todo caso, el personal laboral cuyas retribuciones, a 31 de diciembre de 2011, sean iguales o superiores a las fijadas en la Ley 12/2009, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010, para los Directores Generales y asimilados de la Administración de la Comunidad Autónoma (disp. trans. primera Decreto-ley 1/2011). En el Derecho vigente, con similar redacción, v. la dip. trans. primera de la Ley 4/2012.

(62) Las sociedades que hayan incurrido en pérdidas o en excesivos niveles de endeudamiento en 2010, de acuerdo con las cuentas anuales aprobadas, cuyo saneamiento requiera la dotación de recursos no previstos en sus propios presupuestos deberán presentar antes del 5 de mayo de 2012 un informe de gestión sobre las causas del desequilibrio y un plan económico-financiero de saneamiento. Igualmente, las sociedades que en el futuro incurran en dicha situación de desequilibrio, de acuerdo con sus cuentas anuales aprobadas, deberán presentar un informe de gestión sobre las causas del desequilibrio y un plan económico-financiero de saneamiento en el primer semestre del ejercicio en el que se presenten las cuentas. Este Plan ha de ser aprobado, oído el titular del Departamento de tutela, por el consejo de administración de la Corporación o, en su defecto, por la persona titular del departamento competente en materia de patrimonio (art. 6.3 Ley 4/2012). Si los administradores de la sociedad incumplieran la obligación de elaboración de este Plan o las propuestas que aparecen en el mismo, el titular del departamento competente en materia de patrimonio o, en su caso, el consejo de administración de la Corporación, oído el departamento de tutela, podrán establecer medidas coercitivas en materias que son competencia de la propia administración, como es el caso de la paralización de las transferencias para la cobertura del déficit de la sociedad incumplidora, la paralización de las inversiones de cualquier índole, la limitación de la autorización de endeudamiento de acuerdo con lo previsto en la ley de presupuestos anual, la no tramitación de garantías, afianzamientos, compromisos de participación o permanencia en la sociedad o la autorización previa para la formalización de los nuevos contratos que se determinen. Además de las indicadas, el art. 6.6 a) prevé la posibilidad de que el titular del departamento de

o el Plan de Pago a Proveedores (63), o cuando se produzca una desviación significativa e injustificada de los objetivos definidos en dichos planes. [art. 17 Ley 4/2012] (64).

3. Especialidades en el régimen de las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades mercantiles autonómicas

Para las aportaciones sociales *in natura*, la LSC establece con carácter obligatorio para la SA (art. 67) y potestativo para la SL (art. 76) la elaboración por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador mercantil del domicilio social, de un informe en el que se describa la aportación no dineraria al capital social y su valoración, expresando los criterios utilizados «y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida» (art. 67.2). La propia LSC en su art. 69 establece una serie de excepciones a la exigencia de este informe de experto independiente para las sociedades anónimas, señaladamente cuando la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios cotizados o sean bienes distintos cuyo valor razonable se haya determinado por experto independiente en los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, así como en los casos de constitución de nueva sociedad (o aumento de capital social) en procesos de fusión o escisión en los que exista informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión. En estos casos, los administradores de la sociedad habrán de elaborar un informe sustitutivo en el que habrá de precisarse, entre otros extremos, si el valor corresponde, como mínimo, al número y al

patrimonio o en su caso el consejo de la Corporación acuerden el «cese de los miembros del órgano de gobierno de la sociedad, así como en su caso de su director general, gerente o quien realice funciones ejecutivas de máximo nivel». Entendemos que esta última medida coercitiva ha adoptarse respetando la legislación mercantil en materia de cese de administradores y las competencias del órgano de administración para la contratación de personal de alta dirección. Esto es, para el caso del cese de los administradores, habrá de ser la Junta general la que lo acuerde, en cualquier momento y aún cuando no conste en el orden del día (art. 233 LSC). Para el caso del cese del director general o gerente, será necesario el acuerdo del órgano de administración o de la persona en quien se hayan delegado estas funciones de contratación.

(63) Las sociedades mercantiles autonómicas que incurran en niveles excesivos de déficit de capital circulante están obligadas a elaborar un Plan de pago a proveedores *ex art.* 8.1 Ley 4/2012. La aprobación de este Plan ha de realizarse siguiendo el mismo procedimiento previsto para la aprobación del Plan económico-financiero al que nos hemos referido en la nota anterior. El art. 6.5 prevé la unión de ambos planes en uno si los dos fueran necesarios.

(64) Además, como establece el art. 17.1 de la Ley 4/2012, «el departamento competente en materia de patrimonio, a propuesta del departamento de tutela, podrá establecer objetivos generales y directrices de la evaluación del sistema de objetivos en relación con las retribuciones variables del personal de las sociedades a los que resulte de aplicación este Decreto-Ley».

valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida [art. 70 c) LSC].

Para las sociedades limitadas no se exige este informe de experto independiente en el que se valora la aportación no dineraria. Es, pues, potestativo para los fundadores o administradores el requerirlo. Pero si no existe esta valoración por experto independiente, la LSC establece un especial régimen de responsabilidad imputable a los fundadores, a las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y a quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, régimen que implica la responsabilidad solidaria frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura (art. 73 LSC). No obstante, este régimen puede excluirse si los socios someten sus aportaciones no dinerarias a valoración pericial (informe de experto independiente) conforme a lo previsto para las sociedades anónimas (art. 76 LSC).

Este régimen general ha de adaptarse para los supuestos en los que sea la Administración autonómica o sus organismos públicos quienes realizan aportaciones no dinerarias al capital social de las sociedades mercantiles autonómicas. De este modo, el art. 144 LPtAr sustituye este informe de experto independiente por la tasación pericial contemplada en el art. 17 de la LPtAr, pero únicamente para las sociedades anónimas, tasación que podrá ser realizada por técnicos dependientes del departamento u organismo público que administre los bienes o derechos que vayan a ser objeto de aportación no dineraria, o por los técnicos de la Dirección General Patrimonio del Gobierno de Aragón. La LPtAr contempla la posibilidad de encargar esta valoración a las sociedades de tasación inscritas en el Registro del Banco de España. En el Derecho estatal se prevé este régimen en el art. 182 LPAAPP también únicamente para las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima.

Creemos conveniente, aunque no sea legalmente exigible bajo el régimen de Derecho público aplicable a las sociedades limitadas el que se elabore igualmente el informe a que se refiere el art. 17 LPAAPP para las aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación de capital de la SL, precisamente para evitar el régimen especial de responsabilidad en materia de aportaciones no dinerarias en la SL, desde el momento en el que, de no existir esta tasación, la Administración autonómica, responderá solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura (art. 73.1 LSC); si la sociedad no fuera de capital íntegramente público, y la aportación se hubiere efectuado como contravalor de un aumento del capital social, la Administración en su condición de socio puede hacer constar en

acta su oposición al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación para quedar exenta de este especial régimen de responsabilidad de los socios en ausencia de informe de experto independiente (art. 73.2 LSC). Pero si la Administración desempeñara el cargo de administrador de la sociedad aún en este caso habrá de responder solidariamente por la diferencia entre la valoración realizada por los socios y el valor real de las aportaciones (art. 72.3 LSC), lo que redundará en la conveniencia de someter al régimen de valoración previsto para las sociedades anónimas a las aportaciones no dinerarias al capital social de las sociedades autonómicas que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada.

Cuando estas aportaciones no dinerarias consistan en títulos societarios autonómicos, el art. 140.6 LPtAr exime del deber de recabar el informe de expertos independientes previsto en la LSC para las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades anónimas y habrán de registrarse en la contabilidad de la sociedad por su valor neto contable.

En el caso de las aportaciones no dinerarias a la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U procedentes de títulos societarios autonómicos, se ha procedido de modo que la operación sea neutra a efectos contables, esto es, en una primera fase los títulos societarios autonómicos se transfieren a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón quien a su vez los transfiere a la Corporación Empresarial, recibiendo a cambio una cantidad equivalente al valor neto contable que tienen los títulos que se transfieren en la contabilidad de la Administración de la CA de Aragón en la fecha de disposición (65). El capital social de la Corporación se amplía hasta una cifra que se corresponde con la valoración total de los títulos y valores objeto de aportación. En el Anexo al Decreto que ha de autorizar estas operaciones, se detallan las referidas valoraciones (66).

Los bienes y derechos de dominio público que se acuerde aportar al capital de una sociedad mercantil autonómica, han de ser objeto previamente de un expediente de desafectación, procedimiento contemplado en los arts.

(65) Indica el art. 4.2 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón. «La Corporación Empresarial Pública de Aragón adquirirá el pleno dominio de los títulos societarios autonómicos que se incorporen a la misma desde la adopción del decreto correspondiente, que será documento acreditativo de la nueva titularidad, tanto a efectos del cambio de las anotaciones en cuenta y en títulos nominativos, como a efectos de cualquier otra actuación administrativa, societaria y contable que sea preciso realizar. Los títulos societarios autonómicos recibidos por la Corporación Empresarial Pública de Aragón se registrarán en su contabilidad por el mismo valor neto contable que tuvieran con el anterior titular en la fecha de aprobación del decreto correspondiente a su transmisión».

(66) V. ad. ex el art. 3 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, el Gobierno de Aragón, por el que se transmiten títulos societarios autonómicos a la Corporación. Empresarial Pública de Aragón.

86 a 88 LPtAr. La ausencia de este procedimiento determinaría la nulidad de la aportación social, lo que puede ser causa de nulidad del negocio fundacional, puesto que estaríamos ante un caso de incumplimiento del deber de desembolso íntegro del capital en la SL o de desembolso mínimo en la SA, que ha de cubrir el 25% del nominal de cada acción [arts. 56 g) y 78 LSC]. Y, entiende la doctrina, que se trata de un supuesto de nulidad absoluta del negocio de aportación por falta de objeto aportado al negocio (art. 1.261 C.cv) (67).

Desde la óptica del Derecho público y con un planteamiento general, la RDGRN de 12 de septiembre de 1985 (68) indica que no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues ello se opone tanto el que el régimen del dominio público repele que pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como el que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público.

Al ser los bienes de dominio público por naturaleza inalienables (69) no pueden ser transferidos a una sociedad por vía de aportación, sin que pueda argumentarse, como se refleja en la resolución citada, que en la aportación no hay cambio efectivo de titularidad, al ser la Administración el único dueño de todas las acciones, porque aparte de que la Sociedad es formalmente en un ente distinto, se trata, sobre todo de un ente que, en su actuación, va a quedar sujeto básicamente al Derecho Mercantil. Y estas normas no se convienen con la naturaleza singular del régimen de Derecho público típico de los bienes de dominio público (70).

Además, recuerda la DGRN que es causa legal de disolución de las sociedades de capital la existencia de pérdidas que reduzcan patrimonio

(67) GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. p. 131, con cita de doctrina

(68) Resolución comentada entre otros por MENÉNDEZ GARCÍA, P. «Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público», *REDA*, 47, 1985, pp. 419-424 y MONGE GIL, A. «La aportación de bienes de dominio público a la sociedad privada municipal (Comentario a la resolución de la D.G.R.N. de 12 de septiembre de 1985)», *RDM*, 181-182, 1986, pp. 467-494. V. asimismo, MONTOYA MARTÍN, E., «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en AA.VV. *Tratado de Derecho municipal*, (dir. S. MUÑOZ MACHADO), t. III, 3ª ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 2942-2945.

(69) Art. 80 LRBRL.

(70) El supuesto que da origen a esta Resolución es el de una sociedad anónima municipal, Empresa Municipal de Aguas de Las Palmas, S.A., a la que el ayuntamiento pretendía aportar al capital, bajo el régimen de aportaciones no dinerarias, aguas, presas, canales y conducciones que son bienes de dominio público como bienes que están y en lo sucesivo estarán singular y directamente adscritos —según admite el recurrente— a uno de los servicios que son obligatorios para el Municipio de las Palmas, como es el abastecimiento de aguas.

neto a determinados porcentajes (71) (también son causa de reducción del capital en las condiciones delimitadas en la LSC); por todo lo cual no pueden ser aptos para ser objeto de las aportaciones sociales los bienes de dominio público, porque por su régimen son opuestos legalmente a ser calificados como patrimoniales y en particular, por ser legalmente inembargables y, por tanto sustraídos a la acción de los acreedores sociales.

Cosa distinta es la aportación de concesiones administrativas de bienes demaniales al capital de las sociedades mercantiles, supuesto frecuente en las sociedades anónimas en las que participa la Administración central o local. Estamos ante la aportación de un derecho susceptible de valoración económica, admisible como aportación no dineraria al capital social (art. 58 LSC). El supuesto de aportación de concesión administrativa de obra o servicio público al capital de las sociedades anónimas plantea mayores problemas, desde el momento en el que el concesionario ha de reunir especiales características lo que podría condicionar la libre transmisión de la misma y la posibilidad de hacer efectivos los créditos contra la sociedad concesionaria a través de la convertibilidad en dinero de la concesión (72). De la adjudicación directa de

(71) Artículo 363. 1. d) LSC: «La sociedad de capital deberá disolverse: (d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso».

Respecto a la reducción de capital en la SA, ésta tiene carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto (art. 327. LSC).

Téngase en cuenta que el Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias, dio un *plazo de gracia* a las SA y SL en su disp. ad. única, para evitar su incursión en causa legal de disolución por lo que respecta a las cuentas de 2008 y 2009, ya que en el cómputo de pérdidas en los supuestos de reducción obligatoria de capital social en la sociedad anónima y de disolución en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, no se integrarán «las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias». El Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, mantiene la aplicación de esta disp. ad. única para los ejercicios de 2010 y 2011 Y a la vista de la persistencia de la crisis económica, el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, ha renovado su vigencia para el ejercicio social de 2012. Habrá que ver, si no se acomete una reestructuración eficaz del sector empresarial público aragonés, qué sucede en el primer trimestre de 2014, cuando hayan de elaborarse las cuentas anuales de las sociedades mercantiles autonómicas, siempre que, claro es, el Gobierno no acuerde continuar con la prórroga de este plazo de gracia, sobre cuya bondad carecemos, que nos conste, de datos empíricos, aunque se podría intuir que ha demorado numerosas solicitudes de concurso en el sector empresarial privado.

(72) Sobre esta cuestión v. GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. pp. 135-137, quien con base en los argumentos citados y a efectos de la seguridad jurídica del tráfico mercantil rechaza el que puedan ser objeto de aportación estas concesiones de obra o servicio público.

concesiones a una sociedad de economía mixta se ocupa la disp. ad. 29 del recientemente aprobado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (73) para permitirla al amparo de las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de acuerdo con el TRLCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

En relación con la aportación de bienes patrimoniales al capital de las sociedades mercantiles autonómicas, serán de aplicación los arts. 39 y ss. LPtAr. Habrá de ser acordada por el Gobierno de Aragón previa tasación del bien o derecho (art. 40.2 LPtAr.), con lo que se solventan los problemas que pudieran surgir respecto a la ausencia de informe pericial para las aportaciones no dinerarias en la SL, ya que éste habrá de existir siempre con carácter previo a la realización de la aportación por el régimen administrativo aplicable al tráfico de bienes y derechos de dominio privado del patrimonio de Aragón. Ello es así mientras no haya transcurrido el plazo de seis meses desde la realización de la tasación hasta la realización efectiva de la aportación, siempre que no concurren circunstancias que puedan modificar significativamente el valor razonable de la aportación [arg. ex. art. 69 b) LSC].

4. Las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público

El art. 133.2 LPtAr define a las sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público como aquellas sociedades mercantiles en las que todas las participaciones sociales pertenezcan conjunta o separadamente a la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos u otras sociedades mercantiles autonómicas de capital íntegramente público.

Por tanto, estas sociedades de capital íntegramente público pueden actuar en el tráfico bajo la forma de la unipersonalidad, cuando todas las participaciones sociales o acciones pertenecen a un único socio (la Administración de la CA, un organismo público o una sociedad mercantil autonómica) o bien ser pluripersonales, cuando, a pesar de que la titularidad última corresponde a la Administración, ésta participa del capital junto con uno o varios organismos

(73) Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 16/11/2011). Este texto entrará en vigor el 16 de diciembre de 2011 (disp. final única TRLCSP).

públicos u otras sociedades mercantiles autonómicas o son varias sociedades mercantiles autonómicas las que participan en el capital de esta sociedad. En la práctica, las sociedades participadas al cien por cien por la Administración aragonesa, son unipersonales y adoptan el tipo de la anónima (Infraestructuras y Servicios de Telecomunicaciones de Aragón, S.A) o de responsabilidad limitada (Suelo y Vivienda de Aragón, S.L), siendo el socio único la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U.

A las sociedades autonómicas unipersonales, además de la normativa administrativa, les son de aplicación las previsiones de la LSC en la materia (74). A la sociedad unipersonal dedica la LSC su capítulo III del título I (arts. 12 a 17) e introduce unas previsiones especiales para las sociedades unipersonales públicas en el art. 17.

El art. 12 lógicamente considera sociedades unipersonales, además de a las constituidas por un único socio (unipersonalidad originaria) a aquellas constituidas por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio (unipersonalidad sobrevenida). El que en una sociedad las acciones o participaciones pertenezcan a un único socio pero exista régimen de autocartera, esto es, parte del capital social es detentado por la propia sociedad, no altera el carácter de unipersonalidad pese a que formalmente estamos entonces ante dos socios: la Administración y la propia sociedad (75). Ni tampoco los supuestos de autocartera indirecta, esto es, los casos en los que la totalidad de las partes alícuotas del capital social están distribuidas entre la sociedad dominante y la filial unipersonal (76).

El régimen mercantil de la sociedad unipersonal atiende en primer lugar a la protección de intereses de terceros, y de ahí la necesaria referencia a tal condición «en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición

(74) Rechaza la posibilidad de que el régimen previsto en el art. 17 LSC sea aplicable al supuesto de que el socio de estas sociedades públicas unipersonales sea a su vez una sociedad mercantil de capital público, aunque sin ofrecer argumentos, DÍAZ MORENO, A., «Artículo 17. Especialidades de las sociedades unipersonales públicas», en AA.VV., *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, (dir. A. ROJO y E. BELTRÁN), Civitas Thomson, Madrid, 2011, pp. 294-295.

(75) Esta posibilidad tiene acogida en las sociedades anónimas, siendo más difícil que ocurra en las sociedades de responsabilidad limitada por las restricciones al régimen de autocartera recogidas en el art. 140 LSC. De ser éste el caso, las participaciones propias deberán ser enajenadas o amortizadas por la sociedad en el plazo máximo de tres años. Si la autocartera de la SL la integran en todo o en parte participaciones de la sociedad dominante, el plazo para su enajenación es el de un año (art. 141 LSC).

(76) URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS, «La sociedad unipersonal», en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, 2ª ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 1357-1370, p. 1360.

legal o estatutaria». No se entiende bien por qué esta previsión no es aplicable a las sociedades unipersonales públicas (art. 17) sin perjuicio de que no les sea aplicable la sanción prevista para el incumplimiento de esta obligación (art. 14 LSC): la responsabilidad del socio único de forma personal, ilimitada y solidaria por las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad si no se ha inscrito esta circunstancia en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses desde la adquisición de la condición de unipersonalidad de forma sobrevenida. Tradicionalmente se arguye que la responsabilidad frente a terceros de la sociedad pública unipersonal está garantizada por la naturaleza del socio (la Administración pública). Pero creemos que el privilegio de la Administración en este punto no está justificado, máxime cuando lo más frecuente es que sea una sociedad mercantil autonómica la titular, a su vez, del capital social de la devenida unipersonal (por ejemplo, como consecuencia de una reestructuración de las empresas del sector público) (77). La tutela de los acreedores sociales creemos que ha de prevalecer en todo caso, aunque el socio único sea, directa o indirectamente la Administración, máxime si ésta actúa en el tráfico sirviéndose de técnicas propias del Derecho privado, cuales son las de la personificación jurídica de las sociedades mercantiles.

En estas sociedades unipersonales, es el socio único quien ejerce las competencias de la junta general, consignándose sus decisiones en acta, bajo la firma de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad (art. 15 LSC). En alguna legislación autonómica se recoge expresamente la previsión de que es el Gobierno autonómico quien integra la Junta general de la sociedad autonómica unipersonal (78). En el caso de que fuera una filial al 100 por 100 de la matriz, sociedad mercantil autonómica de capital íntegramente público, la Junta general la compondrá el Consejo de administración de esta sociedad holding.

Las previsiones del art. 16 LSC relativas a la contratación del socio único con la sociedad unipersonal son aplicables junto con la legislación en materia de contratación pública en los supuestos que proceda la aplicación del

(77) Estas tesis ya en GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, cit. p. 147, quien critica la legislación estatal por no contener una norma que aclare en el régimen de la LPAAP hasta qué grado deben considerarse como públicas estas sociedades anónimas que no son fundadas directamente por un ente público, sino por otra sociedad anónima controlada por la Administración (op. cit. p. 148). En la legislación autonómica esta cuestión está solucionada. También muy crítico con los privilegios que el art. 17 LSC confiere a la Administración, DÍAZ MORENO, A., «Artículo 17. Especialidades de las sociedades unipersonales públicas», en AA.VV., *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, cit. pp. 295-297 y URÍA/MENÉNDEZ/IGLESIAS, «La sociedad unipersonal», cit. p. 1363

(78) V. art. 67 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

TRLCSP (79); la sociedad autonómica deberá llevar un libro-registro legalizado en el Registro mercantil en el que se incluyan los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. Aparece de nuevo un privilegio en favor de la Administración que creemos no justificado si se tiene en cuenta la paridad de trato que ha de preservarse entre las empresas públicas y privadas (80). Dicho privilegio consiste en que, si la sociedad no ha transcrito en el libro-registro de contratos determinados contratos celebrados entre ella y el socio único, contratos que tampoco se referencian en la memoria anual depositada en el Registro mercantil, de producirse el concurso de la sociedad mercantil autonómica o de la sociedad mercantil autonómica que posea el cien por cien del capital de la sociedad en concurso, no son oponible a la masa los referidos contratos (art. 16.2 LSC). Tampoco es de aplicación la responsabilidad del socio único frente a la sociedad durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los referidos contratos por las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido el socio en perjuicio de la sociedad como consecuencia de los mismos.

Respecto a la contratación del socio único con la sociedad, la condición de pública de la misma nos lleva a traer a colación la aplicabilidad del TRLCSP a estos supuestos, especialmente en el caso de las operaciones conocidas en Derecho administrativo como operaciones *in house* a las que denominamos en Derecho mercantil operaciones intragrupo (81). En primer lugar, la aplicación del TRLCSP debe excluirse en los casos en los que la empresa pública autonómica no tenga la condición de poder adjudicador (art. 3 TRLCSP), esto es, como señala la doctrina, los casos en los que la sociedad mercantil actúa en el mercado como un auténtico agente económico, desprovisto de funciones administrativas, en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público (82).

(79) Sobre este régimen en el ámbito mercantil, v. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, *Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. 5º, 2º ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 209 y ss. y la bibliografía allí citada.

(80) HIERRO ANÍBARRO, cit. pp. 1297-1298

(81) Sobre las relaciones *in house*, v. BERNAL BLAY, M.A., «Los encargos a Entidades de la casa y su exclusión del ámbito de aplicación de la ley», *Noticias de la Unión Europea*, 298, 2009, pp. 21-34 y del mismo autor, «Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP», *REDA*, 129, 2006, pp. 77-90.

(82) GIMENO FELLÚ, J.M. «La nueva y novedosa regulación de la adjudicación de los contratos públicos de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», *Presupuesto y Gasto Público*, 60, 2010, pp. 25-40, p. 28.

En el caso de que determinadas sociedades autonómicas puedan considerarse poder adjudicador a efectos del TRLCSP, la doctrina administrativa entiende que el recurso a la personificación jurídico privada para la prestación de obras, suministros o servicios públicos impide considerar que existe contratación entre estos entes y la Administración (o entre las sociedades mercantiles autonómicas entre sí, añadimos nosotros), dada la falta de autonomía decisional de uno de los entes (filial) respecto del otro (sociedad matriz autonómica) (83). No estaríamos entonces ante contratos entre la sociedad y el socio único sino ante lo que en Derecho administrativo se conoce tradicionalmente como encomiendas de gestión, figura a la que se refiere el TRLCSP en su art. 4. 1 n), y por tanto no les es de aplicación la normativa sobre contratación pública con las excepciones que se prevén en la propia letra n) del art. 4.1, que se remite a los arts. 13 y ss. TRLCSP (84).

Para el caso de los contratos menores, esto es, contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos (art. 138.3 TRLCSP), el art. 111 TRLCSP únicamente exige para la tramitación del expediente la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, con los requisitos que se establezcan reglamentariamente. A ello habrá de sumarse ya en el ámbito mercantil su existencia por escrito, o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con la naturaleza del referido contrato, y la transcripción en el libro registro que la sociedad ha de llevar a tal efecto, así como su referencia expresa e individualizada, con indicación de su naturaleza y condiciones en la memorial anual de la sociedad (art. 16.1 LSC).

Una manifestación del carácter instrumental del recurso a la personalidad jurídica societaria lo encontramos en la posibilidad de que la Administración de instrucciones a las empresas públicas, procedimiento en donde se refleja asimismo el control de la Administración sobre las sociedades públicas autonómicas de capital íntegramente público. El departamento o entidad de gestión, con la conformidad del departamento de tutela, puede dar instrucciones a estas empresas a fin de que realicen determinadas actividades de interés público. Se trata de «casos excepcionales» que han de estar debidamente justificados (art. 145 LPtAr).

Estas actuaciones, que son competencia de los Departamentos u organismos públicos autonómicos, se realizan a través de las sociedades públicas

(83) BERNAL BLAY, «Los encargos a Entidades de la casa...», cit. pp. 21-22, con abundante cita de jurisprudencia comunitaria.

(84) Así por ejemplo, los contratos de obras y de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada que superen el umbral de los 4.845.000 euros (art. 14) o los contratos de suministro o de servicios con valor estimado superior a 193.000 euros (arts. 15 y 16) .

autonómicas y en el caso de los encargos de ejecución (de los que se excluyen los contratos de suministro) son financiadas a través de créditos establecidos en las distintas secciones presupuestarias con los condicionantes que se detallan en la disp. ad. 13ª TRLCA, en donde se prevé la posibilidad de efectuar un pago anticipado de hasta el 10 % de la primera anualidad y de imputar al coste de los encargos de ejecución hasta un máximo del 5,5% de dicho coste en concepto de gastos generales y corporativos de la empresa. Como medida de control presupuestario de la sociedad pública autonómica, ésta no podrá iniciar la ejecución de la instrucción sin contar con las garantías suficientes para su financiación (art. 145. 2 LPtAr).

Aparece aquí una excepción al régimen general de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, contenido en los arts. 236 y ss. LSC, ya que quedan exonerados de responsabilidad frente a la sociedad, los socios y los terceros, por los daños que puedan causar por el cumplimiento diligente de las instrucciones recibidas del departamento o entidad de gestión para el desarrollo de estas actividades de interés público (85). Lo que se excluye es la responsabilidad civil de los administradores prevista en la legislación mercantil, quedando a salvo, entendemos, las responsabilidades penales que pudieran derivarse de su actuación.

Se plantea la cuestión de si la exoneración de responsabilidad de los administradores de estas sociedades participadas al cien por cien por la Administración incluye también otros supuestos de responsabilidad de los administradores recogido en el TRLSC y en Ley Concursal, ambas leyes de carácter mercantil; nos referimos a la responsabilidad de los administradores por no convocar junta general para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o si no solicitan la disolución judicial o el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución (art. 367 LSC) y a la responsabilidad concursal en el caso de que el concurso se haya calificado como culpable (art. 172.3 de la Ley Concursal).

No encontramos argumentos para excluir en estos dos casos la exoneración de responsabilidad de los administradores diligentes en el cumplimiento de las instrucciones de la Administración, socio único directa o indirectamente en esta clase de sociedades. La responsabilidad recaería entonces sobre la Administración, que en el supuesto contemplado en la LSC abarcaría a las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución y en el segundo (concurso culpable), al importe de los créditos que los acreedores

(85) Similar previsión aparece en el art. 179 LPAAPP.

no hayan percibido en la liquidación de la masa activa, supuesto este último que puede tener consecuencias mucho más gravosas para el patrimonio de la Administración.

En relación con el concurso de estas sociedades públicas autonómicas, los Tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse al amparo de la nueva Ley Concursal de 9 de julio de 2003 sobre el concurso de sociedades mercantiles municipales. Así, por Auto de 13 de abril de 2009 (AC 2009\1005), el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga declara que admite a trámite la solicitud de concurso voluntario de «Gerencia de Compras y Contratación de Marbella, SL». Se trataba de una sociedad mercantil con un objeto social privado sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad cuya característica esencial (la plena participación pública) no le quita la naturaleza privada: sustraer a la misma del Derecho privado cuando concurre en el mercado, no aplicándole la normativa concursal, supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia. Y es que si bien el artículo 1.3 de la Ley Concursal establece que «no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público», se trata de una excepción planteada por el legislador que pretende evitar que los mismos puedan ser declarados en concurso de acreedores precisamente por los mecanismos paraconcursoales que pueden servir al salvamento y por los intereses públicos o el orden público que pudiera resultar afectado, pero esta previsión no alcanza a las sociedades mercantiles públicas que actúan en el tráfico económico. Más discutible es el razonamiento que lleva al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería a declarar en concurso voluntario a la Empresa Mixta de Servicios Municipales de El Ejido, Sociedad Anónima mediante Auto de 22 de junio de 2011 (AC/2011/2002); se trata de una empresa de economía mixta concesionaria de determinados servicios municipales (agua, alumbrado, parques y jardines, conservación de la red viaria y de edificios públicos) en cuyo capital participa la Administración en un 30%. Entiende el Juez que «nos encontramos ante una empresa de servicios que no implica el ejercicio de autoridad, en la que el capital público es minoritario, y donde las facultades de disolución y liquidación o requieren de ningún tipo de obstáculo administrativo, según se desprende del art. 29 de los Estatutos»; la legitimada, en opinión del juzgador no es una corporación de Derecho público en el sentido del art. 1.3 de la Ley Concursal y por tanto concurre el presupuesto subjetivo para la declaración de concurso. Creemos que en este caso no se ha tenido en cuenta el criterio de la influencia dominante de la Administración a la hora de calificar a esta sociedad municipal de economía mixta como empresa pública, tal y como hemos expuesto en el epígrafe 2.1 del presente estudio.

V. LA CORPORACIÓN PÚBLICA EMPRESARIAL DE ARAGÓN S.L.U

Según los datos registrales, a 18 de noviembre de 2011, la Corporación Empresarial Pública de Aragón, sociedad limitada unipersonal propiedad al 100 por 100 de la Administración autonómica, que inició sus operaciones el 10 de enero de 2008, tiene un capital social de 420.002.150,00 euros (esto es, de 69.874.917.691 pesetas).

Si se tiene en cuenta que fue creada por Decreto de 11 de diciembre de 2007 (86), y que se eleva a rango de Ley su reconocimiento por el art. 3 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón (87), con un capital social de 400.000 euros (art. 1.2. Decreto 314/2007), en menos de cuatro años se han ido produciendo ampliaciones del capital social por importe de 408.725.650,00 euros, esto es, de más de 69 mil millones de pesetas, a fin de integrar a las empresas públicas y a las acciones y participaciones sociales de titularidad autonómica en sociedades de economía mixta en el grupo de la Corporación (88).

El volumen más importante del capital social incrementado en la Corporación Empresarial Pública de Aragón procede de la ampliación de capital realizada en 2008, en concreto cuando se amplía capital por importe de 237.226.240 euros, casi la mitad del actual, como consecuencia del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se transmiten títulos societarios autonómicos a la Corporación Empresarial Pública de Aragón (BOA 8/07/2008) (89).

(86) Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la empresa pública «Corporación Empresarial Pública de Aragón, Sociedad Limitada Unipersonal».

(87) Art. 3 Ley 2/2008: «Corporación Empresarial Pública de Aragón. 1. La Corporación Empresarial Pública de Aragón, constituida con la finalidad de gestionar los títulos societarios autonómicos, es una empresa de la Comunidad Autónoma de Aragón de capital íntegramente público de titularidad de la Administración autonómica, que se mantendrá como único accionista. 2. Corresponderá al Gobierno de Aragón la designación de los titulares de los órganos de administración de la misma y de los representantes del Gobierno, en su condición de accionista único, en la Junta General».

(88) Habría que plantearse si estas ampliaciones de capital por tan elevada cifra no guardan relación en ocasiones con la causa de disolución obligatoria que para las sociedades limitadas se contempla en el art. 363 1 d) LSC: «La sociedad de capital deberá disolverse: d) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso».

(89) En virtud de lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, se incorporan a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, para su posterior aportación a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», la totalidad de las participaciones accionariales de titularidad del ente público Instituto Aragonés de Fomento en las empresas «Avalia Aragón, SGR», «Centro Europeo de Empresas e Innovación de Aragón, S. A.», «Viñas del Vero, S.A.».

A ella hay que sumar de nuevo las aportaciones no dinerarias realizadas por el Decreto 215/2008, de 4 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se transmiten títulos societarios autonómicos a la Corporación Empresarial Pública de Aragón (BOA 18/11/2008) (90) (91).

«ARAMON, Montañas de Aragón, S.A.», «Parque Tecnológico del Motor, S.A.», «Parque Tecnológico WALQA, S.A.», «Baronía de Escriche, S. L.», «Desarrollo de Iniciativas Turísticas del Matarraña, S.A.», «Almazaras Reunidas del Bajo Aragón, S.A.», «Casting Ros, S. A.», «La Parada del Compte, S. L.», «Sociedad Gestora del Conjunto Paleontológico de Teruel, S.A.», «Teruel Aviación, S. A.», «Zumos Catalano Aragoneses, S.A.» y «Corporación Oleícola Jalón-Moncayo, S. L.»

Artículo 4º. Autorizaciones mercantiles.

1. Se acuerda ampliar el capital de la compañía «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», de carácter unipersonal, en la cantidad de doscientos treinta y siete millones doscientos veintiséis mil doscientos cuarenta (237.226.240) euros, mediante la creación de veintitrés millones setecientos veintidós mil seiscientos veinticuatro (23.722.624) nuevas participaciones sociales, de diez (10,00) euros de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente del 40.001 al 23.762.624, ambas inclusive, con lo que el capital social después de la ampliación asciende a la suma de doscientos treinta y siete millones seiscientos veintiséis mil doscientos cuarenta (237.626.240) euros.

2. Se acuerda que la ampliación de capital sea suscrita íntegramente por el socio único, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, consistiendo el desembolso del capital suscrito en la aportación de todas las acciones y participaciones de su titularidad en las sociedades a las que se refiere el artículo 2 de este Decreto, que se relacionan en el Anexo 1.

3. Se faculta al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo y Presidente del Consejo de Administración de la sociedad «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» para formalizar y ejecutar los acuerdos que se contienen en este Decreto adoptados por el Gobierno de Aragón en su calidad de máximo órgano ejecutivo de la Administración autonómica, socio único de la sociedad.

(90) Decreto 215/2008 Artículo 1. Incorporación de títulos societarios a la Administración de la Comunidad Autónoma. 1. Se incorporan a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, para su posterior aportación a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», la totalidad de las participaciones accionariales de titularidad del ente público Instituto Aragonés de Fomento en las empresas «Ciudad del Motor, S. A.», «Parque Tecnológico del Motor, S. A.», «Sociedad para el Desarrollo de Calamocha, S. A.» y «Parque Temático de lo Pirineos, S. A.». En el caso de la compañía «Ciudad del Motor, S. A.», la incorporación se circunscribe a los títulos resultantes que permanezcan adscritos al Instituto Aragonés de Fomento después de la compraventa que se autoriza en el artículo siguiente.

2. Se habilita al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo y al Consejero de Industria, Comercio y Turismo, en su condición de Presidente del Instituto Aragonés de Fomento, para que dispongan las medidas necesarias relativas al reflejo contable, tanto en el ente público como en la Administración de la Comunidad Autónoma, de las operaciones de baja e incorporación de los títulos a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 2. Autorización para disponer.

1. Se autoriza al Consejero de Industria, Comercio y Turismo y Presidente del Instituto Aragonés de Fomento para vender a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» 103.575 acciones de la mercantil «Ciudad del Motor, S. A.», que las adquirirá por su valor neto contable deducido de las Cuentas Anuales de 2007, últimas aprobadas.

2. Se autoriza al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo para que aporte a la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» la totalidad de los títulos societarios autonómicos representativos de la titularidad de la Administración autonómica de las participaciones en el capital social de las sociedades mercantiles que se relacionan en el Anexo 1 de este Decreto. Las disposiciones en favor

La constitución de la Corporación, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector

de la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.» se realizan a título oneroso, de conformidad con lo dispuesto en la normativa mercantil reguladora de las aportaciones no dinerarias a sociedades, de tal modo que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón recibirá, en participaciones sociales de la «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», una cantidad equivalente al valor neto contable que tienen los títulos que se transfieren en la contabilidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en la fecha de disposición, y que consta en el Anexo 1 de este Decreto

Artículo 3. Modificación de los valores de determinados títulos.

1. Se modifican los datos relativos a la sociedad «Baronía de Escriche, S. L.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 2.200.000,00 euros a los efectos de ajustarlos a su valor neto contable.

2. Se modifican los datos relativos a la sociedad «Corporación Oleícola Jalón-Moncayo, S. L.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 30.000,00 euros a los efectos de ajustarlos a su valor neto contable.

3. Se modifican los datos relativos a la sociedad «Tecnologías Energéticas Integradas, S. A.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 350.000,00 euros a los efectos de ajustarlos a su valor neto contable.

4. Se modifican los datos relativos a la compañía «Sociedad para el Desarrollo Medioambiental de Aragón, S. A.» que figuran en el Anexo 1 del Decreto 137/2008, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, quedando valorados los títulos que se transmitieron en 300.000,00 euros, una vez deducido el importe de los dividendos pasivos.

Artículo 4. Autorizaciones mercantiles.

1. Se acuerda ampliar el capital de la compañía «Corporación Empresarial Pública de Aragón, S. L.», de carácter unipersonal, en la cantidad de 11.131.390,00 (once millones ciento treinta y un mil trescientos noventa) euros, mediante la creación de 1.113.139 (un millón ciento trece mil ciento treinta y nueve) nuevas participaciones sociales, de diez (10,00) euros de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente del 23.762.625 al 24.875.763, ambas inclusive, con lo que el capital social después de la ampliación asciende a la suma de 268.083.270,00 (doscientos sesenta y ocho millones ochenta y tres mil doscientos sesenta) euros. La ampliación de capital no dineraria será suscrita íntegramente por el socio único, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, consistiendo el desembolso del capital suscrito en la aportación de todas las acciones y participaciones de su titularidad en las sociedades a las que se refiere el artículo 2 de este Decreto, que se relacionan en el Anexo 1.»

(91) Pueden consultarse en el BORME las ampliaciones de capital realizadas de entre las que se citan como ejemplo las siguientes: BORME 16 de febrero de 2009; Ampliación de capital. Capital: 11.131.390,00 euros. Resultante Suscrito: 268.083.260,00 euros. Ampliación de capital. Capital: 12.000.000,00 euros. Resultante Suscrito: 280.083.260,00 euros. BORME de 12 de junio de 2009; Ampliación de capital. Capital: 3.094.600,00 euros. Resultante Suscrito: 283.177.860,00 euros. Ampliación de capital. Capital: 14.187.570,00 euros. Resultante Suscrito: 297.365.430,00 euros. Ampliación de capital. Capital: 50.165.630,00 euros. Resultante Suscrito: 347.531.060,00 euros. BORME 6 de noviembre de 2009.

Ampliación de capital. Capital: 6.150.000,00 euros. Resultante Suscrito: 357.834.910,00 euros. Ampliación de capital. Capital: 12.328.270,00 euros. Resultante Suscrito: 370.163.180,00 euros. BORME de 8 de febrero de 2011; Ampliación de capital. Capital: 6.545.800,00 euros. Resultante Suscrito: 407.159.780,00 euros.

Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón, trae causa de la necesidad de disponer de «un órgano específico y especializado» en la gestión del patrimonio empresarial de Aragón definido por los títulos representativos del capital de titularidad pública, hasta entonces disperso al no estar ni las sociedades mercantiles autonómicas ni las acciones y participaciones minoritarias de titularidad pública integradas en un único grupo empresarial.

Ex art. 136 LPtAr (92) la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. tiene la consideración de sociedad matriz del grupo empresarial de nuestra Comunidad Autónoma. El art. 136.2 refiere como objeto social exclusivo de la matriz el «gestionar los valores mobiliarios, los instrumentos financieros y las participaciones sociales de titularidad autonómica que se le incorporen», de acuerdo con lo previsto en el art. 3 de la Ley 2/2008, de 14 de mayo.

Según los datos registrales de la Corporación, constituye su objeto social «1. La participación en toda clase de sociedades, la tenencia, administración, disfrute, canje, pignoración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones sociales en otras sociedades mercantiles por cuenta propia. 2. La elaboración de informes, procedimientos de evaluación, cuadros de mando, memorias y cualquier otro documento que pueda ser utilizado para el buen gobierno de las empresas participadas. 3. El asesoramiento y asistencia técnica a las empresas participadas. 4. La elaboración de estudios económicos y sectoriales que se le encomienden». Aunque no está expresamente previsto en la LPtAr. como objeto social de la matriz del grupo empresarial, hemos de entender que las referencias a la elaboración de informes y documentos que puedan ser utilizados para el buen gobierno de las empresas participadas y la elaboración de estudios económicos y sectoriales que se les encomienden, constituyen actividades accesorias que no alteran la principal, que es la de gestión de los valores y participaciones de titularidad autonómica que se le incorporen.

Pero podría plantear dudas, especialmente en atención a los actos *ultra vires* el hecho de que en el objeto de la Corporación inscrito en el Registro mercantil, si bien se alude a la tenencia, administración, disfrute, canje, pignoración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones sociales en otras sociedades mercantiles por cuenta propia, no se incluye la referencia a los instrumentos financieros (por ejemplo, las opciones sobre acciones). Que

(92) Artículo 136: «Sociedad matriz. A los efectos previstos en el artículo anterior, se entiende por sociedad matriz una sociedad mercantil autonómica en la que concurran los siguientes requisitos: 1. Su capital será íntegramente público y de titularidad exclusiva de la Administración de la Comunidad Autónoma, que se mantendrá como único socio. 2. Su objeto social exclusivo será gestionar los valores mobiliarios, los instrumentos financieros y las participaciones sociales de titularidad autonómica que se le incorporen».

la legislación administrativa (art. 136.2 LPrAr) establezca que el objeto social exclusivo de la matriz es «gestionar los valores mobiliarios, los instrumentos financieros y las participaciones sociales de titularidad autonómica que se le incorporen», no altera la delimitación del objeto social que resulta de sus estatutos inscritos en el Registro mercantil, ni tampoco puede hacerlo la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón, que considera a los contratos financieros de opción como «títulos societarios autonómicos» para cuya gestión está habilitada la Corporación. Será necesario, pues, modificar los estatutos inscritos en el Registro mercantil para incluir en el objeto social la contratación de derivados financieros en los términos de la LPrAr (93). Aunque bien es cierto que, de realizar el órgano de administración de la Corporación tales operaciones, su validez frente a terceros será la regla general, ya que en la legislación autonómica sí que se recoge esta posibilidad, con lo que el tercero puede presumir el poder de representación del órgano de administración para la realización de estas operaciones (art. 234.2 LSC), tercero que no acudirá al Registro mercantil, por regla general, para comprobar que se trata de un acto comprendido en el objeto social.

De otros extremos relativos a la Corporación como sociedad mercantil autonómica de capital íntegramente público ya nos hemos ocupado en varios de los epígrafes de este trabajo y a ellos nos remitimos.

VI. CONCLUSIONES

La crisis económica en la que nos vemos inmersos y los excesos producidos en la gestión del sector empresarial autonómico, han provocado la adopción de políticas autonómicas destinadas a la reestructuración del referido sector, políticas que persiguen la reducción de la presencia de la Administración en aquellas sociedades de economía mixta que se encuentran en dificultades financieras, así como la disminución del número de sociedades que integran los grupos empresariales autonómicos, ya por la vía de la fusión de sociedades mercantiles, ya por la disolución de aquellas claramente deficitarias que no guardan conexión directa con los fines de interés general que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración.

(93) Recuérdese que el ámbito del poder de representación de los administradores se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos y que la sociedad queda obligada, frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 234 LSC).

Es preciso reconducir la actividad empresarial pública, legítima y adecuada en los casos en los que se trate de realización de servicios públicos o de inexistencia o fracaso del mercado en una determinada actividad económica, a sus justos términos. Ha de evitarse por esta vía la intervención pública en empresas privadas que de otra forma no podrían ser viables económicamente y que se sostienen de manera artificial contra la lógica de una economía de mercado. No puede ser éste el entendimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE).

El recurso por parte de los Gobiernos autonómicos a técnicas organizativas típicas del Derecho privado, como son las sociedades mercantiles, implica la confluencia de normas públicas y privadas en el régimen jurídico de las sociedades autonómicas; la tutela de la Administración en la gestión de estas sociedades puede provocar disfunciones en su régimen de derecho privado y problemas de interpretación de la norma mercantil ante actos administrativos que inciden en la legislación societaria emanada del Estado en uso de su competencia exclusiva (art. 149.1 6 CE).

La LPtAr establece un régimen para las sociedades mercantiles autonómicas que supone un claro avance respecto de la legislación anterior, al mejorar su régimen jurídico, ya desde el concepto mismo de sociedad mercantil autonómica. Sin embargo, permanece abierta la cuestión de la calificación como autonómica de aquellas sociedades en las que la Administración es titular del 50% del capital con derecho a voto en la sociedad en cuestión. Su consideración de sociedad privada evita su sometimiento a los controles públicos (Intervención general, Cámara de cuentas, TRLCSP) y de esta forma se evita la aplicación de la normas administrativas promulgadas precisamente para su sometimiento al control de la Administración.

Por otra parte, los privilegios que la LSC otorga a las sociedades públicas unipersonales (sean éstas estatales, autonómicas, provinciales o locales) ya desde la LSA de 1951 no creemos que deban mantenerse hoy, máxime cuando contamos con legislación administrativa sobre empresas públicas que, en el ámbito de su competencia introducen especialidades (por ejemplo, en materia de valoración de aportaciones no dinerarias al capital social) o las integran en el sector público para su control presupuestario.

La protección que el ordenamiento jurídico mercantil otorga a los acreedores sociales de las sociedades de capital puede verse minorada en las sociedades autonómicas al establecerse un régimen distinto del previsto en la LSC en determinadas materias, como son el régimen de valoración de aportaciones no dinerarias o la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles de capital íntegramente público que reciben instrucciones del departamento competente o de la sociedad matriz; las sanciones previstas en el derecho privado para la gestión, cuando menos, culposa de los administradores

sociales, rara vez serán aplicables a las sociedades autonómicas de capital íntegramente público si estos administradores han seguido las directrices de la CA o de la sociedad matriz del grupo autonómico empresarial. Cuando la Administración como socio único, directa o indirectamente, utiliza el recurso a estas empresas para eludir las normas administrativas sobre endeudamiento o cuando acude a las sociedades de economía mixta para otorgar subvenciones encubiertas al sector privado, esto es, cuando acude a la sociedad mercantil para fines espurios, es cuando se aprecian en mayor medida la necesidad de reformar el régimen de estas sociedades mercantiles autonómicas. La reciente aprobación del Decreto-ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial y cuyo contenido se ha trasladado a la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, creemos que va en la línea adecuada para reconducir la situación de las sociedades públicas autonómicas desde el momento en el que establece una serie de medidas coercitivas aplicables a las sociedades mercantiles públicas que no actúan en el tráfico de acuerdo con una ordenada gestión empresarial; el recurso a los procedimientos concursales no puede ser la solución para estas sociedades mercantiles autonómicas precisamente por la naturaleza pública del socio único o mayoritario. La calificación del concurso como culpable podría acarrear la responsabilidad de la Administración en el pago del importe, total o parcial, de los créditos no satisfechos a los acreedores concursales en la liquidación de la masa activa (art. 172 bis LC). De esta manera, la CA podría ser condenada a la cobertura, total o parcial, del déficit del concurso, ya que la sociedad mercantil autonómica actúa en el mercado como cualquier empresario privado.

EL ARBITRAJE Y OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO(*)

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

SUMARIO: I. LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPOSICIÓN COMO ALTERNATIVA AL SISTEMA DE GARANTÍAS ADMINISTRATIVAS: 1. Caracterización de los mecanismos de autocomposición y heterocomposición para la resolución de conflictos. 2. La problemática definición del arbitraje en el Derecho administrativo y su viabilidad constitucional.– II. LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO EXTRAPROCESAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS O ARBITRAJE ADMINISTRATIVO IMPROPIO: 1. Definición y ámbito subjetivo de aplicación. 2. Carácter voluntario del arbitraje. 3. Su configuración como mecanismo de heterocomposición alternativo a la vía judicial. 4. Ámbito material de aplicación. 5. Mecanismos de impugnación y de ejecución del laudo. 6. Algunos ejemplos de esta institución en el Derecho administrativo.– III. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO: 1. El arbitraje en el artículo 107.2 de la LPAC. 2. La naturaleza arbitral de los medios de resolución de conflictos en materia de acceso a redes en los sectores liberalizados. 3. La fórmula arbitral en el procedimiento sancionador en materia de dopaje.– IV. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL: 1. La actividad administrativa arbitral para la resolución de conflictos entre particulares. 2. La actividad administrativa arbitral para la resolución de conflictos entre Administraciones públicas. El sistema de arbitraje institucional previsto en la Ley 11/2011, de 20 de mayo.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, está alcanzando una posición cada vez más significativa dentro del sistema de garantías de la actuación administrativa. En este estudio se tratará de analizar el régimen jurídico aplicable al arbitraje en Derecho Administrativo, a la luz de las distintas caracterizaciones que esta institución jurídica, todavía en evolución, presenta en nuestro Ordenamiento jurídico. Todo ello sustentado, evidentemente, en un completo análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial.

Palabras clave: arbitraje; mecanismos alternativos de resolución de conflictos; sistema de garantías; actuación administrativa.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 31 de enero de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 2 de marzo de 2012.

ABSTRACT: Arbitration, as an alternative mechanism of dispute resolution, is reaching an increasingly significant position within the system of guarantees of administrative action. This study aims to analyze the legal regime applicable to the arbitration in administrative law, based on the different characterizations that this legal institution, still evolving, presents in our national law. Study sustained, of course, in a complete legal, doctrinal and jurisprudential analysis.

Key words: arbitration; Alternative Dispute Resolution (ADR); control system; administrative action.

I. LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPOSICIÓN COMO ALTERNATIVA AL SISTEMA TRADICIONAL DE GARANTÍAS

Por idónea que sea la organización administrativa y por mucho que se perfeccione el régimen jurídico de su actividad, es evidente que la garantía del correcto funcionamiento de una Administración requiere tanto de la existencia de un adecuado sistema de control sobre su actividad, como de un efectivo régimen de responsabilidad de la organización y de sus agentes.

Como remarca SÁNCHEZ MORÓN (1991: 154 y 155) mejorar la eficacia de las Administraciones «supone poner a punto el sistema de control, hacerlo tan equilibrado y operativo como los tiempos demandan»; y hoy los tiempos demandan buscar fórmulas complementarias o alternativas de composición, para «liberar el atasco, para evitar que la máquina se detenga o simplemente que chirríe».

Por ello, y por la perenne crisis del sistema tradicional de justicia administrativa, numerosos autores en nuestra doctrina han llegado a cuestionarse la creación de vías alternativas que permitan dar satisfacción a las pretensiones de los ciudadanos sin necesidad de acudir, en todo caso, ante el juez. Planteamiento que, por otra parte, no resulta en absoluto novedoso observado desde el prisma del Derecho comparado y que no hace sino confirmar la necesidad de reformar o ampliar el sistema de garantías del administrado frente a la Administración pública con el objetivo de hacerlo más eficaz y, desde un punto de vista subjetivo, más justo (1).

El Consejo de Estado francés, en su informe elaborado en 1993 sobre otras formas de resolver litigios, engloba a las mismas conforme a tres distintas finalidades, pero todas ellas operan en virtud de la relación de la técnica con la resolución jurisdiccional, que constituye el referente clásico: a) técnicas

(1) Me remito a los excelentes estudios de Derecho comparado que, sobre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, han realizado DELGADO PIQUERAS (1993), ROSA MORENO (1998), HUERGO LORA (2000) y DEL OLMO ALONSO (2004).

dirigidas a prevenir el litigio; b) técnicas dirigidas a poner fin de manera anticipada al proceso judicial; y c) técnicas dirigidas a resolver el conflicto a través de instancias no jurisdiccionales (2).

No obstante, la búsqueda de la eficacia y la necesidad de imprimir celebridad en la solución de los conflictos en los que es parte una Administración pública, debe conjugarse con la necesidad de control, con la existencia de formalidades y de transparencia y la atención a valores y principios que la Constitución impone a los poderes públicos (3). Consiste, en definitiva, en lograr un perfecto equilibrio entre la búsqueda de soluciones alternativas al sistema de garantías tradicional que permitan alcanzar unas mayores cuotas de eficacia, agilidad y justicia de los procedimientos de impugnación de la actuación administrativa, con el establecimiento de controles a dicha actuación que respeten nuestro diseño constitucional.

1. Caracterización de los mecanismos de autocomposición y heterocomposición para la resolución de conflictos

Como se viene indicando, nuestro Ordenamiento jurídico ha previsto distintas formas de solución de conflictos de intereses o *litis* que se producen como consecuencia de la existencia de posturas enfrentadas —de pretensión y resistencia— en relación a un bien jurídico objeto de disputa. Formas que van desde la autotutela de intereses (una de las partes decide unilateralmente sobre la discrepancia), hasta el uso de los distintos mecanismos de composición, en los que el conflicto de intereses se resuelve bien por el acuerdo de las partes, con o sin ayuda de un tercero (autocomposición), bien por la decisión de un tercero al que voluntaria o forzosamente se someten las partes (heterocomposición).

Es cierto, no obstante, que el Derecho administrativo constituye el ámbito más representativo de la dación a una de las partes del privilegio de resolución del conflicto al que se enfrenta; privilegio fundado en el principio de autotutela —declarativa y ejecutiva— del que gozan las Administraciones Públicas y que encuentra su sustento normativo, entre otros, en los artículos 56, 89, y 93 y ss. y 107 de la LPAC. Pero ello no implica, evidentemente, la falta de previsión de otros mecanismos de resolución de conflictos en los que una Administración pública es una de las partes del litigio. Mecanismos que se presentan adoptando variadas fórmulas de autocomposición y heterocomposición que, como es obvio, suponen una solución menos privilegiada para las Administraciones

(2) Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, París, 1993.

(3) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 20).

que la derivada de la autotutela, pero que terminan de configurar un sistema general de garantías mucho más completo y deseable desde un punto de vista jurídico.

Alguna de estas fórmulas viene directamente impuesta por el texto constitucional. Como es bien sabido, el artículo 106 de la Constitución (conjuntamente con los artículos 24, 117 y 118 del mismo cuerpo normativo) otorga a *los Tribunales* el control de la *potestad reglamentaria* y la *legalidad de la actuación administrativa*, reafirmando el carácter absoluto del control jurisdiccional ejercido sobre la actuación de las Administraciones públicas, tanto desde un punto de vista objetivo, como subjetivo (justiciabilidad plena de la actuación administrativa). Dicho control se articula fundamentalmente a través del recurso contencioso-administrativo, previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que supone un claro ejemplo de mecanismo de heterocomposición procesal al que forzosamente se someten las Administraciones públicas.

Otras fórmulas, sin embargo, han encontrado un difícil acomodo en un sistema restringido tanto por una cierta resistencia o inamovilidad derivada de la tradición administrativista, como por un conjunto de indudables limitaciones constitucionales (vinculación plena de la actuación administrativa al principio de legalidad, servicio a los intereses generales, control jurisdiccional de esa actividad, etc.) que parecen imposibilitar la consolidación de dicha opción. Considera, sin embargo, PAREJO ALFONSO (1991: 14) que en un marco propicio como el constituido por el Estado democrático y social de Derecho, el principio de eficacia en la actuación de las Administraciones públicas impone el surgimiento de nuevos mecanismos y técnicas «que pugnan por obtener reconocimiento y transformar, cuando no sustituir, las aún vigentes» (4). Serían, de este modo, los criterios de eficacia de la actuación de las Administraciones públicas los que justificarían la adopción de medios alternativos a las tradicionales formas de resolución unilateral administrativas e, igualmente, de mecanismos complementarios al monopolio judicial del control de la Administración (5).

Estos medios alternativos que, sin duda, pueden contribuir a una mayor eficacia del sistema de garantías administrativas responden tanto a caracterizaciones autocompositivas como heterocompositivas, si bien su desarrollo normativo y su utilización práctica continúan siendo marginales en términos comparativos con los mecanismos tradicionales.

(4) Considera, igualmente, PAREJO ALFONSO (1991: 116 y 117) que la eficacia otorga sustento constitucional a las prerrogativas derivadas del principio de autotutela administrativa, sin perjuicio de que la forma unilateral de acción administrativa ha perdido su papel protagonista en la actuación de las Administraciones públicas.

(5) Siguiendo la argumentación dada por ROSA MORENO (1998: 17).

Analizando las fórmulas de autocomposición, presentarán un carácter unilateral aquellas en las que la solución a la disputa provenga de la voluntad de una de las partes, que con su desistimiento, allanamiento o renuncia ponga fin al conflicto —lo que desde una perspectiva *ius-administrativista* implica el desistimiento del interesado de su solicitud (artículo 90 LPAC), la renuncia de su derecho (artículo 90 LPAC), el desistimiento del recurso contencioso-administrativo (artículo 74 LJCA) o el allanamiento del demandado (artículo 75 LJCA)—. Por su parte, tendrán carácter bilateral las fórmulas de autocomposición por las que se consigue que las partes alcancen un acuerdo a través de recíprocas concesiones. Dentro de estas fórmulas cabría destacar la transacción, la conciliación y la mediación (6).

La transacción se define, en virtud del artículo 1809 del Código Civil, como un contrato por el que las partes dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado (7). Las tres notas características que delimitan esta figura son: la existencia de una relación jurídica incierta entre las partes, su intención de sustituir las desavenencias e incertidumbres mediante una nueva relación fundada en el pacto, y que dicho objetivo se consiga mediante recíprocas concesiones de las partes (8).

Se plantean, sin embargo, dudas razonables desde el punto de vista de su admisibilidad en el Derecho administrativo. En efecto, el deber constitucional de que las administraciones sirvan con objetividad al interés general, el carácter indisponible de las potestades administrativas y la estricta sujeción de la Administración al principio de legalidad, podrían impedir transigir tanto respecto de las solicitudes ajustadas a Derecho como de aquellas que no lo fueren, pues en uno y otro caso, la transacción representaría un perjuicio o

(6) Fórmulas que ROSA MORENO (2008: 228) agrupa dentro de la categoría de las denominadas *técnicas filtro*, técnicas que operan antes de que el conflicto llegue a instancias heterocompositivas, distinguiéndose «entre técnicas que consisten en revitalizar los clásicos métodos de autotutela y aquellos métodos que se configuran como auténticos procedimientos de autocomposición».

(7) Desde el punto de vista del Derecho administrativo, como relata BUSTILLO BOLADO (2010: 338), el contrato de transacción ha venido calificándose tradicionalmente como contrato administrativo o privado en función de su objeto, de la naturaleza privada o administrativa de la relación jurídica sobre la que incidía. No obstante, tal y como expone el citado autor, el artículo 4.1.d) de la LCSP de 2007 excluye del alcance de la propia Ley todos los convenios típicos entre Administraciones públicas y particulares, y dado que el contrato de transacción es a efectos jurídico-administrativos un convenio, debería dar lugar a que se entendiera que es uno de los nuevos supuestos que deben entenderse englobados en la exclusión del citado artículo BUSTILLO BOLADO (2010: 338).

(8) BUSTILLO BOLADO (2010: 339), resumiendo la asentada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y los numerosos Dictámenes del Consejo de Estado sobre la materia.

beneficio injustificado, con quiebra de la igualdad y objetividad a la que debe atenderse en su actuación la Administración (9).

Pero estas dudas deben entenderse resueltas por el reconocimiento legislativo que dicha fórmula de autocomposición ha encontrado en nuestro Ordenamiento jurídico. Y no sólo por la genérica habilitación legal derivada del artículo 1812 del Código Civil (*Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes*); sino, fundamentalmente, por el reconocimiento expreso que el Legislador ha hecho de tal posibilidad en estos últimos años (artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria e incluso en el artículo 77.1 de la LJCA, aunque la fórmula transaccional allí citada sea ciertamente heterodoxa, aproximándose más a la técnica conciliadora, como se verá a continuación) (10).

Por su parte, la mediación y la conciliación responden a técnicas de composición amigable de conflictos en las que la intervención de tercero se realiza sin otorgarle potestad de decisión (lo que las distingue de las fórmulas de heterocomposición). En este sentido, la composición del litigio se produce entre las partes, correspondiéndole al tercero únicamente la labor de asistir a las partes en la negociación del acuerdo y, todo lo más, de realizar recomendaciones o sugerencias a las partes para su resolución [ROSA MORENO (1998: 38)]. La diferencia principal entre ambas técnicas, como señala RODRÍGUEZ SAÑUDO (1987: 184), es que «mientras que en la conciliación, en sentido estricto, el tercero limita su actividad a acercar a las partes, en la mediación el tercero está facultado para proponer soluciones».

La conciliación, por tanto, supone un medio de autocomposición en el que mediante la intervención de un tercero ajeno al conflicto —llamado *conciliador*— se trata de fomentar la comunicación y el acercamiento entre las partes para alcanzar un acuerdo que termine con el conflicto suscitado [TORNOS MAS (1995: 169)]. Dicha fórmula puede configurarse como un acto previo al proceso —conciliación preventiva cuya finalidad es evitar el proceso judicial—, o bien como una fase en el seno del propio proceso —conciliación intraprocesal con la que se trata de finalizar anticipadamente el proceso ya comenzado— (11). En este sentido, desde el punto de vista administrativo, un ejemplo de concilia-

(9) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 31).

(10) Sobre los requisitos y alcance de la transacción en el Derecho administrativo, véanse los Dictámenes del Consejo de Estado números 46031, de 1 de marzo de 1984, 51528, de 3 de noviembre de 1988, 51259, de 7 de julio de 1988, 1984, de 29 de julio de 1999 y 252, de 18 de febrero de 1999.

(11) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 32).

ción preventiva se podría observar en el artículo 107.2 de la LPAC, sirviendo la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en vía administrativa; mientras que uno de conciliación intraprocesal se observaría en el citado artículo 77.1 de la LJCA, en tanto el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, puede someter «a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia» (12).

La mediación es un procedimiento generalmente no formalizado en virtud del cual un tercero —denominado mediador— contribuye a la resolución del conflicto entre las partes, organizando el intercambio de puntos de vista, intentando aproximarlos y propiciando una composición de sus intereses (13). La intervención del mediador, por tanto, resulta más intensa que la del conciliador, pudiendo, de hecho, llegar a formalizar una propuesta de resolución del conflicto a la que, voluntariamente, podrían acogerse las partes. Los ejemplos de mediación en el Derecho administrativo son, sin embargo, escasos, ubicándose principalmente en el ámbito regulador del personal al servicio de las Administraciones públicas (en concreto, artículo 45.3 del EBEP) (14).

Continuando en este avance hacia una mayor vinculación del tercero actuante en la solución de conflictos que afectan a las partes, alcanzamos las denominadas técnicas de heterocomposición. Mediante dichas técnicas, la finalización del conflicto se somete a la resolución de un tercero ajeno al mismo, que actúa con objetividad, quedando obligadas las partes a cumplir dicha resolución. A diferencia de las fórmulas bilaterales de autocomposición,

(12) Su carácter intraprocesal queda remarcado en el apartado segundo del artículo 77 de la LJCA, en tanto se señala que «el intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo soliciten y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia».

(13) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELA y AROZAMENA LASO (2004: 33). Sobre la mediación en materia administrativa véase SÁNCHEZ MORÓN (1994). Destacable, igualmente, el estudio que realiza ROSA MORENO (1998: 40 a 45) sobre la figura francesa del *Médiateur* y su caracterización como órgano administrativo con funciones análogas al Defensor del Pueblo español.

(14) En efecto, el artículo 45 del EBEP recoge, al igual que hacía el artículo 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, un sistema extrajudicial para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos en materias objeto de negociación colectiva. De este modo, y en virtud del citado precepto, las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública pueden acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Dichos sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje. En el caso de la mediación, ésta será obligatoria cuando lo solicite una de las partes y las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las mismas (artículo 45.3 EBEP).

la decisión del tercero no busca, *per se*, una solución intermedia que aproxime los intereses enfrentados, pudiendo adoptar una decisión que coincide plenamente con las pretensiones de una de las partes.

Como mecanismos típicos de solución de conflictos de carácter heterocompositivo, se debe hacer referencia, en primer lugar, al proceso judicial, por el que las partes se someten a la decisión de los Juzgados y Tribunales a los que en virtud de nuestro texto constitucional (artículo 117 CE), les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y en segundo lugar, y de gran relevancia al objeto de este estudio, debemos detenernos en el mecanismo de heterocomposición de carácter extrajurisdiccional más reconocible, el arbitraje, aunque su caracterización en el Derecho administrativo difiera, en parte, de su conceptualización tradicional, como se verá a continuación (15).

2. La problemática caracterización del arbitraje en el Derecho administrativo y su viabilidad constitucional

El arbitraje se ha venido entendiendo tradicionalmente como un *equivalente jurisdiccional* por el que las personas físicas o jurídicas, previo acuerdo, someten la decisión de una controversia a personas, órganos o entidades que no forman parte del poder judicial, cuya decisión (laudo) tiene fuerza vinculante y eficacia equivalente a la fuerza de cosa juzgada, aunque sea admisible someter su validez o nulidad, exclusivamente por motivos tasados, al pronunciamiento de los Tribunales (16). Por su parte, el Tribunal Constitucional lo ha definido como un «mecanismo de heterocomposición de conflictos atribuido a uno o varios árbitros que constituye expresión de la libertad y de la autonomía de las partes, ligado, en todo caso, a una opción voluntaria» (SSTC 43 y 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995, entre otras) o como «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989 y 62/1991).

De las anteriores definiciones, así como de la abundante jurisprudencia y doctrina que al efecto se ha pronunciado, se podrían enumerar las siguientes las características principales del arbitraje:

(15) Como pone de manifiesto el ATC 259/1993, de 20 de julio, una de las principales diferencias entre ambos mecanismos heterocompositivos es que mientras el juez es «titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de un *imperium*», el árbitro está «desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública».

(16) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 29).

- a) Se trata de un mecanismo alternativo al proceso judicial por el que las partes obtienen una decisión que pone fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada y que sólo puede ser impugnada en sede judicial por motivos tasados de anulación y no por motivos de fondo o sustantivos (como se analizará en un epígrafe posterior).
- b) Es un mecanismo convencional y, por tanto, voluntario, requiriéndose la libre voluntad de las partes (plasmada en el convenio arbitral) para su existencia legítima (17).
- c) Su ámbito material se halla limitado, siendo únicamente susceptibles de arbitraje «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho» (artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).
- d) Se requiere la intervención de un tercero, ya sea un árbitro, una junta arbitral o una institución especializada —arbitraje institucional—, que en todo caso será independiente de las partes.

Centrándonos en el principal rasgo que, respecto al arbitraje, destaca la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 15/1989, 174/1995, 176/1996 y 352/2006), esto es, que se trata de un *equivalente jurisdiccional* y que, por tanto, sustituye al proceso judicial, nos encontramos con un primer problema de consideración en relación a la incorporación de este medio heterocompositivo de resolución de conflictos en el Derecho administrativo. Dificultad derivada de la obligación constitucional de sometimiento de la actividad administrativa al control de legalidad que ejercen Jueces y Tribunales, ex. artículos 106 y 117 de la CE y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del que gozan los ciudadanos españoles en virtud del artículo 24 CE (18).

En lo que se refiere a este último aspecto, es decir, a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE, dicha vulneración podría provenir de una hipotética renuncia a un derecho fundamental consagrado en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución lo que, como es bien sabido, no resulta constitucionalmente admisible (19). Sin

(17) Véase, a este respecto, el F. J. 4º de la STC 176/1996, de 11 de noviembre y, sobre todo, el F. J. 3º de la STC 174/1995, de 23 de noviembre, en el que se declara inconstitucional el mecanismo de arbitraje obligatorio ante las Juntas Arbitrales que regulaba la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres por vulneración de los artículos 24 y 117 de la CE.

(18) Problemática constitucional derivada estudiada detenidamente por ROSA MORENO (1998: 75-79), HUERGO LORA (2000: 174-175), DEL OLMO ALONSO (2004: 215-230), FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 55-66), BUSTILLO BOLADO (2010: 452-461) y GARCÍA PÉREZ (2011: 23-43), entre otros autores.

(19) En tal sentido se ha manifestado CALVO CORBELLA (1993: 59), aunque matizadamente, considerando que el limitado acceso a la jurisdicción a través del recurso de anulación del laudo no garantiza la efectividad de la tutela judicial.

embargo, tal renuncia proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los Tribunales de Justicia para resolver su conflicto y cuya actuación, en todo caso, no implica la renuncia a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino al ejercicio del mismo, lo que no quebranta principio constitucional alguno (20). De hecho, es rotunda y tajante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que admite la compatibilidad del arbitraje —en Derecho privado, eso sí— con el derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, 75/1996, de 30 de abril y 176/1996, de 11 de noviembre —«no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos» F.J. 4º—).

Más compleja resulta la confrontación de la institución arbitral en el Derecho administrativo con las obligaciones de control de la actividad de la Administración que imponen los artículos 106.1 y 117.3 CE. En efecto, los citados preceptos someten a un control pleno de legalidad tanto a la actuación administrativa como a la potestad reglamentaria, recayendo dicho control de legalidad en los Juzgados y Tribunales que conforman el poder judicial. La duda, por tanto, resulta inevitable a la vista de semejante cautela ¿Se puede eludir un control que supone un mecanismo de garantías de nuestro sistema constitucional de reparto de poderes mediante un acuerdo de voluntades del que forma parte una Administración pública? Veamos de forma crítica algunas de las principales soluciones que ha aportado la doctrina en la materia lo que, sin duda, nos servirá como base para emitir un adecuado juicio de valor.

LÓPEZ MENUDO (1999: 12) considera que el sometimiento de la Administración al control judicial opera como un «yugo» que podría ser considerado como un obstáculo insalvable para el arbitraje administrativo al ser una garantía institucional indisponible para las partes. Bien es cierto que dicho autor plantea también la posibilidad de que la Constitución «ni contemple el arbitraje ni lo excluya», lo que evidentemente salvaría su constitucionalidad [LÓPEZ MENUDO (1999: 12)], al igual que lo salvaría si se interpretase que lo que la Constitución proscribía es que la Administración detente a través de órganos arbitrales «pseudoindependientes» parcelas de «justicia retenida», pero no el arbitraje de Derecho público [LÓPEZ MENUDO (1999: 13)].

Por su parte, BUSTILLO BOLADO (2010: 458-459) afirma que «cuando el artículo 106.1 habla de *Tribunales* (con mayúscula) se refiere a órganos judiciales en sentido estricto» de forma que «si la Constitución encomienda a los Tribunales el control de la legalidad de la actividad administrativa difícilmente

(20) Como acertadamente asevera LÓPEZ MENUDO (1999: 12).

puede admitirse que, previo convenio con los sujetos interesados, la propia Administración pueda evadir el control del Poder Judicial y sustituirlo por otro mecanismo alternativo». No obstante, el propio autor plantea dos vías excluyentes que podrían permitir justificar la constitucionalidad del sometimiento a arbitraje de las Administraciones públicas.

La primera de estas vías pasaría por considerar el arbitraje como «una exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes a la regla general del artículo 106.1 CE» [BUSTILLO BOLADO (2010: 458-459)]. La clave para esta solución estaría, en palabras del propio autor, en la «motivación legal de la misma», no pudiendo sustentarse tal exclusión en el «principio de eficacia (artículo 103 CE), puesto que la eficacia de la Administración difícilmente puede justificar una alteración o una excepción a la regla general de control judicial de la actividad administrativa» (21). De esta forma, considera BUSTILLO BOLADO que la justificación más apropiada para esta exclusión estaría en la contribución que podría tener el arbitraje a la hora de facilitar la satisfacción de los derechos a una tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones (artículo 24 CE), en tanto dichos derechos pueden verse comprometidos por los monumentales retrasos acumulados en la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Parece complicado, no obstante, poder justificar, y más aún a través de un texto legal, una exclusión de un precepto constitucional (artículo 106 CE) con el objetivo de cumplir el mandato de otro (artículo 24 CE), cuando el cumplimiento del primero (que, efectivamente, es deber constitucional hacerlo), no obsta, en ningún caso, el cumplimiento del segundo. Dicho de otro modo, si el problema para la satisfacción del artículo 24 CE en la vía contencioso-administrativa reside en el número de asuntos pendientes que los Juzgados y Tribunales de esta vía acumulan y en el endémico retraso con que estos resuelven, modifíquese la estructura judicial, ampliése el número de Juzgados, aumentese la plantilla de empleados públicos, aplíquense medidas premiales, correctoras, inspectoras o sancionadoras sobre el personal, etc., en general, adóptese cualquier medida que refuerce e incentive esta vía, pero no se establezca una vía sustitutiva, pues seguramente dicha solución resulte incoherente desde un punto de vista constitucional.

La segunda vía justificativa del arbitraje en el Derecho administrativo que presenta BUSTILLO BOLADO (2010: 458) se sustenta en la afirmación del Tribunal Constitucional (STC 34/1995, de 6 de febrero) de que «la Constitución no ha definido cuáles han de ser los instrumentos procesales que hagan posible ese

(21) Principio de eficacia que, contrariamente, sí consideran que sirve de justificación suficiente para el arbitraje en el Derecho administrativo tanto PAREJO ALFONSO (1991: 116 y 117), como ROSA MORENO (1998: 77) —«principio que sirve de expediente justificativo a todos estos nuevos mecanismos de solución de discrepancias y, por tanto, también al arbitraje»—.

control jurisdiccional», lo que habilita una interpretación amplia del artículo 106.1 CE que permite incluir al arbitraje, como equivalente jurisdiccional que es, dentro de los mecanismos de control de la actividad administrativa que exige el citado artículo. En esta segunda vía justificativa parece enmarcarse la opinión de SÁNCHEZ MORÓN (2008: 834) cuando califica de «rígida» la interpretación que realizan algunos autores de los principios constitucionales de los artículos 24 y 106 CE al plantearse la constitucionalidad del arbitraje en el Derecho público. Pero, de nuevo, esta vía justificativa tampoco parece resultar idónea desde un punto de vista constitucional, incluso en relación a lo argumentado en la STC 34/1995, pues dicha resolución, sin decantarse por «instrumento procesal» alguno, sí se refiere expresamente a los «Tribunales» y al «control jurisdiccional» que estos realizan, conceptos que, evidentemente, difieren del control extraprocesal que realizan los árbitros, componedores ajenos al Poder Judicial.

ROSA MORENO (1998: 78) acude también al principio de libre disposición y autonomía de la voluntad de las partes para justificar la constitucionalidad del arbitraje, tanto en el Derecho privado, como en el Derecho público (22). Sin embargo, esta justificación, que sí resulta de indudable utilidad para salvaguardar el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los particulares (23), no resulta igualmente válida desde la perspectiva del artículo 106 CE. La voluntad de las partes incide, efectivamente, en que la actuación administrativa pueda ser revisada por los órganos judiciales (la Constitución no impone que toda la actividad administrativa sea necesariamente revisada por el Poder Judicial, bastando la voluntad del particular, su aquietamiento, para que dicha actuación no se someta al referido control judicial); pero cuando surge una controversia como consecuencia de dicha actuación, esto es, cuando el particular no se conforma con la decisión adoptada por la Administración, el control de legalidad de dicha decisión y de su adecuación a los fines constitucionales que la justifican se producirá, en todo caso, ante los «Tribunales», esto es, se someterá a un verdadero control judicial (24).

Estableciendo también una interpretación amplia del artículo 106.1 CE, TORNOS MAS (1995: 159) asegura que lo que de verdad impide la sujeción de la actividad administrativa al control de legalidad que realizan jueces y tribunales, ex artículo 106.1 CE, es el establecimiento de zonas exentas

(22) Matiza ROSA MORENO (1998: 78), no obstante, que este principio de libre disposición se halla sometido al preponderante principio de legalidad que rige la actuación administrativa, de forma que sólo en los ámbitos materiales de libre disposición de que dispongan las Administraciones, que serán aquellos que determinen las leyes, podrá operar legítimamente la técnica arbitral.

(23) Vid. TORNOS MAS (1995:78)

(24) Siguiendo la argumentación aportada por FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 64).

a la revisión jurisdiccional, pero no se opone a crear vías alternativas de resolución de conflictos. Sobre la base de esta consideración, FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 65 y 66) aportan una motivación historicista para justificar una admisibilidad —limitada— del arbitraje administrativo; admisibilidad que resulta «conciliable con ese control judicial pleno que establece el art. 106.1 CE» y con «el motor de la evolución del contencioso-administrativo», que es ir «privando progresivamente de parcelas de inmunidad al poder despojando a la Administración de sus facultades jurisdiccionales» (25).

Una última posición doctrinal, representada por DEL OLMO ALONSO (2004: 215 y ss), aduce que el arbitraje en Derecho administrativo podría no sólo no contrariar el mandato del artículo 106.1 CE, sino que cumplirlo estricta y literalmente. En efecto, considera el citado autor que si se garantiza «tanto un control judicial de la ejecución del laudo como un recurso de anulación por motivos tasados (que asegure el respeto del ordenamiento jurídico y el correcto uso de las potestades administrativas), no se vulnerará el texto de nuestra norma fundamental» (26). Como se analizará en un posterior apartado, es cierto que la Ley de Arbitraje prevé una serie de mecanismos impugnatorios de los laudos arbitrales que permiten el acceso a la vía jurisdiccional, precisamente en relación a la ejecución de los laudos y a la anulación de los mismos. Sin embargo, el estrecho margen revisor que se concede a dicha vía, en la que en todo caso no se permite un control de la decisión arbitral en sí misma —cuestiones de fondo—, sino sólo sobre cuestiones de índole formal y externo, unido a los efectos de cosa juzgada que característicamente se atribuyen a la decisión arbitral (STC 174/1995), impiden poder aseverar, de una forma rotunda y definitiva, el cumplimiento de la obligación de control que impone el artículo 106.1 CE.

Queda claro, por todo lo visto hasta el momento, que si se realiza una interpretación estricta —literal— del artículo 106.1 CE, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, el arbitraje en el ámbito del Derecho público, con las características propias que presenta dicha institución en el Derecho privado (equivalente jurisdiccional, efectos de cosa juzgada, intervención decisional de un tercero ajeno al Poder judicial...), resultaría contrario a nuestro texto constitucional, ya que supondría un evidente punto de fuga

(25) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 66).

(26) DEL OLMO ALONSO (2004: 221). Dicho autor alude también a cuestiones de eficacia y cumplimiento de la tutela judicial efectiva como consecuencia del colapso de la Jurisdicción contencioso-administrativa, así como a experiencias de Derecho comparado en países de nuestro entorno, para justificar la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos [DEL OLMO ALONSO (2004: 222)].

al control pleno de legalidad que el Poder Judicial ejerce sobre el Poder Ejecutivo (27).

Por el contrario, si se realizase una interpretación amplia del citado artículo, que admitiese la sustitución del control de legalidad que realizan los Tribunales sobre la actividad administrativa, la premisa debería ser la existencia de un olvido, evidentemente involuntario, del constituyente a la hora de permitir la construcción de mecanismos alternativos para dicho control, como el arbitraje. Tal olvido vendría motivado, en primer lugar, por la escasa tradición e incidencia que dicha figura habría tenido en la tradición jurídico-administrativista y, en segundo lugar, por la decidida voluntad constitucional de enfatizar el sometimiento de la administración a un control de legalidad pleno por parte del Poder Judicial —monopolio judicial—, desterrando de nuestro Ordenamiento jurídico antiguas parcelas de exención del control jurisdiccional en las que la propia Administración ejercía las facultades revisoras de carácter definitivo —justicia retenida— [LÓPEZ MENUDO (1999:13)].

De esta forma, cuando se establece que deben ser los Tribunales los que controlen la legalidad de la actuación de las Administraciones públicas, habría que apostillar que no se indica que estos lo deban hacer en un régimen de exclusividad, pudiendo existir mecanismos de control ajenos al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Pero dicha interpretación amplia debería corresponderle, en todo caso, al Tribunal Constitucional (interprete último de la Constitución) revisando una hipotética —y, por lo visto, deseable— Ley de Arbitraje en el Derecho público. Hasta que tal acontecimiento se produzca, y en atención a la literalidad del artículo 106.1 CE, debemos mantener las dudas de constitucionalidad que actualmente se ciernen sobre la figura del arbitraje en el Derecho administrativo.

Conviene hacer, en este punto, una importante matización. Hasta el momento se ha estado haciendo referencia a un concepto de arbitraje planteado, precisamente, desde un sentido estricto o restrictivo en el Derecho administrativo. Esto es, se ha tratado de extrapolar una figura típica del Derecho privado, con las características que le son propias y que la doctrina y jurisprudencia de este ámbito han ido conformando, a una parcela del Derecho ciertamente distinta. Tal consideración obliga a afirmar —y así se defenderá a lo largo de este estudio— que ésta no es la única caracterización válida que puede encontrar el arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo. Es más, a la vista de las razonables dudas de constitucionalidad que esta figura, entendida de tal modo, plantea, podríamos decir que seguramente sean esas otras caracterizaciones que se le otorgan al arbitraje las realmente válidas para el Derecho administrativo.

(27) Interpretación literal que finalmente acogen tanto BUSTILLO BOLADO (2010: 459) como GARCÍA PÉREZ (2011:39).

Veamos, por tanto, las distintas facetas del arbitraje en el Derecho administrativo, evaluando su significación, analizando sus rasgos diferenciadores y destacando los ejemplos más significativos que nuestro Ordenamiento jurídico presenta.

II. LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO EXTRAPROCESAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS O ARBITRAJE ADMINISTRATIVO IMPROPIO

Corresponde analizar, en primer lugar, la categoría arquetípica de arbitraje, esto es, el arbitraje caracterizado como un equivalente jurisdiccional, sustitutivo de la vía judicial, ya sea civil, ya contencioso-administrativa, y cómo se ha articulado su incorporación a las peculiaridades propias del ámbito Derecho administrativo, incluidas sus limitadas posibilidades impugnatorias.

Corresponde, sin embargo, aclarar con carácter previo al estudio pormenorizado de los perfiles de esta institución, que el calificativo de *impropio* con el que acompaño la denominación de esta figura jurídica obedece a dos hechos fundamentales que marcan su difícil anclaje dentro de las instituciones jurídicas propias del Derecho administrativo. En primer lugar, a que se trata de una institución importada del Derecho privado, construida e ideada para la resolución extrajudicial de conflictos entre privados y que carece de un soporte normativo general para su aplicación en el ámbito *ius* administrativista —la Ley de Arbitraje de 2003 fija como ámbito material de su regulación las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, sometiendo, además, las escasas posibilidades revisoras de los laudos a la Jurisdicción Civil. Y, en segundo lugar, a que una de las características principales del *arbitraje administrativo impropio* es la inimpugnabilidad sustantiva de las decisiones arbitrales, lo que le constituye como un mecanismo sustitutivo y excluyente de la vía de recurso jurisdiccional contencioso-administrativa; circunstancia que, como se ha analizado previamente, encuentra un difícil acomodo respecto a las exigencias constitucionales de control de la actividad administrativa por parte de los Tribunales (artículo 106 CE) (28).

(28) Me separo así de la opinión doctrinal mayoritaria —véanse, entre otros, BUSTILLO BOLADO (2010: 296) o GARCÍA PÉREZ (2011: 113-115)— que considera esta figura arbitral tradicional como la categoría propia de arbitraje administrativo, calificando de impropia o atípica la regulación del arbitraje que contiene el artículo 107.2 LPAC. En el epígrafe IV de este estudio —epígrafe destinado al análisis de dicha regulación— trataré de exponer los motivos que me llevan a adoptar dicha conclusión.

1. Definición y ámbito subjetivo de aplicación

Acogiendo su tradicional definición como «medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva» (29), se puede fácilmente incorporar un primer elemento característico para el arbitraje en el Derecho administrativo: una de las partes será, necesariamente, una Administración pública (30). Y siempre que se hace referencia al ámbito subjetivo administrativo, la duda surge, irremediablemente: ¿qué concepto de Administración pública resultará útil a estos efectos?

Pues bien, teniendo en cuenta que el arbitraje constituye un equivalente jurisdiccional, y siempre en ausencia de una Ley de Arbitraje administrativo que proporcione una solución específica, la solución más lógica debería ser adoptar el ámbito subjetivo de aplicación de la LJCA, contenido en el artículo 1.2 del citado cuerpo normativo, que se refiere a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Entidades que integran la Administración local y a las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a las citadas Administraciones territoriales como sujetos de aplicación. No obstante, a este ámbito subjetivo genérico se deberán incorporar las diversas especificaciones que, sobre su ámbito de aplicación, impongan las leyes sectoriales que prevean dicha figura, pudiendo aumentar o aminorar las previsiones de la LJCA sin que ello suponga problemática constitucional alguna (como es obvio, dicha capacidad no implicaría la generación de un ámbito de exclusión del debido control de legalidad de las Administraciones públicas pues este control, aunque no se realizase a través de un mecanismo arbitral, se produciría en todo caso en sede judicial).

Por otra parte, el arbitraje puede ser de Derecho o de equidad, en virtud de si el árbitro decide sobre la base de la aplicación de la norma o lo hace sobre la base de su criterio interpretativo y racional. Así sucede en el arbitraje privado, permitiendo el artículo 34.1 de la Ley de Arbitraje de 2003 el recurso a la equidad, aunque sólo si las partes lo han autorizado expresamente a los árbitros. No obstante, desde una perspectiva ius-administrativista, parece más adecuado al control de legalidad al que se someten las Administraciones públicas (impuesto por el artículo 106 CE) el arbitraje en Derecho, debiéndose

(29) Así lo ha definido ROCA MARTÍNEZ (1992: 32).

(30) De esta forma, TRAYTER (1997: 78) ha definido el arbitraje de Derecho administrativo como «aquél medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración pública y por el cual se acuerda someter cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de libre disposición a uno o varios árbitros que no forman parte del poder judicial».

restringir a supuestos muy específicos, previstos legislativamente y con expresa autorización de las partes, el arbitraje de equidad (31).

2. Carácter voluntario del arbitraje

Por lo que se refiere al carácter voluntario que caracteriza a este medio heterocompositivo (conviene recordar que la voluntariedad constituye un requisito para admitir su constitucionalidad —SSTC 56/1990, de 29 de marzo y 75/1996, de 30 de abril, entre otras—), también cabe apreciar alguna especificidad propia del arbitraje en Derecho administrativo. La voluntariedad es la esencia y fundamento de la institución arbitral, de forma que el convenio arbitral, como acto voluntario de sumisión de las partes en conflicto, constituye un presupuesto necesario para la validez del arbitraje. Es evidente, por tanto, que el arbitraje, bajo esta perspectiva, resulta incompatible con cualquier carácter obligatorio o forzoso que se le pretendiese otorgar, aunque dicha obligatoriedad viniese impuesta por el propio Legislador (32). Es, por otra parte, evidente que tal limitación debería regir en el arbitraje de Derecho administrativo únicamente para el tercero interesado —el ciudadano— y no para la Administración, existiendo dos motivos que justificarían dicha afirmación.

En primer lugar, la manifiesta desigualdad existente entre las partes en conflicto, pues si se hiciese depender el sometimiento a arbitraje a la voluntad de la Administración, sobre todo teniendo en cuenta las prerrogativas de las que ésta goza, entre ellas, la del privilegio de ejecutividad de sus actos, es posible que esta institución nunca llegase a materializarse (33). Y, en segundo lugar,

(31) DEL OLMO ALONSO (2004: 275), aunque contrario a la aplicación del arbitraje de equidad en Derecho administrativo —«en Derecho administrativo el arbitraje ha de ser de Derecho y no de equidad»—, admite finalmente la válida existencia de éste —«únicamente podría hablarse de un arbitraje de equidad, que en todo caso deberá realizarse dentro de la legalidad vigente, en aquellos asuntos en que el conflicto se centre en cuestiones de interpretación de valoración, como ocurre, por ejemplo, con los aspectos discrecionales de las decisiones administrativas o con la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados». En términos similares se expresa SÁNCHEZ MORÓN (2008: 834), indicando que «no resulta imposible atribuir a un árbitro con la suficiente cualificación la resolución de una disputa sobre interpretación jurídica (arbitraje de Derecho) o sobre los términos en que procede ejercer las facultades discrecionales (arbitraje de equidad)». TORNOS MAS (1995: 177), por el contrario, parece excluir la posibilidad de que el arbitraje en Derecho administrativo sea de equidad al afirmar, de forma rotunda, que «el arbitraje debe ser en todo caso voluntario y de derecho».

(32) Recordemos que tal argumentación fundamentó la inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la LOTI en tanto dicho precepto preveía un sistema de arbitraje obligatorio al que se sometían las partes en conflicto salvo acuerdo expreso a contrario (STC 174/1995, de 23 de noviembre, F. J. 3º).

(33) En relación a esta desigual relación *inter partes*, véase FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 46) y ROSA MORENO (1998: 101). En este sentido, LÓPEZ MENUDO

al igual que se afirma la inconstitucionalidad de una obligación legislativa al sometimiento a arbitraje del ciudadano (pues se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva), se podría aseverar que, desde esta concreta perspectiva, resulta perfectamente constitucional sustituir la voluntad de la Administración por la voluntad del Legislador, en atención a la vinculación plena al principio de legalidad que impone el artículo 103.1 CE para las Administraciones Públicas (34). De tal manera que la decisión de sometimiento a arbitraje de una Administración pública quedaría vinculada tanto a la voluntad dimanante de la Ley como a la voluntad de la otra parte en conflicto, sin que la Administración pudiese contrariar ninguna de las dos citadas voluntades —posición vinculada o secular al arbitraje—.

3. Su configuración como mecanismo de heterocomposición alternativo a la vía judicial

Otra de las características esenciales del arbitraje, como medio heterocompositivo de resolución extrajudicial de conflictos, es el sometimiento de la controversia a un tercero independiente: el árbitro.

Corresponde al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes —y más concretamente, al acuerdo donde dicha voluntad se materializa, el convenio arbitral— tanto la libre designación de los árbitros como la fijación del número de los mismos, siempre que éste sea impar (35). A falta de acuerdo, como señala el artículo 12 de la Ley de Arbitraje de 2003, se designará un solo árbitro, nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

En virtud del artículo 13 de la Ley de Arbitraje de 2003, podrán ser árbitros «las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar some-

(1999: 16) afirma que el arbitraje administrativo sólo podría resultar atractivo para la Administración si los árbitros no tuvieran facultades suspensivas antes de dictar el laudo.

(34) Como afirma DEL OLMO ALONSO (2004: 225) la Administración «no tiene un interés propio y el legislador puede definir como criterio de interés público que la Administración se someta a un arbitraje obligatorio, pues la Administración no es un sujeto más sino que está obligada a actuar al servicio de los intereses generales».

(35) A falta de acuerdo entre las partes para la designación del árbitro o árbitros que deban resolver el conflicto, se aplicarán las reglas especiales contenidas en el artículo 15 de la Ley de Arbitraje de 2003. En relación a la posibilidad de la que gozan las partes para designar a los árbitros, considera HUERGO LORA (2000: 164), que ésta es una de las características principales que separan al verdadero arbitraje de otras figuras afines, pues «nada tiene que ver con el arbitraje los intentos o propuestas de encomendar la resolución de ciertos litigios administrativos a comisiones más o menos especializadas, dotadas de cierta independencia, pero cuya organización y composición se establecen por normas jurídicas y no por la voluntad de las partes del litigio».

tidos en el ejercicio de su profesión» (36). Las partes también podrán designar como árbitro a una institución especializada —arbitraje institucional—, que incluso podrá ser una Corporación de Derecho público o una Entidad pública siempre que, en virtud de sus normas reguladoras, puedan ejercer funciones arbitrales —artículo 14.1. a) de la Ley de Arbitraje—.

El elemento clave, en todo caso, lo constituye la independencia en relación a las partes del conflicto de las personas o instituciones designadas como árbitros, así como la preparación de éstas, siendo necesaria una especialización en las materias propias de arbitraje. Ambos aspectos, sin embargo, encuentran una solución ciertamente deficiente y mejorable, desde la esfera del arbitraje en Derecho administrativo, en la Ley de Arbitraje de 2003, volviendo a ser necesaria una Ley específica que, para este ámbito, incluya la regulación de una serie de garantías objetivas y consistentes que aseguren tanto la especialización de las personas u órganos que van a realizar el arbitraje, como su total independencia de las partes en conflicto, especialmente de las Administraciones públicas (37). Cualquier otra solución que no garantice plenamente los citados aspectos supondrá un claro sesgo de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 24, 106 y 117 de nuestra Carta Magna, siempre que se admita el carácter de equivalente jurisdiccional que se propugna sobre el arbitraje.

Teniendo en cuenta que hasta ahora se está haciendo referencia a un arbitraje extraprocesal, esto es, un mecanismo ajeno al proceso judicial contencioso-administrativo para el control de la actuación administrativa, cabría preguntarse si resulta posible, en este ámbito, un arbitraje intraprocesal, que se produjera en el seno de un proceso ya iniciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que respondería, por tanto, a otra de las finalidades de los medios alternativos de resolución de controversias, evitar un prolongamiento inútil del litigio.

El artículo 77.1 LJCA otorga la posibilidad de que el Juez o Tribunal, de oficio a instancia de parte, someta a la consideración de las partes «la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular,

(36) Me parece acertada la crítica que, desde la perspectiva del Derecho administrativo, realiza BUSTILLO BOLADO (2010: 463 y 464) sobre el derogado el artículo 12.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 y, por extensión, sobre el actual artículo 13 de la Ley de Arbitraje de 2003, ya que «en toda controversia en que esté presente la Administración están en juego los intereses generales, y difícil es admitir que por vía de convenio una controversia en que están en juego los intereses generales pueda someterse a la decisión de un tercero sin que se exija y garantice por lo menos tanta formación y/o especialización como los titulares de órganos judiciales llamados inicialmente a conocer del asunto».

(37) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 48).

cuando verse sobre reclamación de cantidad». Este precepto, si bien no excluye el arbitraje como mecanismo de solución del conflicto, parece referirse a los mecanismos de autocomposición para alcanzar ese «acuerdo» que permita poner fin a la controversia (son las partes a las que corresponde alcanzar el acuerdo, no estableciéndose el sometimiento a la decisión de un tercero). De hecho, el apartado segundo del citado artículo se refiere expresamente a uno de los mecanismos de autocomposición, la conciliación, al igual que lo hace el apartado primero, que se refiere a la transacción, aunque parece que con un sentido genérico.

Esta aparente indefinición ha llevado a algún autor, como DEL OLMO ALONSO (2004: 273), a proponer, de *lege data*, que en los procedimientos en primera o única instancia sobre materias susceptibles de transacción, el Juez o Tribunal pueda permitir a las partes que remitan a un tercero neutral y especializado la rápida solución del asunto —arbitraje—. Y para salvar la literalidad de los presupuestos legales contenidos en el artículo 77 LJCA, sugiere, asimismo, que la decisión del árbitro no sea vinculante para las partes, pudiendo éstas, sobre la base del laudo emitido, proponer libremente al órgano contencioso-administrativo que resuelva el asunto [DEL OLMO ALONSO (2004: 273)]. Esta solución, sin embargo, no resulta especialmente adecuada ya que, además de contrariar una de las características principales de la institución arbitral (sometimiento de las partes a la decisión arbitral, a la que se le otorgan efectos de cosa juzgada), tampoco se muestra demasiado operativa, pues supone una mayor dilación de la resolución definitiva del conflicto —la derivada del proceso judicial— y, sin duda, implica un mayor coste económico del mismo para las partes. En este sentido, la solución propuesta por PÉREZ MORENO (1998: 553), por la que el órgano judicial remitiría la solución del conflicto a un arbitraje vinculante, en términos similares a los del artículo 77 LJCA, resulta más factible, aunque requiere inevitablemente de una regulación futura de los modos alternativos de arreglo de litigios administrativos en la ley jurisdiccional ya que, con la actual redacción del artículo 77 LJCA, esta posibilidad es inviable.

4. Ámbito material de aplicación

Un aspecto fundamental a la hora de perfilar el arbitraje en el Derecho administrativo lo constituye la delimitación de los contornos materiales sobre los que dicha institución puede actuar, siendo preciso configurar, de forma minuciosa, su ámbito material de aplicación.

En principio, y siguiendo lo establecido por el artículo 2 de la Ley de Arbitraje de 2003, serían susceptibles de arbitraje «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Pero, evidentemente, la

presencia del interés público y el ejercicio de potestades por la Administración imponen que el arbitraje en el Derecho administrativo ostente mayores limitaciones en la configuración de los ámbitos materiales que el arbitraje en el Derecho privado (38).

Cabe tomar como punto de partida o, si se prefiere, como límite material mínimo, el concepto *ius-privatista* de «libre disposición de las partes», como equivalente de aquellas materias sobre las que las partes pueden transigir. Este ámbito material, identificado en la jurisprudencia civil con el criterio de renunciabilidad, llevaría a declarar como cuestiones no susceptibles de arbitraje las materias reguladas por normas imperativas o de orden público. Argumento que, unido a una interpretación estricta del principio de legalidad y de la obligación de actuar con objetividad al servicio de los intereses generales (artículo 103 CE) implicaría la práctica indisponibilidad de materias al arbitraje en Derecho administrativo (39).

No obstante, dicha interpretación restrictiva carecería de sentido en un sistema en el que se halla plenamente introducida la posibilidad normativa de terminación convencional del procedimiento administrativo (artículo 88 LPAC) y en el que el día a día de la actividad administrativa demuestra un cada vez mayor asentamiento de la práctica convencional frente a la actuación imperativa (los convenios urbanísticos suponen un ejemplo paradigmático a este respecto) (40).

En este sentido, han sido numerosas las voces doctrinales que se han pronunciado sobre las que, en su opinión, podrían ser materias disponibles e indisponibles para el arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo (41).

(38) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 47).

(39) Cabe recordar el criterio jurisprudencial (SSTS de 26 de septiembre de 1986 y de 15 de octubre de 1991) sobre las normas imperativas en el Derecho administrativo y como se niega una conducta discrecional en esos casos, pues si se permitiese ésta «se estaría introduciendo en las relaciones de Derecho Público Administrativo el principio de autonomía de la voluntad como método ordenador de las materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, cuya naturaleza y finalidad trascienden al interés particular de los sujetos directamente afectados, sobre el que debe prevalecer el público, protegido por el principio de legalidad; principio que se vería conculcado si, por disposición de los órganos de la Administración o de los particulares, pudiera modificarse la normativa reguladora de una determinada relación de Derecho Público».

(40) Sostiene SÁNCHEZ MORÓN (2008: 834) que «aunque en Derecho administrativo no rige el principio de autonomía de la voluntad de la Administración, es obvio que no toda la actuación de ésta viene predeterminada por normas jurídicas taxativas y de contenido preciso, de manera que no resulta imposible atribuir a un árbitro la resolución de una disputa».

(41) En este sentido, véanse las opiniones de TORNOS MAS (1995: 175 y 176), MARESCA CABOT (1995: 30 y 31), TRAYTER (1997: 95), ROSA MORENO (1998: 106-111), LÓPEZ MENUDO (1999: 20), sintetizadas por BUSTILLO BOLADO (2010: 466-468) y por FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 99-110).

De forma sintética, se pueden apreciar ciertos lugares comunes a todas ellas, respondiendo al carácter de materias disponibles para el arbitraje en Derecho administrativo las siguientes:

- materias en las que la Administración actúa sujeta al Derecho privado (42);
- actividad convencional de la Administración o cuando ésta contrata con un tercero;
- litigios que versen sobre reclamación de cantidad (expropiación forzosa, responsabilidad administrativa, etc.);
- ámbitos propios para el desarrollo de la discrecionalidad administrativa;
- cuestiones relativas al patrimonio de las Administraciones públicas;
- y materias objeto de negociación colectiva en el ámbito del empleo público;

Por su parte, resultarían indisponibles para la institución arbitral en el Derecho administrativo:

- los conflictos en los que existe una pluralidad indeterminada de interesados;
- los litigios derivados del ejercicio de la acción pública o en aquellas materias en las que ésta se halle prevista;
- los litigios derivados del ejercicio de potestades públicas regladas de ejercicio unilateral (Sentencia de 30 de abril de 1979 del Tribunal Supremo) (43);

(42) Sobre la base de la STS de 6 de marzo de 1987, que admite el sometimiento a arbitraje del conflicto surgido entre una Sociedad Anónima de titularidad estatal y varios particulares. BUSTILLO BOLADO (2010: 460-461), sin embargo, considera únicamente aplicable la argumentación de este pronunciamiento a las entidades privadas integrantes del sector público y no a otras personas jurídico-públicas con régimen jurídico privado o a la actividad privada de las Administraciones públicas, pues éstas se hallan «sometidas a las prescripciones de los artículos 103.1 y 106.1 CE, y los contenidos de la citada Sentencia no parecen apuntar en otra dirección». Por su parte, GONZÁLEZ VARAS (2001: 77) afirma, reduciendo los márgenes interpretativos de la citada sentencia para el arbitraje en Derecho administrativo, que «no sería tanto la actividad de Derecho privado, como la actividad de carácter mercantil».

(43) Considera DEL OLMO ALONSO (2004: 224-225), contrariamente, que sí podrán ser objeto de arbitraje los aspectos discrecionales de dichas potestades, de forma que cuando la Administración en estos casos se someta voluntariamente a procedimientos arbitrales, estará aceptando la interpretación que el árbitro realice del ejercicio discrecional de su potestad. Es decir, en el convenio arbitral la Administración «podrá permitir expresamente que un órgano independiente y especializado considere qué decisión administrativa, entre las que son posibles, es la más adecuada en función de las características del asunto concreto (por ejemplo, la fijación de la cuantía concreta de una

- los conflictos competenciales de carácter interadministrativo;
- y la impugnación directa de reglamentos;

Ello no significa, evidentemente, que en el ámbito material de desarrollo del arbitraje en Derecho administrativo deban estar incluidas, en todo caso, las materias anteriormente citadas como disponibles. Deberá ser una ley especial, reguladora del arbitraje en este ámbito, la que establezca expresamente un ámbito objetivo del mismo, proporcionando un listado de materias o, al menos, recogiendo un criterio general y unívoco de admisibilidad (44). Por supuesto que en tanto que no se apruebe dicho texto normativo, serán las leyes sectoriales que recojan esta figura las que lo delimiten y perfilen, aunque dicha limitación se produzca *ad casum* (como se observará en los siguientes apartados).

Resulta más arriesgado afirmar, a diferencia de lo que se hizo con el ámbito subjetivo, que al tratarse de un mecanismo sustitutivo del proceso jurisdiccional, el ámbito objetivo del arbitraje en Derecho administrativo puede coincidir con el de los artículos 2 a 4 de la LJCA, esto es, con las materias objeto de conocimiento por parte del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (45). *A priori*, el acertado razonamiento que realiza BUSTILLO BOLADO (2010: 468) podría derivar, bajo el prisma de una interpretación extensiva y errónea de sus argumentos, hacia esta discutible conclusión. En efecto, el citado autor, partiendo de la premisa de que los árbitros no sustituyen a la Administración, sino a Jueces y Tribunales, entiende que «las reflexiones sobre el posible ámbito material del arbitraje deben realizarse poniendo en relación esta institución jurídica no con la actividad administrativa y el artículo 103.1 CE, sino más bien con la actividad judicial de control del artículo 106.1 CE y la tutela judicial del artículo 24» [BUSTILLO BOLADO (2010: 468 y 469)].

Es evidente, sin embargo, que un árbitro, por mucho que pueda sustituir a los Tribunales en la realización de un control de legalidad sobre la actuación administrativa —siempre que esto fuese constitucionalmente posible—, no podría entrar a valorar la validez del ejercicio de una potestad administrativa de carácter reglado, como la sancionadora, o la impugnación de una dispo-

sanción al particular por daños causados al medio ambiente, con el fin de favorecer su restitución lo antes posible» [DEL OLMO ALONSO (2004: 225)].

(44) Como propone LÓPEZ MENUDO (1999: 20).

(45) De hecho, GONZÁLEZ VARAS (2001: 80) propone una solución que supondría la separación definitiva del ámbito objetivo de aplicación del arbitraje del correspondiente a la jurisdicción Contencioso-administrativa. Dicha solución pasaría por afianzar un determinado criterio material o funcional que sirviese de aplicación únicamente para el arbitraje, lo que implicaría que «formalmente el arbitraje no sustituirá a la jurisdicción contencioso-administrativa porque se referirá a ámbitos que previamente se han sustraído a dicha jurisdicción». Por su parte, y de forma más rotunda, HUERGO LORA (2004: 283), afirma que «en nuestro Derecho vigente no cabe someter a arbitraje cuestiones atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa».

sición administrativa de carácter general. Y ello no obedecería al hecho de que la actuación arbitral sustituyese a la actuación administrativa (es obvio que un árbitro ajeno a las Administraciones Públicas no puede arrogarse las prerrogativas que caracterizan a éstas), sino porque se trataría de materias sobre las que las partes carecen de la facultad de disponer libremente, bien porque constituyen normas indisponibles de carácter imperativo (potestades públicas regladas de ejercicio unilateral), bien porque existe una pluralidad de afectados ajenos al particular conflicto planteado en sede arbitral (una disposición reglamentaria o una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de destinatarios) (46).

En definitiva, y siguiendo la conclusión alcanzada por BUSTILLO BOLADO (2010: 471), sólo sería posible la previsión legal del arbitraje «en asuntos sobre los que los recurrentes tengan plena disponibilidad y cuya resolución no se proyecte directamente sobre la esfera jurídica amparada por el Derecho de terceros ajenos al convenio arbitral». Esta conclusión implica una indudable dificultad para el asentamiento del arbitraje en el Derecho administrativo, sobre todo si se compara con el ámbito de delimitación propio del arbitraje en el Derecho privado, pues en este ámbito, al necesitarse un derecho subjetivo, las partes suelen estar bien identificadas, mientras que en Derecho administrativo, al bastar con un interés legítimo, los contornos de la legitimación se extienden y el número de posibles legitimados con quienes se ha de contar para no conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva se multiplica (47).

5. Mecanismos de impugnación y de ejecución del laudo

Como ya se ha analizado con anterioridad en este estudio, un problema de consideración a la hora de admitir la validez constitucional del arbitraje en el Derecho administrativo supone la sustracción del control de legalidad de la actividad de las Administraciones Públicas que ostenta, ex. artículo 106.1 CE, el Poder Judicial.

El laudo arbitral o la decisión que pone fin a la controversia surgida entre las partes resuelve definitivamente el conflicto suscitado por lo que, en atención a su carácter de sustitutivo del proceso judicial o «equivalente jurisdiccional», su contenido no puede ser impugnado en vía de recurso ante el juez administrativo, obteniendo las partes, mediante esta institución jurídica, los mismos

(46) Tal y como se establece en el ATC 259/1993, de 20 de julio, en relación a la libre disposición de las partes, «el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición».

(47) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 101).

objetivos que acudiendo al proceso judicial. Dicho de otro modo, la decisión arbitral que pone fin al conflicto lo hace con todos los efectos de cosa juzgada, quedando las partes vinculadas al cumplimiento de esa decisión (48).

No obstante, el propugnado carácter de cosa juzgada del laudo arbitral no determina su completa inimpugnabilidad, pudiéndose establecer un control judicial limitado sobre el mismo. Dicho control judicial, en virtud de la Ley de Arbitraje de 2003, se podrá producir por dos vías: a través de la acción de anulación o mediante el recurso de revisión.

En efecto, previene el artículo 43 de la Ley de Arbitraje de 2003 (en su versión dada por el artículo 12 de la Ley 11/2011) que «el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». Afirma, igualmente, el Tribunal Supremo que «lo característico del arbitraje típico, como equivalente jurisdiccional, es precisamente el cierre de ese acceso, de modo que la jurisdicción no puede sustituir al árbitro en la decisión del conflicto confiado a la de éste, ni enjuiciar su laudo, restando sólo a aquélla unas facultades de control externo, y no de fondo, a través del recurso de revisión o nulidad» (STS, Sala Primera, de 2 de enero de 1996).

De esta forma, podrá acudir a la vía jurisdiccional para impugnar el laudo arbitral mediante el ejercicio de una acción de anulación, debiendo la parte que solicita la anulación alegar y probar (ex. artículo 41 de la Ley de Arbitraje de 2003):

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

(48) SSTC 288/1993, de 4 de octubre y 174/1995, de 23 de noviembre. También, ATC 259/1993, de 20 de julio.

Del citado precepto se puede inferir una consecuencia inmediata: la capacidad de impugnación derivada del ejercicio de la acción de anulación se halla francamente limitada, pudiéndose únicamente anular el laudo arbitral por la existencia de vicios externos al mismo y excluyéndose, por ende, de la acción de anulación el conocimiento de las cuestiones de fondo (49). Tan solo gozarán de un cierto carácter sustantivo las impugnaciones que obedezcan a motivos de legalidad (laudo contrario al orden público o que verse sobre una materia indisponible para el arbitraje en Derecho administrativo), aunque el reconocimiento de esta salvedad no obvie la incapacidad de la parte en desacuerdo con el contenido de la decisión arbitral de someter dicha decisión a la consideración de los Juzgados y Tribunales.

Igualmente, el recurso de revisión que cita el artículo 43 de la Ley de Arbitraje de 2003, remitiéndose a la Ley de Enjuiciamiento Civil, no supone un auténtico instrumento impugnatorio, sino un recurso frente a sentencias firmes dictadas por cualquier órgano jurisdiccional (en este caso, frente a laudos y decisiones arbitrales) por el acontecer de los supuestos y circunstancias previstos en el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en el caso del arbitraje en Derecho privado— y 102 de la LJCA —en el supuesto del arbitraje en Derecho administrativo, a pesar de que dicha remisión debería incorporarse en una Ley específica de arbitraje en este ámbito—. En este sentido, y aplicando el contenido del citado artículo 102 LJCA al arbitraje en Derecho administrativo, únicamente cabría recurso de revisión contra un laudo arbitral cuando:

- a. Una vez pronunciado dicho laudo se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- b. Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- c. Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento al laudo.
- d. Si se hubiere dictado en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Por lo que respecta a las posibilidades ejecutorias de las decisiones arbitrales, si bien el laudo será eficaz desde el momento que se notifica a las

(49) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELA y AROZAMENA LASO (2004: 50). Por su parte, HUERGO LORA (2004: 279) califica al laudo arbitral como «recurrible», pero sólo «por motivos tasados, que se refieren a la concurrencia de los presupuestos del arbitraje y al respeto a las reglas procesales, pero que no incluyen el desacuerdo con el laudo o su eventual ilegalidad material».

partes, en caso de incumplimiento las partes deberán acudir a la vía judicial, pues sólo los Juzgados y Tribunales pueden hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E., 2.1 LOPJ y 103.1 LJCA) (50). En efecto, el juez tiene constitucionalmente atribuidas las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y aunque la primera función de juzgar puede ser modulada por acuerdo de las partes, estableciendo la sujeción a arbitraje con la previsión de una posterior acción judicial, sin embargo la segunda de estas funciones —hacer ejecutar lo juzgado— corresponde en exclusiva a los órganos dotados de potestad jurisdiccional (51). Baste, en este sentido, hacer mención a la argumentación contenida en al ATC 259/1993, de 20 de julio, en tanto en ésta se expone perfectamente como el carácter «cuasi-jurisdiccional» de las funciones arbitrales impone la necesidad del «brazo secular del juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado».

No obstante, y en relación con el arbitraje en Derecho administrativo, DEL OLMO ALONSO (2004: 299) establece una importante matización respecto a las posibilidades de ejecución de los laudos arbitrales en atención a si el incumplimiento procede del particular o de la Administración. De este modo, si incumple la Administración, el particular deberá acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, debiendo ser el órgano competente de ésta el que ordene la ejecución del laudo (52). Por el contrario, en el caso de que incumpla el particular, a la Administración se le ofrecen dos posibilidades: ejecutar directamente el laudo a través de los medios de ejecución forzosa previstos en los artículos 94 y siguientes LPAC, o bien llevar a cabo una ejecución indirecta, es decir, dictar un acto en ejecución del laudo que es ejecutivo y ejecutorio.

El problema que plantean las mencionadas opciones, principalmente en caso de incumplimiento por parte del particular, es que para que la Administración pudiese ejecutar indirectamente el laudo arbitral (dictando un acto administrativo que habilite la ejecución), requeriría de un procedimiento

(50) DEL OLMO ALONSO (2004: 270). En términos similares, TORNOS MAS (1995: 173) afirma que «este tercero, en cuanto elemento ajeno al orden jurisdiccional, resuelve con *jurisdictio* (se la reconocen las partes y el ordenamiento jurídico), pero carece de *imperium* para imponer su decisión». También ROSA MORENO (1998: 126) al manifestar que «el laudo arbitral en el Derecho administrativo se ha de concebir, si se quiere como un *tertium genus* entre acto y sentencia, pero su carácter procesal es innegable y así también su similitud con la sentencia, al incorporar, en cuanto a sus efectos, el carácter de cosa juzgada es evidente que la ejecución se regiría por lo establecieron la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

(51) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 50-51).

(52) Evidentemente, el órgano competente para la ejecución será el mismo que hubiese resultado competente para conocer el asunto en primera o única instancia.

administrativo previo que culminase, precisamente, con la resolución que acogiera el contenido del laudo arbitral. Dicho trámite, además de suponer una dilación que contrariaría uno de los principales objetivos del arbitraje (la celeridad en su terminación), abriría las puertas a una posible impugnación tanto en vía administrativa como judicial, despojando de cualquier sentido al previo proceso arbitral. Por su parte, la ejecución directa del laudo arbitral se encontraría con otro problema, de mayor calado si cabe, derivado de la imposibilidad de aplicar los medios de ejecución forzosa previstos en la LPAC a otro medio resolutorio que no fuese un acto administrativo (53). De hecho, y como se ha insistido hasta el momento, el arbitraje en su caracterización como equivalente jurisdiccional sustituye a un hipotético proceso arbitral y no a la actuación administrativa, lo que, en una deducción lógica y consecuente a su naturaleza jurídica, implicaría que los medios de ejecución aplicables a éste fuesen los previstos en la LJCA (artículos 103 a 113), y no los regulados por la LPAC (artículos 94 a 100).

6. Algunos ejemplos de esta institución en el Derecho administrativo

Los ejemplos de arbitraje como mecanismo sustitutivo del proceso judicial en Derecho administrativo resultan realmente escasos, constituyendo un núcleo que perfectamente podría calificarse como anecdótico en nuestro Ordenamiento jurídico. Su regulación se muestra, además, heterogénea y alambicada, imponiendo el cumplimiento de una serie de requisitos formales que, a la vez que proporcionan un mayor carácter garantista a la institución, han dificultado en sobremanera su aplicación en la práctica (54).

Véase, en este sentido, el ejemplo cualificado que constituye el contenido del artículo 7.3 de la Ley General Presupuestaria de 2003 (heredero del artículo 39.1 del TR de la Ley General Presupuestaria de 1988), que admite someter a

(53) Tanto el artículo 94 LPAC («los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos...»), como el artículo 95 LPAC («Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos...»), hacen expresa referencia al concepto de *acto administrativo* como objeto de ejecución forzosa por parte de las Administraciones públicas.

(54) Como afirma CORTADA ESTEVE (1998: 241) «si bien el arbitraje no ha sido expresamente excluido del Derecho administrativo, la exigencia de estos requisitos formales ha sido, tradicionalmente, uno de los principales obstáculos para la introducción de la técnica arbitral en el ámbito administrativo. Pese a que estos preceptos han articulado la incapacidad de la Administración para someterse a arbitraje más por razón de la materia que por razón de la persona, las remisiones a los mismos, efectuadas en algunas disposiciones administrativa se han dificultado la posibilidad de introducir el arbitraje, pues han seguido condicionando el sometimiento de la Administración al cumplimiento de los mismos requisitos».

arbitraje las contiendas que se susciten respecto a los derechos de la Hacienda Pública estatal, eso sí, bajo una curiosa formulación negativa:

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.

De esta forma, la prohibición de transacción judicial o extrajudicial sobre los bienes o derechos de la Hacienda Pública y el sometimiento a arbitraje de sus conflictos supone la regla general que se desprende del citado precepto, configurándose como excepción la posibilidad de que la transacción o el arbitraje se produzcan en caso de autorización expresa —mediante Real Decreto— del Consejo de Ministros y previa audiencia del Consejo de Estado en pleno (55). Bajo esta complicada redacción se esconde, además, un reprochable laconismo que impide asegurar que el mecanismo arbitral de resolución de controversias allí citado suponga un verdadero ejemplo de arbitraje (en su caracterización de equivalente jurisdiccional), quedando inédito, además, el régimen jurídico al que dicho mecanismo se somete (a la Ley de Arbitraje de 2003 o al artículo 107.2 de la LPAC, que regula una institución arbitral ciertamente diferenciada de la anterior) (56).

Los mismos defectos apuntados pueden serle reprochados al mecanismo arbitral regulado en el artículo 31 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas de 2003, que con una redacción similar, ofrece las mismas dudas sobre el régimen aplicable a dicho arbitraje (57):

(55) De conformidad con el artículo 21.8 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, el Consejo de Estado en pleno deberá ser consultado en las «transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos». El informe que emita en relación a estos asuntos, en su actual configuración legal, tendrá, por tanto, carácter preceptivo, pero no vinculante. En opinión de GARCÍA PÉREZ (2011: 111), las exigencias procedimentales impuestas al arbitraje son «excesivas y ponen en riesgo la utilidad misma de la previsión legal, al menos si no se contemplan, como es el caso, excepciones más que justificadas». Propone, en este sentido, la autora «rebajar la exigencia legal de la autorización de máximo órgano ejecutivo estatal o autonómico, al menos en asuntos de escasa cuantía o entidad», correspondiéndoles la decisión en tales casos a «los responsables de los Servicios Jurídicos de la Administración implicada, en sentido similar a lo que se dispone en la actualidad para el desistimiento y el allanamiento» [(GARCÍA PÉREZ (2011: 112)].

(56) Ya destacaba, en este sentido, LÓPEZ MENUDO (1999: 13), respecto al derogado artículo 39.1 de la Ley General Presupuestaria de 1988, como esta norma llevaba implícito el «enigma, dado su laconismo, de si el arbitraje al que se refiere también comprendería el excluyente del ulterior recurso jurisdiccional».

(57) Sobre el arbitraje en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas véase HUERGO LORA (2004: 247-290).

No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

Como nexo común a los dos citados ejemplos se observa la coincidencia de un ámbito material (las cuestiones de índole patrimonial) que, como destaca GONZÁLEZ-VARAS (2001: 77), supone un referente de admisibilidad para el arbitraje en el Derecho comparado, especialmente en Francia e Italia. Siguiendo este hilo común, el tercer —y último— ejemplo de arbitraje en Derecho administrativo se halla integrado en el cada vez más complejo ámbito regulatorio de la contratación pública (58).

En efecto, el artículo 50 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, bajo el significativo —y ciertamente escueto— encabezamiento de «arbitraje», establece:

Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

Una primera aproximación al citado precepto revela el carácter notable de su regulación, siempre en comparación con los ejemplos normativos de arbitraje en Derecho administrativo vistos hasta el momento. En él se establece un ámbito subjetivo de aplicación («entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas»), un ámbito objetivo (la solución de los conflictos que surjan en relación a los «efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren») y hasta un régimen jurídico de aplicación (la Ley de Arbitraje de 2003). Contenidos que, en todo caso, no deberían resultar sorprendentes, por cuanto obedecen a la puesta en práctica de la más elemental e indispensable técnica normativa. Lo curioso del caso es que esta regulación, que se destaca como la formulación normativa más reseñable de la técnica arbitral en Derecho administrativo, se ha incorporado a un ámbito material, el de la contratación pública, en el que precisamente el

(58) La técnica arbitral, como medio de resolución de conflictos en el ámbito de la contratación pública, ha sido objeto de análisis específico por la doctrina ius-administrativista. Véanse, entre otros, los estudios de POZO, J. (2003: 6649 y ss), DIAZ DELGADO (2003), GONZÁLEZ-VARAS (2003), FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 112-148), BERMEJO VERA (2008: 67-73) y BUSTILLO BOLADO (2010: 447-477).

reconocimiento normativo del arbitraje como medio de resolución de conflictos se encuentra en franco retroceso (59).

Como advierte BERMEJO VERA (2008: 68) en el Derecho Comunitario (Directiva 92/13/CEE) se previeron mecanismos de conciliación como alternativa a los instrumentos jurisdiccionales para la resolución de conflictos derivados de la contratación pública. Dicha previsión impulsó la incorporación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (artículo 61.2) de una fórmula de sometimiento a arbitraje de alcance general que hacía abstracción del tipo de contrato que se tratase [LÓPEZ MENUDO (1999: 13)], recogida posteriormente en el artículo 60.2 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000. Sin embargo, la utilización de dichos mecanismos de conciliación, tal y como puso de manifiesto la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, no despertó interés en los contratistas, fundamentalmente porque no permitía obtener de manera independiente medidas provisionales vinculantes y capaces de impedir a tiempo la celebración ilegal de un contrato; pero también por las dificultades de elaborar una lista completa y suficientemente amplia de conciliadores independientes en cada Estado miembro, disponibles en todo momento y capaces de abordar las solicitudes de conciliación a muy corto plazo [BERMEJO VERA (2008: 68)].

Como consecuencia de lo anterior, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, sobre todo, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 para incorporar los mandatos de la Directiva 2007/66 en materia de recursos, han relegado al arbitraje —incluso materialmente, ya que llegó a ocupar el último artículo de la Ley hasta la aprobación del Texto Refundido— a un modesto segundo plano, configurándolo como un mecanismo marginal y tremendamente específico de solución de conflictos en materia de contratación (60). De esta forma, lo que

(59) No así, seguramente, la práctica del mismo, ya que como consecuencia de la crisis económica que padecemos en la actualidad, un número cada vez mayor de contratistas y empresas han confiado en esta técnica para la resolución de controversias relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren entes, organismos y entidades del sector público. Un ejemplo significativo de esta tendencia se observa en la reciente creación del Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública en el seno de la Asociación Europea de Arbitraje (Aeade) con la finalidad de actuar como órgano arbitral especializado en estas contiendas.

(60) Originariamente, la regulación del arbitraje en esta materia se preveía en el artículo 39 de la Ley, dentro del Capítulo VI dedicado al «Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos». Con la reforma operada por la Ley 34/2010, dicho capítulo pasó a ser el Libro VI, siendo sustituido, en su anterior ubicación, por los *Supuestos especiales de nulidad* que conformaban la Sección II del Capítulo V de la Ley. Con la aprobación del TR de la Ley de Contratos de 2011, el arbitraje se regula en el artículo 50, retomando su ubicación originaria en el Capítulo VI del Libro I.

hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 se regulaba como un medio alternativo al proceso contencioso-administrativo en materia contractual, abriendo legalmente la puerta al sometimiento a arbitraje de cualquier conflicto surgido en torno a un contrato o convenio de carácter administrativo y cualquier problema derivado de la fase de preparación y adjudicación de un contrato, fuera cual fuera su calificación [BUSTILLO BOLADO (2010: 462)]; se convierte ahora en un mecanismo específico de resolución de conflictos sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren entes, organismos y entidades del sector público que, precisamente, no tengan el carácter de Administraciones públicas, lo que parece alejarlo del concepto de arbitraje en Derecho administrativo (61).

En definitiva, los tres citados ejemplos vienen a confirmar la escasa y deficiente implantación de la técnica arbitral en nuestro Ordenamiento jurídico administrativo, incrementando las dudas sobre su constitucionalidad y, sobre todo, sobre su conveniencia en la referida caracterización como sustitutivo del proceso jurisdiccional. Tales dudas podrían despejarse mediante el respaldo definitivo que supondría la aprobación de una Ley de arbitraje en Derecho administrativo. A través de dicha norma se podría aclarar el ámbito subjetivo y objetivo aplicable a dicha institución, el procedimiento a seguir, las posibilidades suspensivas y de aplicación de medidas cautelares, los requisitos para poder ser designado como árbitro o las vías de impugnación y de ejecución de los laudos, entre otros aspectos. Además, resultaría de suma utilidad para que el Tribunal Constitucional pudiera pronunciarse sobre la discutida constitucionalidad del arbitraje en Derecho administrativo y si su carácter de equivalente jurisdiccional resulta adecuado al mandato constitucional del artículo 106 CE.

(61) Al comienzo de este epígrafe se hacía referencia a la necesidad de que una de las partes en conflicto fuese una Administración pública para considerar un arbitraje en Derecho administrativo. Bajo tal postulado, únicamente la fórmula de arbitraje internacional prevista en el apartado tercero de la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público subsistirá como un auténtico arbitraje en Derecho administrativo, pues a través de este precepto se fomenta la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir en relación a los contratos que formalicen las Administraciones públicas con empresas extranjeras mediante lo que la Ley denomina como «fórmulas sencillas de arbitraje» [BERNAL BLAY (2011:203)]. De igual modo, el artículo 22 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón —en su redacción dada por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón— amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la técnica arbitral para la resolución de conflictos en materia contractual, estableciendo que «los distintos poderes adjudicadores sometidos a esta ley podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos», lo que, evidentemente, incluye a entes, organismos y entidades del sector público que tienen el carácter de Administraciones Públicas.

III. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

Se analizarán a continuación las dos restantes facetas que presenta el arbitraje en el Derecho administrativo; facetas que han hallado un mayor desarrollo normativo en nuestro Ordenamiento y que resultan más adecuadas a las características de esta disciplina jurídica y a los imperativos constitucionales que conlleva. La primera de estas facetas se corresponde con el que se va a denominar como *arbitraje administrativo* (62). Dicha denominación concuerda esencialmente con la naturaleza administrativa de una institución jurídica propia del Derecho administrativo y no de una figura importada de otra rama del Derecho, como sucede en el caso del que hemos calificado como *arbitraje administrativo impropio*.

Será objeto de análisis posterior, por su parte, la segunda de las mencionadas facetas, el *arbitraje institucional* administrativo o la actividad administrativa arbitral. En dicha función arbitral la Administración ocupa la posición de árbitro en el conflicto suscitado entre dos partes, normalmente particulares, aunque también se haya previsto, recientemente, su utilización para solventar determinadas controversias nacidas entre personas jurídico-públicas.

Por lo que respecta a la faceta que centrará el objeto de análisis a lo largo de este epígrafe, el arbitraje, adaptándose a las especiales características que acompañan a la resolución de conflictos en el ámbito del Derecho administrativo, no se transforma en un equivalente jurisdiccional que reemplaza la labor de control que lleva a cabo la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que se incorpora al seno del propio procedimiento administrativo, sustituyendo los mecanismos ordinarios de impugnación de la actividad de las Administraciones públicas (63). Dicha fórmula arbitral, que como vemos se inserta como una vía de impugnación de la actividad administrativa, se halla consecuentemente

(62) Denominación también utilizada por GARCÍA PÉREZ (2011: 113 y 114), si bien matiza la autora que, en su opinión, dicha institución carece de «naturaleza arbitral» y, por tanto, no constituye «un arbitraje en sentido estricto». Es más, argumenta la autora, de conformidad con los razonamientos de BUSTILLO BOLADO (2010: 296), que podría hablarse «a lo sumo de un arbitraje impropio o atípico» al quebrar dicha institución con mayor parte de características que definen el arbitraje en su sentido tradicional. Es evidente que disiento de esta opinión —mayoritaria— que considera al arbitraje regulado en el art. 107.2 LPAC como impropio o atípico. Comparto, sin embargo, la conveniencia de modificar la denominación de ambas instituciones jurídicas en aras a evitar posibles confusiones y la indeseable inseguridad jurídica que deriva de utilizar un mismo *nomen iuris* para describir instituciones jurídicas de perfiles tan diferentes, optando por calificar como *arbitraje administrativo impropio* a la institución concebida de manera tradicional y como *arbitraje administrativo propio* —pues, en verdad, es una institución propia y exclusiva del Derecho administrativo— al arbitraje regulado en el artículo 107.2 de la LPAC.

(63) Sobre la base de estas características BUSTILLO BOLADO (2010: 475) lo define como «un mecanismo de composición preprocesal cuya finalidad es tratar de resolver el conflicto y evitar que sea necesario recurrir al proceso».

regulada en la LPAC, si bien dicha regulación incorpora un amplio margen de remisión a la normativa sectorial que la prevea.

1. La fórmula arbitral prevista en el artículo 107.2 de la LPAC

El artículo 107.2 de la LPAC, en su redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, configura el arbitraje como una figura sustitutiva de los mecanismos ordinarios de impugnación de la actividad administrativa cuando establece que

Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado».

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.

Sistemáticamente ubicado en el capítulo relativo a los recursos administrativos, este precepto introduce una posible variedad en la configuración de la vía administrativa previa que tradicionalmente se centraba en la previsión de los recursos de reposición y de alzada, constituyendo una habilitación al Legislador para que sustituya sectorialmente los recursos administrativos por un sistema de arbitraje (64).

No obstante, lo hace de una forma programática, condicionado por la necesidad de un reconocimiento normativo posterior (a través de una Ley sectorial), de forma que se califica más por mostrar una voluntad legislativa de incorporar esta técnica a la actividad administrativa, que por su contenido normativo directa o inmediatamente aplicable (65).

De igual modo, encuentra una limitación material en su reconocimiento que, por excesivamente genérica, quizá no resulte demasiado útil; y es que sólo podrá hacerse uso de esta técnica en aquellos ámbitos sectoriales en los que la «especificidad de la materia» así lo justifique. Tal limitación ha llevado

(64) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 40).

(65) Véase, a este respecto, HUERGO LORA (2000: 152) y BUSTILLO BOLADO (2010: 442).

a algún sector doctrinal a cuestionarse en qué ámbitos del Ordenamiento administrativo podría resultar más justificada la aplicación de dicha técnica (66). Sin embargo, debe insistirse en el hecho de que el carácter excesivamente genérico de la limitación, dejando a la consideración del Legislador sectorial la utilidad o no de la técnica arbitral en un determinado ámbito sectorial, convierte en fútil cualquier pesquisa sobre las materias más apropiadas para este mecanismo, pues lo serán siempre que una Ley sectorial así lo establezca. En todo caso, parece claro que no resultará viable la regulación de un sistema arbitral alternativo al recurso administrativo para aquellos supuestos en los que, precisamente, no se admita la impugnación en vía administrativa. Por ejemplo, en materia urbanística, el Legislador sectorial (en este supuesto, autonómico) no podrá prever la impugnación directa en vía administrativa, mediante procedimiento arbitral, de un instrumento de planificación urbanística, como tampoco lo podrá hacer, en general, sobre disposiciones normativas de carácter reglamentario.

Sintéticamente, y a meros efectos aclaratorios, se podrían destacar como principales características de este mecanismo arbitral las siguientes notas definitorias:

- Se trata de un procedimiento heterocompositivo de resolución de las controversias que se plantean en sede administrativa;
- Supone un medio sustitutivo del sistema tradicional de recursos administrativos [goza, por tanto, de *un carácter extrajurisdiccional* (67)];
- Constituye un equivalente administrativo, de forma que la resolución que adopta el órgano arbitral no tiene la consideración de un laudo arbitral, sino que es un «auténtico acto administrativo» (debiendo ser

(66) Principalmente, TORNOS MAS (1995: 167), ROSA MORENO (1998: 29) y DEL OLMO ALONSO (2004: 253). En este sentido, se considera justificada la sustitución del recurso administrativo por la fórmula arbitral en sectores que tengan desarrollada una estructuración que facilite la integración participada de órganos colegiados con funciones compositivas (función pública), en los que presenten una concurrencia en los litigios de cuestiones de hecho (contratos, concesiones, responsabilidad) y en los que se produzca una alta complejidad técnica, que conlleve importantes ámbitos discrecionales (protección del medio ambiente) [ROSA MORENO (1998: 29)]. Por su parte, DEL OLMO ALONSO (2004: 253) entiende que por su complejidad técnica las materias más adecuadas son: urbanismo, función pública, gestión tributaria, expropiación forzosa, Derecho administrativo sancionador, contratación pública, responsabilidad administrativa o medio ambiente.

(67) Así lo denomina ROSA MORENO (1998: 28). Considero, no obstante, que si bien constituye ésta la configuración que, con carácter básico, le ha otorgado la LPAC, no habría inconveniente para que la Ley sectorial que previese la figura pudiese impulsar su naturaleza alternativa —no acumulativa, evidentemente— al sistema de recursos. Al menos siempre que dicha Ley sectorial fuese estatal, pues resultaría mucho más problemática tal opción cuando la Ley fuese autonómica, pudiendo suponer una extralimitación competencial.

motivado de conformidad con las exigencias que establece el artículo 54.b LPAC) (68);

- El órgano que actúa como árbitro de la controversia deberá ser un órgano colegiado o una comisión específica no sometida a instrucciones jerárquicas (69);
- El procedimiento aplicable a este arbitraje será el regulado en la correspondiente Ley sectorial, pero siempre con respeto a los principios, garantías y plazos que la LPAC reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo;
- Las resoluciones del órgano arbitral podrán ser recurridas en sede judicial mediante la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo (estas resoluciones ponen fin a la vía administrativa en virtud del artículo 109. b de la LPAC, lo que les convierte en objeto de un posible recurso contencioso-administrativo en aplicación del artículo 25.1 LJCA) (70);

(68) FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 40-41).

(69) En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN (1993: 347), resalta como notas características de la configuración orgánica de estos órganos la colegialidad, la especialización y la independencia funcional.

(70) Es cierto, no obstante, que una interpretación estricta y literal del artículo 109. b) LPAC podría excluir de aquellos actos que ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los procedimientos arbitrales. Y es que, en efecto, el artículo 109 b) menciona únicamente «los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2», siendo que dicho artículo 107.2 hace referencia explícita a procedimientos de «impugnación» que parece diferenciar de otros procedimientos que también enuncia como los de «reclamación, conciliación, mediación y arbitraje». Creo, sin embargo, que dicha interpretación restrictiva resulta incoherente con el espíritu y finalidad de la Ley, pues ésta trata de sustituir la tradicional vía de impugnación que conforman los recursos administrativos, por otros procedimientos igualmente impugnatorios (entre los que se incluye el arbitraje) a través de los cuales el ciudadano puede someter las decisiones de una Administración pública a la consideración de un órgano especializado y neutral. Es evidente que de no ser así, los procedimientos a los que se refiere el artículo 107.2 LPAC —salvo los de «impugnación»— no se someterían a las mismas garantías que la LPAC reconoce a los ciudadanos en todo procedimiento administrativo, lo que además de vulnerar el contenido del propio artículo 107.2 LPAC, nos conduciría a una verdadera aporía legislativa. Es más, si no pusieran fin a la vía administrativa, las resoluciones de los órganos colegiados y comisiones específicas con las que se culminan los procedimientos de reclamación, conciliación, mediación y arbitraje del artículo 107.2 LPAC podrían ser impugnadas, en la propia vía administrativa, mediante el correspondiente recurso de alzada o de reposición al que, teóricamente, habían sustituido, abriendo, de nuevo, la vía jurisdiccional del recurso contencioso-administrativo. Son estos los motivos que obligan a abogar por una interpretación extensiva del artículo 109. b) LPAC, haciendo coincidir los procedimientos de impugnación a los que se refiere este precepto con todos los mencionados por el artículo 107.2 LPAC. Interpretación extensiva que parece refrendar el texto del Proyecto de Ley tramitado en las Cortes (BOCG, Serie A, núm. 82.1, de 4 de marzo de 1992) que otorgaba al actual artículo 107.2 LPAC —artículo 105.3 en aquel texto— la siguiente redacción: «Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario (...) por procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas».

- El procedimiento arbitral no se someterá al régimen de silencio administrativo previsto en la LPAC, de conformidad con lo establecido por la disposición adicional 29.4 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (71);
- Como medio sustitutivo del sistema de recursos tradicional, tendrá carácter forzoso cuando el ciudadano pretenda recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa y el procedimiento arbitral sustituya al recurso de alzada, mientras que su carácter será voluntario cuando sustituya al recurso potestativo de reposición. La Administración, cuando sea parte en el proceso, se someterá, en todo caso, al imperativo legal que determine la Ley que prevea este mecanismo.
- En el ámbito de la Administración local, aunque el órgano arbitral pueda llevar a cabo la tramitación del procedimiento e, incluso, elevar una propuesta de resolución, deberán ser, necesariamente, los «órganos representativos electos» los que adopten la resolución que decida la controversia (párrafo tercero del artículo 107.2 LPAC) (72).

Haciendo un somero repaso a las mencionadas características se puede fácilmente deducir que el mecanismo arbitral regulado en el artículo 107.2 LPAC difiere considerablemente del concepto de arbitraje como equivalente jurisdiccional que ha conformado nuestra tradición jurídica y que ha sido objeto de modulación, incluso, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 62/1991, de 22 de marzo o 288/1993, de 4 de octubre, entre muchas otras).

(71) Establece el citado precepto que «la terminación convencional de procedimientos administrativos, así como los procedimientos de mediación, arbitraje o conciliación, no están sujetos al régimen de silencio administrativo previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

(72) Véase SÁNCHEZ MORÓN (1993: 348) y BUSTILLO BOLADO (2010: 445). No se trata, sin embargo, de una interpretación pacífica en la doctrina, defendiendo algunos autores la capacidad de los citados órganos representativos electos de delegar voluntariamente dicha competencia en un órgano arbitral. Considera, en este sentido, ARAGONÉZ BELTRÁN (1996: 251) que la regulación del artículo 107.2 LPAC «en modo alguno debe ser un obstáculo para que las propias Corporaciones Locales creen sus peculiares órganos de resolución y deleguen o transfieran voluntariamente los mismos aquellas facultades resolutorias o lo hagan, también voluntariamente, a órganos creados por otros Entes locales de superior ámbito (Comarca o Provincia)». Basándose también en el carácter voluntario, TRAYTER (1997: 106) ofrece otra interpretación de este precepto, considerando que «el órgano representativo electo y que tiene atribuida la competencia, bien para celebrar el convenio de que se trate, bien para resolver el recurso ordinario, será también el competente para decidir someterse al arbitraje, suscribiendo de forma voluntaria la cláusula arbitral». De hecho, considera el citado autor que «un sistema donde el órgano impropriadamente llamado arbitral únicamente emitiese dictámenes o informes no vinculantes (...) nos conduciría al absurdo consistente en negar la posible arbitrabilidad de las materias que afectan a la Administración local, ya que, como hemos dicho, una de las reglas consustanciales al arbitraje es que los árbitros deciden, no proponen».

Es del todo evidente que el arbitraje que se menciona en el artículo 107.2 LPAC ni supone un medio de resolución alternativo al proceso judicial por el que las partes obtienen una decisión que pone fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada (SSTC 15/1989, 62/1991, 352/2006), ni constituye un mecanismo convencional y, por tanto, voluntario, que requiere de la libre voluntad de las partes para su válida existencia (SSTC 43 y 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995). Es más, las resoluciones que adopte el órgano arbitral podrán ser impugnadas, perfecta y válidamente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo regla general la imposición normativa de este mecanismo arbitral a las partes, lo que le atribuye un carácter de trámite forzoso y necesario cuando el interesado decida impugnar la resolución en vía judicial (siempre en el caso de que el procedimiento arbitral sustituya al recurso de alzada).

Bajo esta perspectiva resulta ciertamente comprensible la unanimidad que ha mostrado la doctrina a la hora de valorar de forma negativa la regulación de este mecanismo arbitral, no tanto por sus imperfecciones o carencias normativas —que también—, sino por la confusión conceptual a la que induce la utilización impropia del concepto de arbitraje para referirse a una figura jurídica «que poco tiene que ver con el verdadero arbitraje» (73).

Debo separarme, sin embargo, de la opinión doctrinal mayoritaria que critica el concepto de arbitraje que incorpora el artículo 107.2 LPAC por diferir éste de la conceptualización tradicional del arbitraje en nuestro Ordenamiento jurídico. El motivo creo que es lo suficientemente relevante como para que resulte obligada tal consecuencia.

Lo que se ha denominado como *sentido propio del arbitraje o verdadero arbitraje* —aquel concepto de arbitraje derivado de una configuración legal, doctrinal y jurisprudencial que se ha ido moldeando a lo largo de los años—, no es sino una institución jurídica propia y característica del Derecho privado. Es decir, se trata de una institución jurídica construida para su correcta adecuación a las necesidades de una rama del Derecho —el Privado— que

(73) BUSTILLO BOLADO (2010: 444-445). Seguramente sea este autor quien se exprese en términos más críticos en relación a la utilización del concepto de arbitraje por el artículo 107.2 LPAC, calificándolo de «falso arbitraje» o de «equivocadamente denominado arbitraje», y concluyendo que «no resulta admisible interpretar que el artículo 107.2 Ley 30/1992 está haciendo referencia al verdadero arbitraje extraprocésal» [BUSTILLO BOLADO (2010: 475)]. Por su parte, LÓPEZ MENUDO (1999: 9), considera que «el ordenamiento jurídico-administrativo utiliza el concepto de arbitraje en un sentido impropio, no como procedimiento que implica la sustitución del juez o tribunal jurisdiccional competente», de tal forma que «la confusión terminológica conduce a equívocos importantes en la legislación y la doctrina» (entre los que incluye el del artículo 107.2 LPAC). También DEL OLMO ALONSO (2004: 254-255) critica al Legislador por desnaturalizar «los conceptos de figuras como el arbitraje, la mediación o la conciliación para designar con ellos cosas distintas, aunque sea con la mejor intención, pues ello crea confusiones importantes que repercuten en su tratamiento futuro».

presenta unas características sensiblemente diferentes a las propias del Derecho público. Tal es así que la traslación literal e íntegra de esta institución al ámbito del Derecho administrativo ha provocado serias dudas sobre su viabilidad constitucional (¿o es que acaso resulta posible soslayar el control de legalidad que realizan, por imperativo constitucional, los órganos jurisdiccionales mediante un mero acuerdo de las partes?). Si el arbitraje, en su configuración tradicional, resulta tan problemático para el Derecho administrativo quizá sea, precisamente, porque el arbitraje en Derecho administrativo debe construirse de una forma distinta.

Creo, en definitiva, que debe aceptarse un axioma previo para avanzar en la búsqueda de una conclusión lógica: el arbitraje regulado en el artículo 107.2 LPAC no conforma un concepto erróneo o equivocado de arbitraje, sino que constituye el único arbitraje admisible en Derecho administrativo (al menos, el más admisible, si se incorpora también a esta consideración la actividad administrativa arbitral). De esta forma, la caracterización que lleva a cabo la LPAC del arbitraje como medio de heterocomposición para la resolución de conflictos en vía administrativa debería categorizarse bajo el *nomen iuris* de *arbitraje administrativo*, constituyendo una institución jurídica propia y diferenciada del arbitraje en Derecho privado, en tanto se aplica en un contexto normativo diferente y, por consiguiente, se somete a unas características propias que le permiten adecuarse a las peculiaridades de dicho ámbito.

Deben hacerse notar, además, los numerosos aspectos favorables a la consolidación de este arbitraje administrativo en nuestro Ordenamiento jurídico. En primer lugar, porque aportando similares ventajas a las que usualmente se le atribuyen al arbitraje tradicional, no plantea, por el contrario, ninguna traba desde el punto de vista de su constitucionalidad, pues no excluye el control de legalidad que realizan los Tribunales respecto a la actividad administrativa. Asimismo, esta vía previa, insertada en el ámbito preprocesal, constituye un mecanismo eficaz de garantía del administrado y al mismo tiempo permite la descongestión de los Tribunales [DEL OLMO ALONSO (2004: 268)]. El interesado obtiene, por lo general, una solución más rápida a la controversia que la que obtendría en sede judicial; solución que no le supone coste económico alguno (sustituye al recurso administrativo y, por tanto, se le aplica el mismo régimen económico) y que procede de un órgano independiente y especializado que, inevitablemente, hace aumentar su percepción de la justicia de la decisión (74).

(74) Considera BERMEJO VERA (2009: 389) que las notas características de especialización e independencia funcional que identifican a los órganos arbitrales proporcionan a los ciudadanos una percepción de mayor fiabilidad de estos procedimientos, evitándose así «las sospechas de parcialidad o falta de neutralidad que plantean los recursos de tipo jerárquico». En términos similares, SÁNCHEZ MORÓN (1993: 328) destaca el hecho de que la utilización «de recursos o procedimientos más informales y previsiblemente más rápidos, sencillos y menos costosos que el recurso contencioso»

Y aunque formalmente no sustituya al recurso contencioso-administrativo, en la práctica, muchas veces, sí lo hará, ya que el interesado, en no pocas ocasiones, desistirá de acudir a la costosa vía jurisdiccional al haber tenido ya una resolución ajena a la propiamente administrativa.

2. La naturaleza arbitral de los medios de resolución de conflictos en materia de acceso a redes en los sectores liberalizados

Como último aspecto a considerar, antes de analizar el principal ejemplo de arbitraje administrativo en el Derecho administrativo positivo, nos debemos detener en la polémica calificación como mecanismos arbitrales que han recibido los procedimientos de resolución de conflictos que llevan a cabo las autoridades reguladoras en los sectores liberalizados.

Objeto de análisis en un apartado anterior, nuestra legislación ha atribuido a determinados organismos de naturaleza jurídico-pública la capacidad de intervenir en la resolución de conflictos entre particulares, ya sean operadores de servicios, ya usuarios de los mismos, adoptando, en algún caso, un acto administrativo impugnabile en vía contencioso-administrativa y, en otros, una decisión de naturaleza puramente arbitral. En efecto, a la mayor parte de estos organismos reguladores de los sectores liberalizados se les ha encomendado, además de una competencia resolutoria en relación a los derechos de acceso e interconexión de redes que permite «administrativizar» un conflicto entre particulares (75), una capacidad arbitral respecto a las controversias que se susciten entre los operadores del correspondiente sector y que voluntariamente se sometan a dicha actividad administrativa arbitral.

No plantea ninguna duda la categorización jurídica de la segunda de las atribuciones, pues se enmarca dentro del arbitraje institucional que legítimamente ejercen algunas Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas en virtud del artículo 14 de la Ley de Arbitraje de 2003. Por el contrario, resulta más problemática la caracterización de la competencia resolutoria de conflictos inter-privados, hasta el punto de que sobre dicha cuestión se han pronunciado diferentes sectores doctrinales que han defendido su naturaleza arbitral (o *cuasi-arbitral*) (76), su carácter de recurso administra-

administrativo, pueden sumar a estas ventajas las que derivan de la independencia funcional de los órganos que los instruyan o resuelvan, que es una de las carencias más graves del sistema tradicional de recursos administrativos y lo que, junto a otras deficiencias estructurales, provoca su relativa inutilidad actual».

(75) Dictamen del Consejo de Estado núm. 2115/2006 en relación al RD 12987/2006, de 10 de noviembre.

(76) HUERGO LORA (2000: 266) y MENDOZA LOSADA (2004: 124).

tivo especial (77) e, incluso, su naturaleza de procedimiento de impugnación sustitutivo de los recursos administrativos (78).

En mi opinión, es la primera opción —aunque con importantes matices— la que refleja, de un modo más plausible y fiel, las peculiares características que muestran los procedimientos de resolución de conflictos que llevan a cabo las autoridades regulatorias. Es cierto, no obstante, que las diferencias conceptuales que presentan los tres términos jurídicos utilizados no se corresponden, en realidad, a diferencias significativas en cuanto a sus regímenes jurídicos de aplicación y, en definitiva, a las consecuencias efectivas de los mismos, por lo que cualquiera de las tres calificaciones mencionadas podría resultar válida.

La capacidad de las autoridades reguladoras para intervenir en los conflictos de interconexión o acceso que surjan entre los operadores, implica el desarrollo de una función pública otorgada por el Legislador (79). Coincide, además, que el objeto de conflicto —el derecho de acceso a redes y de interconexión— posee trascendencia pública y resulta indisponible para las partes.

Por ello, cuando se hace referencia a la naturaleza arbitral de este procedimiento, no puede confundirse tal naturaleza con la derivada del arbitraje de Derecho privado, que se regula en la Ley de Arbitraje de 2003. Se trataría, en su caso, de un arbitraje administrativo o, lo que es lo mismo, de un procedimiento arbitral amparado en las previsiones del artículo 107.2 LPAC y justificado por el interés público presente en el conflicto. Arbitraje que estaría condicionado por los principios, garantías y plazos de la LPAC y que culminaría con una resolución administrativa recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Dicho arbitraje, por tanto, se hallaría muy próximo al régimen previsto para los procedimientos impugnatorios del mismo artículo 107.2 LPAC o de los recursos administrativos, ya sean ordinarios, ya sean especiales, a los que precisamente sustituye; pero su calificación como tal resultaría más adecuada tanto a la presencia de dos partes en conflicto (operadores del sistema) que cuentan con naturaleza jurídica privada, como al mismo objeto

(77) En este sentido BELANDO GARÍN (2010: 415 y ss) afirma que «nos encontramos ante una nueva categoría de recursos administrativos que podemos calificar de recursos en garantía del interés público o de supervisión». También ESCUÍN PALOP (2010: 336) los califica de recursos especiales, indicando que tal categoría de recursos, que hasta fechas recientes tenía como único ejemplo a la reclamación económica administrativa, actualmente también se halla presente en «el sector de la contratación» y «en los sectores liberalizados».

(78) SETUÁIN MENDÍA (2009: 292-293), en relación al procedimiento de resolución de conflictos regulado para el sector ferroviario.

(79) Véase BELANDO GARÍN (2010: 417).

de la impugnación, que aunque sea de trascendencia pública, no constituye una actuación administrativa (80).

No considero, en definitiva, necesaria la creación de una nueva categoría de recursos administrativos para calificar una figura jurídica que ya ha encontrado un certero reconocimiento en nuestro Ordenamiento jurídico, el arbitraje administrativo del artículo 107.2 de la LPAC. De esta forma, las autoridades reguladoras llevarían a cabo tanto funciones arbitrales de Derecho privado, sometidas a su legislación propia y a la Ley de Arbitraje de 2003, siempre que los conflictos entre operadores se planteasen por cuestiones carentes de cualquier trascendencia pública; como funciones arbitrales de Derecho administrativo, en aquellos supuestos de conflicto entre operadores en los que se vieses directamente comprometidos intereses públicos (controversias que versen sobre los derechos de interconexión y acceso a redes).

3. La fórmula arbitral en el procedimiento sancionador en materia de dopaje

La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (en adelante, LO 7/2006), ha impulsado un nuevo procedimiento de imposición y revisión de las sanciones por dopaje basado en los criterios de celeridad e inmediatez, con el que se trata de agilizar al máximo los trámites procedimentales y de alcanzar un mayor respeto a uno de los principios básicos del régimen disciplinario deportivo, como es el principio *pro competitione* (81).

(80) BELANDO GARÍN (2010: 421), a pesar de negar la naturaleza arbitral de estos procedimientos y defender su carácter de recursos administrativos especiales, reconoce que el objeto de los mismos «no es un acto administrativo previo, sino un acto dictado por un particular sobre cuestiones de interés público». Por ese motivo, la propia autora considera que estos recursos «se encuentran a medio camino entre un arbitraje privado y un recurso administrativo», considerando como dato determinante para distinguir la función arbitral y la potestad de resolución que competen a las autoridades reguladoras la presencia de un interés público en la cuestión a resolver [BELANDO GARÍN (2010: 422)].

(81) Esta norma supone la culminación de una larga evolución en la lucha contra el dopaje a nivel institucional y normativo en nuestro país, que comienza en la década de los 60 del siglo pasado con la creación del laboratorio de control de dopaje de Madrid del Consejo Superior de Deportes y que tenía como anterior hito principal la regulación contenida en el título VIII de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. Normas que han surgido al albur de iniciativas internacionales impulsadas tanto por el Movimiento Olímpico Internacional (desde el propio Comité Olímpico Internacional y desde las Federaciones Internacionales), como por otras organizaciones internacionales, ya sea el Consejo de Europa (Convención contra el Dopaje en el Deporte del Consejo de Europa), ya la Organización de Naciones Unidas (Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, aprobada en la 33.ª Conferencia General de la UNESCO, celebrada en octubre de 2005). No obstante, el acontecimiento principal en la lucha contra el dopaje en el deporte se produce en 1999,

Hasta la entrada en vigor de la LO 7/2006, el procedimiento sancionador en materia de dopaje se producía, principalmente, en sede federativa, a través de los órganos disciplinarios creados por cada una de las distintas federaciones deportivas. Dichos órganos debían someterse, en esta materia, a los trámites y garantías impuestos por el *procedimiento sancionador extraordinario* regulado en los artículos 37 a 46 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Deportiva (82). Una vez agotada la vía federativa, las resoluciones del correspondiente órgano disciplinario en materia de dopaje podían ser recurridas ante el Comité Español de Disciplina Deportiva, órgano de ámbito estatal, adscrito al Consejo Superior de Deportes que, actuando con independencia de éste, decide en última instancia, en vía administrativa, las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia (artículo 84 de la Ley del Deporte de 1990). Las decisiones que adoptaba el Comité Español de Disciplina Deportiva agotaban —y agotan— la vía administrativa, de forma que podían ser objeto de recurso ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 58 del Reglamento de Disciplina Deportiva).

El procedimiento seguido para la imposición de sanciones y para la revisión de las mismas en materia de dopaje, coincidente, por lo demás, con el aplicado para otras infracciones de las normas deportivas, fue objeto de sustitución y de regulación específica, como se ha dicho, mediante la LO 7/2006. La singularidad de este nuevo procedimiento, en lo que se refiere a la revisión de las decisiones sancionadoras federativas, es, sin duda alguna, la naturaleza arbitral que la LO 7/2006 le ha atribuido (83).

con la creación de la Agencia Mundial Antidopaje, en cuya estructura y financiación participan de forma equitativa el COI y los gobiernos de un gran número de países (entre ellos el español). Y como norma jurídica fundamental sobre la que asienta su actuación la AMA, el Código Mundial Antidopaje, aprobado en 2003 en la Conferencia Mundial del Dopaje en el Deporte que se celebró en Copenhague, y cuyos postulados se recogen, precisamente, en la LO 7/2006.

(82) Podrán ejercer, igualmente, dicha potestad disciplinaria las Agrupaciones de clubes de ámbito estatal sobre «todas las personas que forman parte de su propia estructura orgánica, los clubes deportivos asociados y sus deportistas, técnicos y directivos; los jueces y árbitros y, en general, sobre todas aquellas personas y entidades pertenecientes a las citadas Agrupaciones» [artículo 6. 2. a) del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Deportiva]. Las Agrupaciones de clubes de ámbito estatal son asociaciones deportivas de segundo grado (al igual que lo son las Federaciones Deportivas) cuyo objeto exclusivo es la promoción, el desarrollo y gestión de actividades de carácter deportivo no identificables con modalidades y actividades contempladas por las Federaciones Deportivas Españolas. Para un completo análisis de la estructura y funciones de estas asociaciones deportivas véase BERMEJO VERA (2009b: 245 y ss).

(83) Sobre la naturaleza y trámites aplicables a este procedimiento, de conformidad con la actual regulación, véanse los completos estudios de PAREJO ALFONSO (2007b), GAMERO CASADO (2007), ROSA MORENO (2008) y REAL FERRER (2009).

En efecto, el artículo 29 de la LO 7/2006 establece que «la revisión, en vía administrativa, de las resoluciones dictadas por los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas o por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje se llevará a cabo bajo fórmula arbitral ante una sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva» (84). La doble mención a las decisiones que adoptan tanto los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas, como a las emanadas de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje obedece al hecho de que la LO 7/2006 atribuye la potestad disciplinaria en materia de dopaje al Consejo Superior de Deportes, aunque la ejercen en primera instancia, y por delegación, las federaciones deportivas españolas (artículo 27.1) (85). De esta forma, si bien, la instrucción y resolución de los expedientes disciplinarios corresponde, inicialmente, a los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas; dicha competencia podrá ser asumida por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje en el caso de que se produzca una demora injustificada en la resolución del expediente por parte de los órganos federativos, resolviendo este mismo órgano el procedimiento disciplinario (artículo 27.3) (86).

No cabe duda que la característica más reseñable de este nuevo sistema de revisión administrativa especial es la naturaleza arbitral que la LO 7/2006 le atribuye. Naturaleza arbitral que, evidentemente, coincide con la del *arbitraje administrativo* que regula el artículo 107.2 LPAC (es decir, con su caracterización como mecanismo de impugnación sustitutivo del recurso administrativo clásico) y no con la derivada del concepto tradicional de arbi-

(84) La Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, regulada en el artículo 3 de la LO 7/2006 y en el Real Decreto 811/2007, de 22 de junio, por el que se determina su estructura, composición, funciones y régimen de funcionamiento, es un órgano colegiado adscrito al Consejo Superior de Deportes, integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, federaciones deportivas españolas, ligas profesionales, deportistas y por personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico-técnico, deportivo, médico y jurídico.

(85) En relación al modelo deportivo español y su construcción sobre la base del principio de corresponsabilidad entre lo público y lo privado, véase el clásico estudio de BERMEJO VERA (1986).

(86) La propia exposición de motivos de la LO 7/2006 califica esta configuración de la potestad disciplinaria en materia de dopaje como una *competencia concurrente sucesiva*, de forma que «la competencia inicial que corresponde a las federaciones deportivas españolas se transfiera, por incumplimiento del plazo legalmente previsto, a la propia Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, que actúa así como órgano disciplinario». Una vez más, la justificación para la imposición de estas cautelas se fundamenta en la celeridad e inmediatez de la tramitación y resolución de los expedientes en materia de dopaje, tratando de evitar demoras que pudiesen alterar las condiciones de participación en la competición deportiva.

traje de Derecho privado, que presenta a la Ley de Arbitraje de 2003 como sustento normativo principal (87).

Es cierto, en todo caso, que la utilización de técnicas arbitrales como medio de resolución extraprocésal de conflictos jurídicos no resulta ajena o extraña al ámbito deportivo (88). De hecho, la propia Ley del Deporte de 1990 dedica su título XIII a la regulación de la denominada *conciliación extrajudicial en el deporte*, pudiendo ser objeto de la misma «las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas» (artículo 87).

Dicha fórmula arbitral, prevista, por lo general, para personas físicas o jurídicas de naturaleza privada, sí puede equiparse a la caracterización tradicional que se le ha atribuido al arbitraje como *equivalente jurisdiccional*, constituyendo un mecanismo sustitutivo o alternativo al proceso. Se impone, de esta manera, su adecuación tanto al régimen previsto en las normas estatutarias de los clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas

(87) En este caso, como bien destaca GAMERO CASADO (2007: 296-297), este mecanismo de resolución sustituye a un recurso de alzada impropio (impugnaciones caracterizadas por la presencia de un ente privado que ejerce funciones públicas y cuyas decisiones son revisadas por un órgano administrativo).

(88) En este sentido, cabe destacar la importante actividad arbitral que vienen desarrollando dos tribunales del deporte, uno a nivel nacional (Tribunal Español de Arbitraje Deportivo) y otro a nivel internacional (Tribunal de Arbitral del Deporte de Lausana). El Tribunal Español de Arbitraje Deportivo, adscrito al Comité Olímpico Español, se define como un órgano de resolución por medio de arbitraje de las cuestiones litigiosas que se susciten en materia deportiva, compuesto por cien árbitros designados entre juristas y otros profesionales, así como por personalidades vinculadas al deporte, todos ellos de reconocido prestigio. Por su parte, el Tribunal de Arbitral del Deporte de Lausana (*Court of Arbitration for Sport* o *Tribunal Arbitral du Sport*), es una institución independiente destinada a la resolución de controversias en material deportiva a través de la utilización de mecanismos arbitrales y de mediación. Dicho Tribunal, a pesar de que fue creado por el Comité Olímpico Internacional a principios de la década de los 80 del pasado siglo, goza actualmente de un estatuto independiente a éste como consecuencia de la reforma operada en su estructura a través del denominado *Convenio de París* del año 1994; reforma motivada por los numerosos vínculos existentes entre el Tribunal Arbitral del Deporte y el Comité Olímpico Internacional, y que puso de manifiesto el Tribunal Federal Suizo en su famoso «*arrêt Gundel*» del año 1993 (Sentencia del 15 de marzo de 1993), en tanto dichos vínculos hacían peligrar su independencia y neutralidad a la hora de adoptar decisiones. En todo caso, la actuación de sendos tribunales arbitrales se sustenta en los Códigos de Arbitraje Deportivo aprobados por sus órganos de gobierno, aunque en materia sancionadora de dopaje se debe destacar la labor del Tribunal de Arbitral del Deporte de Lausana, en atención a la función revisora que le encomiendan un gran número de reglamentos disciplinarios de federaciones internacionales respecto a las decisiones que adopten los órganos federativos nacionales en primera instancia —conflictos sustanciados en la División Arbitral de Apelación (*Appeals Arbitrations Division*) del propio Tribunal—.

profesionales que lo constituyan, como, sobre todo, a los términos y condiciones que establece la Ley de Arbitraje de 2003, entre ellos, la obligación de que las controversias versen sobre «materias de libre disposición conforme a derecho» (artículo 2.1). Motivo éste que implica la exclusión de toda posibilidad de que las normas estatutarias lleven a cabo la incorporación como materias objeto de arbitraje aquellas en las que las federaciones deportivas ejerzan, por delegación, potestades públicas de carácter reglado como es, por ejemplo, la potestad sancionadora en materia de dopaje.

Queda claro, por tanto, que la utilización del arbitraje como *equivalente jurisdiccional* resulta incompatible con las particulares características que definen el mecanismo revisor del artículo 29 de la LO 7/2006. Su caracterización, por el contrario, como *arbitraje administrativo* no debería plantear ningún inconveniente desde el punto de vista de su régimen jurídico de aplicación o desde su propia construcción conceptual. De hecho, es el mismo Legislador el que se refiere expresamente al carácter arbitral que presenta este mecanismo de revisión, tanto en el cuerpo normativo de la LO 7/2006, utilizando la expresión «fórmula arbitral» (artículo 29), como en la exposición de motivos del citado texto legal, definiéndolo como un «sistema de revisión administrativa especial que, con la fórmula arbitral, sustituye al recurso administrativo clásico».

No obstante lo anterior, autorizadas voces doctrinales en el ámbito jurídico deportivo han coincidido en negar la naturaleza arbitral de este mecanismo de revisión, calificándolo de *recurso administrativo especial* (89), o de *procedimiento especial sustitutivo del recurso administrativo* (90). Se observa en todas ellas una legítima reticencia a abandonar los postulados de la tradicional forma de entender el arbitraje en el Derecho privado, resaltando la imposibilidad de que un verdadero arbitraje resulte obligatorio y no voluntario; que no suponga un mecanismo alternativo al recurso administrativo, sino sustitutivo; o que las decisiones adoptadas por el órgano revisor sean susceptibles de recursos contencioso-administrativos de plena jurisdicción y no de mera anulación (91).

Es muy probable que similares recelos en torno a esta figura se manifestasen en el trámite de elaboración del propio desarrollo reglamentario de la LO 7/2006 sobre la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje —aprobado por Real Decreto 63/2008, de 25 de enero—,

(89) GAMERO CASADO (2007: 299) afirma, en este sentido, que «el nuevo sistema de revisión constituye realmente un recurso administrativo especial, sustitutivo de la alzada», aportando una serie de interesantes justificaciones que le llevan a sustentar tal afirmación.

(90) Véase REAL FERRER (2009: 59).

(91) Estoy haciendo referencia a los elementos que, en opinión de GAMERO CASADO (2007: 299-300), ponen de manifiesto la identidad del cauce de revisión de las sanciones por dopaje con «los procedimientos que la teoría general del Derecho administrativo encuadraría en la naturaleza jurídica de reclamación o recurso».

cuya redacción final no ha hecho sino contribuir a acrecentar la ya de por sí significativa incertidumbre respecto a la calificación jurídica de tal figura de revisión (92).

En efecto, el artículo 15 del RD 63/2008 atribuye al mecanismo de revisión de las sanciones por dopaje la naturaleza de «procedimiento especial sustitutivo del recurso administrativo, en los términos dispuestos por el artículo 107.2 de la Ley 30/1992». Notable forma de sortear la mención a la fórmula arbitral a la que hacía referencia el artículo 29 LO 7/2006 y, de paso, atribuirle una nueva categorización jurídica de «procedimiento especial» que en ningún caso es mencionada en el artículo 107.2 LPAC.

Más allá de que dicha categorización no aportaría ninguna diferencia reseñable en cuanto al régimen jurídico de aplicación, cabría destacar, en todo caso, que el citado artículo 15 del RD 63/2008 no excluye la calificación como fórmula arbitral del procedimiento de revisión (basta remitirse a la simple aplicación del principio de jerarquía normativa para advertir que ni siquiera podría hacerlo); y no lo impide por el simple hecho de que dentro de los procedimientos sustitutivos de los recursos administrativos mencionados en el artículo 107.2 LPAC, y a los que se remite de una forma un tanto *sui generis* el artículo 15 del RD 63/2008, se incluye expresamente el arbitraje. Por tanto, a la redacción del mencionado artículo 15 del RD 63/2008 siempre se le podrá achacar el hecho de que se muestre un tanto esquiva a la hora de utilizar el término *arbitraje*, pero en ningún caso que tal carácter huidizo motive el abandono o la imposibilidad de la caracterización del mecanismo de revisión regulado en el artículo 29 de la LO 7/2006 como *arbitraje administrativo*, porque, de hecho, lo es.

Es más, el propio RD 63/2008 se refiere al «órgano arbitral» (apartados 2 y 3 del artículo 17 y artículos 22 a 24) que se constituirá en el seno de la Sección Antidopaje del Comité Español de Disciplina Deportiva y que será el encargado de resolver la controversia suscitada en torno a la resolución sancionadora federativa o de la Comisión de Control y Seguimiento en materia de dopaje (93).

De la naturaleza arbitral de dicho órgano da buena cuenta el hecho de que en su composición participará el deportista interesado, pudiendo selec-

(92) De hecho, REAL FERRER (2009: 59-60) justifica la «inviabilidad de un auténtico procedimiento arbitral en esta materia» precisamente en la redacción del citado Real Decreto 63/2008.

(93) REAL FERRER (2009: 60) considera, contrariamente, que «por mucho que se siga hablando de un órgano arbitral, en realidad será un órgano administrativo cuya única especialidad residirá en la participación del interesado en la concreta integración de cada uno de ellos mediante la designación de uno de sus componentes de entre una lista cerrada cuya conformación corresponde a la Administración».

cionar a uno de los tres miembros integrantes del órgano arbitral y llegar a un acuerdo con el miembro del Comité Español de Disciplina Deportiva que actúe como Presidente del órgano para la designación del miembro restante, ambos elegidos entre una lista de 39 miembros designables (artículos 29 de la LO 7/2006 y 18 del RD 63/2008, que lo desarrolla) (94). De hecho, tal y como establece el artículo 27.2 del RD 63/2008, los gastos derivados de los servicios que presten «quienes sin ser miembros del Comité Español de Disciplina Deportiva integren el órgano arbitral», serán sufragados por la parte que les ha designado, lo que supone un indicio más de su naturaleza ajena al recurso administrativo y, por tanto, de su naturaleza arbitral.

Por lo demás, el procedimiento de revisión de sanciones por dopaje se iniciará bien por la reclamación de la persona sancionada en el caso de sanciones disciplinarias impuestas por los órganos disciplinarios de las federaciones deportivas españolas, o por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje; bien por la Agencia Estatal Antidopaje cuando estime que las decisiones adoptadas en materia de dopaje por la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje no se ajustan a Derecho conforme a lo previsto en el artículo 4.2 de la LO 7/2006; o bien por la solicitud de la citada Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, cuando estime que las decisiones adoptadas en materia de dopaje por los órganos disciplinarios de las Federaciones deportivas españolas no se ajustan a Derecho, conforme a lo previsto en el artículo 3.2.2.f de la LO 7/2006.

Una vez instruido el procedimiento, el órgano arbitral resolverá confirmando la sanción o acordando su modificación, reducción o revocación. La resolución del procedimiento, que será un acto administrativo, agotará la vía administrativa [artículo 109. b) de la LPAC], pudiéndose interponer contra la misma recurso contencioso-administrativo. En este sentido, conviene destacar que el artículo 29.4 de la LO 7/2006 impone, sobre la base del principio de celeridad que caracteriza este procedimiento, que dicho recurso contencioso-administrativo se tramite en única instancia y por el procedimiento abreviado previsto en el artículo 78 de la LJCA, implicando una considerable ventaja desde el punto de vista de la eficacia de este medio impugnatorio, pero una cierta merma en la operatividad de la fórmula arbitral como elemento disuasorio de un posterior recurso judicial.

(94) Lista que formarán tanto los miembros del Comité Español de Disciplina Deportiva, en su condición de miembros natos de la misma, como los treinta miembros seleccionados por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes a propuesta de las federaciones deportivas españolas, de las asociaciones de deportistas profesionales, de las Comunidades Autónomas, de las ligas profesionales y del Presidente del Consejo Superior de Deportes. El mandato de cada uno de los miembros designados tendrá una duración de cuatro años, articulándose su renovación por los mecanismos previstos en la disposición transitoria tercera del propio RD 63/2008.

No deja de ser curioso, en todo caso, que se haya implantado la fórmula arbitral en un ámbito —el disciplinario deportivo— en el que ya operaba un órgano colegiado como el Comité Español de Disciplina Deportiva caracterizado por la especialización de sus miembros y cuya actividad no estaba suponiendo, realmente, una excesiva carga para la jurisdicción contencioso-administrativa (95). Es posible, por tanto, que el principal ejemplo de utilización del arbitraje en Derecho administrativo, bajo la caracterización jurídica que debe reputarse como la más adecuada a las peculiaridades que presenta esta rama del Derecho, no aporte una mejora significativa al tradicional y asentado sistema de recurso administrativo impropio que, en materia sancionadora, corresponde resolver al Comité Español de Disciplina Deportiva para todos aquellos supuestos disciplinarios ajenos al dopaje sobre los que tenga competencia.

IV. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL. LA IMPORTANTE NOVEDAD INTRODUCIDA POR LA LEY 11/2011, DE 20 DE MAYO

La Administración, para ser sujeto en el arbitraje, no tiene por qué constituir siempre una de las partes del litigio. También puede ocupar la posición del árbitro del conflicto y, por tanto, resolver la disputa surgida entre las partes en relación a un bien jurídico. Es más, es posible que una de esas partes en conflicto sea una persona jurídico-pública, o incluso las dos.

Esta faceta del arbitraje, también conocida como «arbitraje institucional», por cuanto es una institución arbitral (una persona jurídica) la que ejerce las labores arbitrales, también se ha denominado, desde la perspectiva del Derecho administrativo, como «actividad administrativa arbitral», cuando le corresponde a la Administración Pública decidir controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos, bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa (96).

No obstante, y debemos insistir en este dato, el arbitraje institucional o la actividad administrativa arbitral no sólo se circunscribe a la resolución de conflictos entre particulares (sean de Derecho privado, sean de Derecho administrativo), sino también a determinadas controversias que surjan entre ciertas entidades de naturaleza jurídico-pública. En consecuencia, se analizarán a continuación, y de forma separada, incidiendo en sus características específicas, ambos aspectos del arbitraje institucional administrativo.

(95) Sobre el papel que ha desempeñado la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito disciplinario deportivo véase, comparativamente, el ya clásico estudio de BERMEJO VERA (1989) respecto al más reciente del propio autor [BERMEJO VERA (2009b)].

(96) Véase PARADA VÁZQUEZ (1999: 13).

1. El arbitraje institucional para la resolución de conflictos entre particulares

En principio, el arbitraje institucional administrativo se encuentra regulado, con carácter genérico, en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje de 2003, que establece la opción para que las partes encomienden «la administración del arbitraje y la designación de árbitros» tanto a Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales (según sus normas reguladoras), como a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales (97). La doctrina procesalista se ha encargado de poner de manifiesto las indudables ventajas que presenta esta forma de arbitraje institucional, en tanto permite que sea una entidad especializada la que preste los servicios arbitrales, asegure la imparcialidad y profesionalidad de los árbitros designados, y posibilite que las partes no tengan necesidad de poseer un profundo conocimiento del procedimiento arbitral (98).

Por lo que respecta en especial al arbitraje institucional administrativo, los ejemplos existentes en nuestro Ordenamiento jurídico resultan ciertamente significativos, alcanzando una posición preeminente y consolidada, quizá la más destacada, en la tradición jurídica del arbitraje en Derecho administrativo.

De esta forma, se viene reconociendo normativamente la capacidad de actuación como instituciones arbitrales a Entidades públicas y Corporaciones de Derecho público como:

- Las Juntas Arbitrales de Consumo (artículo 57 del 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 y del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo);
- Juntas Arbitrales en materia de transporte (artículos 37 y 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, sobre Ordenación de los Transportes Terrestres);
- La Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (artículo 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que

(97) Conviene recordar, una vez más, el carácter voluntario del sometimiento, sin que pueda imponerse, ni siquiera a través de un texto normativo con rango legal, un arbitraje obligatorio para las partes (STC 174/1995, de 23 de noviembre, en el que se declara inconstitucional el mecanismo de arbitraje obligatorio ante las Juntas Arbitrales que regulaba la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, por vulneración de los artículos 24 y 117 de la CE).

(98) Véase, entre otros, DIEZ CLAVERO (1998).

se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo);

- La Comisión Nacional de la Competencia (artículo 24.f de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia);
- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones);
- La Comisión Nacional de la Energía (Disp. Adic. 11 de la ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos);
- La Comisión Nacional del Sector Postal (artículo 20 de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal y artículo 49 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal);
- El Comité de Regulación Ferroviaria (artículos 82 y 83 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario).

La función arbitral que desempeñarán estas Entidades públicas se ejercerá tanto respecto a conflictos que afecten a sujetos privados en materias de Derecho privado [circunstancia que determinará la aplicación del régimen arbitral previsto en la Ley de Arbitraje de 2003 y, por tanto, la impugnabilidad de sus laudos en la vía jurisdiccional civil, por cuanto dicha actividad carece de carácter público (99)], como a litigios que surjan entre sujetos privados en los que se haya presente un interés público, tales como los que afecten a los derechos de acceso e interconexión de redes en los sectores liberalizados. En estos segundos supuestos arbitrales, característicos de los organismos reguladores, los citados organismos de naturaleza jurídico-pública actuarán como árbitros en un procedimiento de arbitraje administrativo propio, por lo que adoptarán, al resolver, un acto administrativo impugnabile en vía contencioso-administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (100).

En efecto, y aunque persistan las dudas doctrinales sobre su naturaleza arbitral, tal y como ha sido puesto de manifiesto en un epígrafe anterior, el ejercicio de esta potestad administrativa se encamina primordialmente a

(99) Véanse, por ejemplo, los artículos 48.4.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuando establece que el «ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público», o 20.2 de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal, en el que se afirma que «la función arbitral no tendrá carácter público y será gratuita, salvo los gastos generados por la práctica de las pruebas».

(100) Establece el citado artículo en relación a la impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores que «los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora».

la resolución de conflictos que surgen entre sujetos privados a través de un procedimiento administrativo de impugnación en el que la finalidad principal consiste en velar por el interés público, tan presente en los ámbitos en los que intervienen las Administraciones reguladoras (101).

2. La actividad administrativa arbitral para la resolución de conflictos entre Administraciones públicas. El sistema de arbitraje institucional previsto en la Ley 11/2011, de 20 de mayo

La principal característica del arbitraje institucional es la intervención, como árbitro de la controversia, de una persona jurídica de naturaleza pública o privada, especializada en la técnica arbitral. Si esa persona jurídica era una entidad pública o una corporación de Derecho público, se hacía referencia entonces a una «actividad administrativa arbitral», adoptando esta forma de arbitraje institucional un relevante papel en nuestro Ordenamiento jurídico. Pero, como se puede deducir del análisis de los anteriores apartados, las distinciones conceptuales no acaban ahí, pues en función de la naturaleza de las partes también se podrá hacer referencia a un arbitraje entre particulares, a un arbitraje entre particulares y Administraciones Públicas, o a un arbitraje entre Administraciones Públicas. En este tercer supuesto se podrá distinguir el arbitraje intraadministrativo, cuando el conflicto surge entre entes u órganos dependientes de una Administración matriz, del arbitraje interadministrativo, cuando el problema se plantea entre dos o más Administraciones Públicas (102).

Es evidente que el arbitraje interadministrativo deberá restringirse a aquellos asuntos en los que exista una libre disposición por las partes en conflicto, circunstancia que parece limitar la aplicación de dicha técnica a los conflictos que surjan en relación a los instrumentos y convenios de colaboración de carácter interadministrativo que suscriban las distintas Administraciones (103). Más problemática resulta, en este sentido, la aplicación de la técnica arbitral a la solución de conflictos interadministrativos, por cuanto el origen de estos conflictos suele relacionarse con problemas interpretativos de competencias atribuidas a las distintas Administraciones por la Constitución, Estatutos de Autonomía y Leyes, resultando, de esta forma, irrenunciables para las partes (104).

(101) Sobre el ejercicio de esta potestad administrativa a cargo de las Administraciones reguladoras véanse los recientes y completos estudios de BELANDO GARÍN (2010: 415 y ss) y GARCÍA PÉREZ (2011: 133-153).

(102) Véase DEL OLMO ALONSO (2004: 274).

(103) Sobre la arbitrabilidad de los convenios de colaboración inter-administrativos, véase FERNÁNDEZ MONTALVO, TESO GAMELLA y AROZAMENA LASO (2004: 155).

(104) Cabe destacar, sin embargo, la existencia de algunas excepciones a esta regla general; y, entre ellas, quizá la más representativa sea la actividad que desempeña la Comisión Arbitral

Y por lo que respecta al arbitraje intraadministrativo, tal y como afirma DEL OLMO ALONSO (2004:274), su margen de desarrollo se planteaba escaso, en tanto las diferencias surgidas en el seno de una misma Administración normalmente se solucionan mediante vías de cooperación y, en su caso, a través de la oportuna coordinación ejercida por el órgano superior jerárquico.

No obstante, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, ha abierto una nueva e importante vía de resolución arbitral de conflictos de carácter intraadministrativo, regulando un cauce procedimental —de carácter ordinario e institucional— destinado a resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales (105).

En efecto, la disposición adicional única de la Ley 11/2011, bajo el críptico título de «Controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos», ha incorporado la técnica arbitral (y el arbitraje institucional en particular) a la resolución de conflictos en el seno de la Administración General del Estado. Tal y como manifiesta la exposición de motivos del citado cuerpo normativo, la finalidad principal que justifica la incorporación de dicho arbitraje en la resolución de controversias intra-administrativas es la superación «de los actuales mecanismos de facto, ajenos al rigor jurídico y a la objetividad que son imprescindibles en una organización que, por imperativo constitucional, ha de estar regida por el Derecho y actuar al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno».

La importancia de la medida, sin embargo, va mucho más allá de esta simple justificación. Y si bien es criticable, tanto desde el punto de vista de la técnica normativa como de la siempre necesaria seguridad jurídica, que esta

del País Vasco. En efecto, el artículo 39 del Estatuto de Autonomía indica que «los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las instituciones de las Comunidades Autónomas y las de cada una de los Territorios Históricos se someterán a la decisión de una comisión arbitral. ...». Sobre la base del citado precepto se crea, mediante Ley del País Vasco 13/1994, de 30 de junio, la Comisión Arbitral, integrada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (que ejerce las funciones de Presidente de la Comisión), y por seis vocales, a razón de tres por parte del Gobierno Vasco, y uno por cada Diputación Foral. La Comisión Arbitral ostenta la competencia para resolver tanto cuestiones de competencia que versen sobre la titularidad de las competencias, autonómicas o forales, controvertidas con ocasión de un proyecto o proposición de ley o de norma foral; como conflictos de competencias, que pueden ser positivos o negativos, cuando el Gobierno Vasco o las Diputaciones Forales consideren que una disposición, resolución o acto no respeta el orden de competencias legalmente establecido. Para un estudio más detallado de esta institución, véase HUERGO LORA (2000).

(105) Novedosa regulación que ya ha sido objeto de detallado análisis por parte de TORNOS MÁS (2011: 1085-1103) —tomando como referencia el texto del Proyecto de Ley— y GARCÍA PÉREZ (2011: 155-178).

importante regulación se haya incorporado a una Ley cuyo objeto principal es la reforma de la Ley de Arbitraje de 2003, pero también de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Concursal, por lo que la disposición adicional única queda, precisamente, como único y exclusivo contenido normativo que no se añade o modifica a otro texto legal; es cierto que el Legislador ha llevado a cabo una regulación completa de la figura, estableciendo un ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la misma y un régimen procedimental más o menos completo (106).

De este modo, se someterán a esta técnica de arbitraje institucional (configurando, así, su ámbito subjetivo de aplicación), las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos dependientes o adscritos a la misma (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales), o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes. Resultará también aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, a no ser que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.

No cabe duda que el aspecto más destacado de este amplio ámbito subjetivo de aplicación coincide con las posibilidades impugnatorias que, a través de dicho mecanismo arbitral de resolución, se les ofrecen a las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración estatal, lo que supone una importante novedad dentro de nuestro Ordenamiento jurídico. En efecto, la tradicional negación, tanto doctrinal como jurisprudencial, de la legitimación o capacidad necesaria de los entes institucionales para impugnar jurisdiccionalmente los actos dictados por sus entes matrices (107), vino a ser refrendada legislativamente por el artículo 20.c de la LJCA, al negar, precisamente, la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública a «las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas».

(106) Se debe insistir en el hecho de que semejante circunstancia no tendría por qué ser motivo alguno de loa o alabanza. No obstante, a la vista de lo parca y, por lo general, errática que se ha mostrado tradicionalmente la regulación en materia de arbitraje en Derecho administrativo, siempre supone un acontecimiento reseñable en nuestro Ordenamiento jurídico la presencia de buenos ejemplos de criterio normativo como éste.

(107) Véase, en este sentido, las clásicas obras de ARIÑO ORTIZ (1974: 155 y ss) y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (1987: 159 y ss), con especial mención del completo análisis jurisprudencial que incluyen.

mas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan». En consecuencia, si bien el acceso a la vía jurisdiccional de impugnación frente a la actuación de la Administración matriz continúa, con carácter general, vedado por la LJCA, los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración estatal estarán legitimados para acudir a la vía arbitral de impugnación que configura la Ley 11/2011, correspondiéndole a la institución arbitral que ahí se regula la resolución de la controversia jurídica que se haya planteado.

Por lo que se refiere a su ámbito objetivo, el apartado segundo de la disposición adicional única de la Ley 11/2011 aclara que debe entenderse por controversias jurídicas relevantes, que serán «aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público». Se observa, por tanto, un ámbito objetivo voluntariamente abierto, sustentado en conceptos jurídicos indeterminados como el «interés público», en facultades discrecionales (la observación de asuntos que generen un elevado número de reclamaciones) y en un criterio más habitual y, evidentemente, más certero como es el de la cuantía (al menos 300.000 euros).

No obstante, la propia Ley 11/2011 establece una serie de limitaciones que matizan el carácter extensivo del citado ámbito material. En primer lugar, parece claro que la admisibilidad de estos asuntos va a depender del juicio discrecional que realice el órgano arbitral sobre la relevancia del asunto para el interés general o sobre el número de reclamaciones que puede generar y no de la mera opinión —siempre interesada— de alguna de las partes al respecto. Entiendo que la referencia que realiza el apartado segundo de la disposición adicional única de la Ley al «juicio de una de las partes» se incorpora con la intención de evitar que el desacuerdo de las partes sobre la citada cuestión (o, lo que es lo mismo, la negativa de una de ellas a someter a arbitraje la controversia) implicase la imposibilidad de llevar a la práctica dicha institución. Es esta, en mi opinión, la interpretación más plausible que se puede hacer del citado precepto, por cuanto si se sometiese a la voluntad exclusiva de una de las partes la consideración de la relevancia respecto al interés público del asunto, sobrarían los criterios sobre la cuantía y la conflictividad del asunto, pudiéndose someter a arbitraje cualquier controversia que decidiera una de las partes, al amparo de su interpretación interesada del concepto jurídico indeterminado que representa el interés público.

En segundo lugar, la Ley 11/2011 también limita el ámbito objetivo de aplicación del arbitraje institucional que regula, estableciendo una serie de materias indisponibles para la técnica arbitral, caracterizadas la mayor parte

de ellas por su carácter irrenunciable. Estas materias, descritas en el apartado sexto de la disposición adicional única del citado cuerpo normativo, son:

- a. Aquellas cuestiones que tengan naturaleza penal, aunque sí podrán someterse a arbitraje las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.
- b. Las cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.
- c. Los conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.
- d. Las cuestiones derivadas de las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la Ley General Presupuestaria de 2003, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en las normas de desarrollo de las mismas.

Por lo que se refiere al órgano arbitral, le corresponderá la realización de las tareas arbitrales a la *Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas*. Dicha Comisión estará presidida por el Ministro de la Presidencia y tendrán la consideración de vocales natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia (apartado tercero de la disposic. adic. única de la Ley 11/2011). Integrarán también la Comisión el Ministro o Ministros de los Departamentos afectados por la controversia, en los términos que se prevean en un futuro desarrollo reglamentario. Asimismo, la secretaría se encarga al Ministerio de Justicia en atención a sus funciones y a la adscripción de los Servicios Jurídicos del Estado.

En cuanto al procedimiento arbitral, se estará a lo previsto en los apartados 4 y 5 de la disposic. adic. única de la Ley 11/2011. De esta forma, una vez que las partes hayan puesto en conocimiento de la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas los detalles de la controversia, dicha Comisión recabará los informes técnicos y jurídicos que estime necesarios para la mejor apreciación de la cuestión debatida, correspondiéndole a la secretaría de la Comisión la elaboración de las propuestas de decisión oportunas. Una vez producido este trámite previo, la Comisión Delegada del Gobierno dictará resolución, cuyas medidas serán vinculantes para las partes y que no podrá ser recurrida ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto (atribuyéndosele, por tanto, efectos de cosa juzgada).

Su carácter de equivalente jurisdiccional y, por ende, de mecanismo heterocompositivo de naturaleza arbitral resulta evidente, y no sólo por los efectos vinculantes y de cosa juzgada que se le reconocen a las resoluciones de la

Comisión, sino también por la propia justificación competencial que establece la disposición final cuarta de la Ley 11/2011. Disposición final que, de modo muy significativo, únicamente hace referencia a «la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución» y no a la relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y al procedimiento administrativo común que se incluyen en el artículo 149.1.18 de nuestra Carta Magna. De tal manera, se está excluyendo expresamente una posible caracterización administrativa del procedimiento de resolución de controversias analizado; confusión que fácilmente podría producirse por la naturaleza administrativa tanto de la institución que ejerce las funciones arbitrales como de las dos partes en conflicto.

V. CONCLUSIONES

Utilizando como soporte fundamental el andamiaje constitucional que ofrecen, entre otros, los artículos 24, 103 y 106 de nuestra Carta Magna, el Ordenamiento jurídico-administrativo ha ido edificando un completo sistema de garantías a través de diversos mecanismos, fórmulas e instituciones de control de la actividad administrativa. Sistema de garantías que presenta, juntamente con los tradicionales instrumentos de autocontrol de la actividad administrativa, en los que el control es ejercido por la propia Administración controlada, un conjunto de medios de control externo que tratan de garantizar el pleno sometimiento de la actuación administrativa al principio de legalidad y al objetivo primordial de la satisfacción del interés general.

De entre dichos mecanismos de control externo destaca, evidentemente, el control de legalidad que sobre la actuación administrativa y la potestad reglamentaria ejercen los Jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo (artículo 106 CE); pero integran también esta categoría, además de los controles especializados que llevan a cabo algunas instituciones dependientes de los respectivos Parlamentos, como el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, una serie de fórmulas alternativas de impugnación y resolución de conflictos que, de forma lenta y ciertamente errática, han hecho acto de aparición en algunos sectores de la actividad administrativa.

Tales mecanismos alternativos ocupan una posición intermedia respecto a las dos categorías de controles mencionadas —control interno y externo. De hecho, se pueden constituir como un mecanismo de control interno cuando sea un órgano de la propia Administración controlada el que haga uso de ellos (lo que he venido a denominar como *arbitraje administrativo*), o bien

un mecanismo de control externo cuando la Ley requiera su utilización por un tercero ajeno a dicha Administración (*arbitraje administrativo impropio*). Curiosamente, esta última fórmula arbitral, a la que me refiero como impropia, se identifica con el régimen prototípico del arbitraje en nuestro Ordenamiento jurídico, esto es, como un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos en los que un tercero, ajeno a las partes e imparcial, resuelve la controversia dictando un laudo inimpugnable en vía judicial. Esta institución, característica del Derecho privado, encuentra, sin embargo, un difícil acomodo en el ámbito *ius-administrativo*. Dificultad motivada, primordialmente, por la mencionada exigencia constitucional del artículo 106.1 de sometimiento a un control pleno de legalidad tanto de la actuación administrativa como de la potestad reglamentaria, recayendo dicho control de legalidad en los Juzgados y Tribunales que conforman el poder judicial.

En este sentido, el *arbitraje administrativo*, cuyo régimen básico se regula en el artículo 107.2 LPAC, supone un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mucho más adecuado al régimen jurídico exigible al sistema de garantías administrativas, aunando algunas de las más visibles ventajas que reportan el uso de la institución arbitral (mayor agilidad, flexibilidad procedimental y celeridad a la hora de alcanzar una solución al conflicto), con la desaparición del principal inconveniente que se le puede reprochar al *arbitraje administrativo impropio* (la imposibilidad de recurso sustantivo frente a la decisión arbitral, lo que, como se ha visto, parece contrariar el mandato constitucional de sometimiento pleno de la actividad administrativa al control de los Tribunales).

No obstante lo anterior, autorizadas voces doctrinales han coincidido en negar la naturaleza arbitral de este mecanismo impugnatorio, calificándolo de arbitraje atípico o impropio, de recurso administrativo especial o, simplemente, de procedimiento especial sustitutivo del recurso administrativo. Se observa en todas ellas una legítima reticencia a abandonar los postulados de la tradicional forma de entender el arbitraje en el Derecho privado, resaltando la imposibilidad de que un verdadero arbitraje resulte obligatorio y no voluntario; que no suponga un mecanismo alternativo al recurso administrativo, sino sustitutivo; o que las decisiones adoptadas por el órgano revisor sean susceptibles de recursos contencioso-administrativos de plena jurisdicción y no de mera anulación.

Pero, como se ha tratado de exponer a lo largo de este estudio, el arbitraje en Derecho administrativo no puede entenderse como un concepto unívoco o bajo la inamovible consideración que marca su caracterización tradicional propia del Derecho privado, por cuanto las características que la configuran no resultan apropiadas para el Derecho administrativo. Debe valorarse, en definitiva, la posibilidad de otorgarle una caracterización propia de *arbitraje*

administrativo que resulte válida y útil para las características y garantías que se exigen en esta rama del Derecho, de forma que este arbitraje administrativo se erija como una solución alternativa fiable al sistema de garantías tradicional que permita alcanzar unas mayores cuotas de eficacia, agilidad y justicia de los procedimientos de impugnación de la actividad administrativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGONÉZ BELTRÁN, E. (1996): «Resolución de recursos en el ámbito tributario local: autocontrol jurídico y vía administrativa previa», en el vol. col. coordinado por Gabriel Elorriaga Pisarik, *Convención y arbitraje en el derecho tributario*, Ministerio de Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 249-256.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1974): *La administración institucional (bases de su régimen jurídico): mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 2ª ed.
- BELANDO GARÍN, B. (2010): «Los recursos administrativos a cargo de las Administraciones reguladoras», en la monografía escrita por V. Escuin Palop y B. Belando Marín, *Los recursos administrativos*, Civitas, Madrid, pp. 415 y ss.
- BERMEJO VERA, J. (1986): «El marco jurídico del deporte en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 110, pp. 7-30.
- (1989): «El conflicto deportivo y la jurisdicción», *Documentación Administrativa*, núm. 220 octubre-diciembre, pp. 179-205.
- (2008): «Arbitraje», en el vol. col. dirigido por J. Bermejo Vera y coordinado por M. A. Bernal Blay, *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, pp. 67-73.
- (2009a): *Derecho administrativo Básico: Parte General (9ª Ed.)*, Civitas, Madrid.
- (2009b): «Administración y Deporte» en el vol. col. dirigido por J. Bermejo Vera *Derecho administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid.
- (2009c): La disciplina deportiva en la jurisdicción contencioso-administrativa, en el vol. col. dirigido por J. L. Carretero Lestón, *El nuevo Derecho deportivo disciplinario*, Ediciones Laborum, Madrid, pp. 223-238.
- BERNAL BLAY (2011): «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en el vol. col. dirigido por José María Gimeno Feliu y coordinado por Miguel Ángel Bernal Blay, *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, pp. 143-208.

- BUSTILLO BOLADO, R. (2010: 329): *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, Navarra (3º Ed.).
- CALVO CORBELLA, J. C. (1993): «La solución de conflictos mediante el arbitraje y la tutela judicial de derechos», en *Derechos fundamentales y libertades públicas*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid.
- CORTADA ESTEVE, M. (1998): «El arbitraje: un medio alternativo en la Justicia Administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 51, pp. 239-270.
- DEL OLMO ALONSO, J. (2004): *Medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho administrativo*, Tesis Doctoral (inédita), Universidad de Alcalá de Henares.
- DELGADO PIQUERAS, F. (1993): «La administrative dispute resolution act de los Estados Unidos», *Revista de administración pública*, núm. 131, pp. 555-586.
- (1995): *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra.
- DÍAZ DELGADO, J. (2003): «Artículo 60. Recursos y arbitraje», en el vol. col. Dirigido por Ricardo García Macho, *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DÍEZ CLAVERO, J. (1998): «El arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 160, pp. 65-70.
- ESCUÍN PALOP, V. (2010): «Los recursos administrativos especiales», en la monografía escrita por V. Escuin Palop y B. Belando Marín, *Los recursos administrativos*, Civitas, Madrid, pp. 415 y ss.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P. Y AROZAMENA LASO, A. (2004): *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial-Fundación Wellington, Madrid.
- GAMERO CASADO, E. (2007): «La revisión de las sanciones por dopaje (art. 29)», en el vol. col. coordinado por A. Millán Garrido, *Comentarios a la Ley orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte*, Bosch, Barcelona, pp. 293 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, M. (2011): *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Navarra.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2001): «La irrupción de las negociaciones en el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitrajes (alerta frente a vías que informan de su posible extensión)», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 286-287, pp. 53 y ss.

- (2003): *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid.
- HUERGO LORA, A. (2000): *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (2004): «La transacción y el arbitraje», en el vol. col. coordinado por M. Carmen Chinchilla Marín, *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas, pp. 247-290.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. (1987): *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid.
- LOPERENA ROTA, D. (2000): *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate.
- LÓPEZ MENUDO, F. (1999): «Arbitraje y Derecho público», *Revista Justicia Administrativa*, núm. 2, pp. 5-21.
- MARESCA CABOT, J. C. (1995): «El arbitraje en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común», *Bulletí núm. 6 Tribunal Arbitral de Barcelona*, pp. 25-36.
- MENDOZA LOSADA, A. I. (2004): «Competencias civiles y administrativas en los conflictos de acceso a redes de telecomunicaciones. En particular, los conflictos de interconexión», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 5, pp. 119 y ss.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1999): «Arbitraje y Derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración», *Revista Galega de Administración Pública*, nº 23, pp. 13-43.
- PAREJO ALFONSO, L. (1991): *Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid.
- (2007a): «Estudio sobre arbitraje», en el vol. col. coordinado por Germán Cisneros Farías, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera, *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho administrativo (vol. I)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 307-331.
- (2007b): «La revisión administrativa de las sanciones por actos en materia de dopaje», en el vol. col. coord. por L. M. Cazorla Prieto y A. Palomar Olmeda, *Comentarios a la Ley antidopaje en el deporte*, Aranzadi, Navarra, pp. 273-306.
- PÉREZ MORENO, A. (1998): «Artículo 77», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 100 monográfico sobre Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pp. 558 y ss.

- (2000): «Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37, pp. 11-38.
 - (2001): «El arbitraje administrativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 43, pp. 295-300.
- POZO, J. (2003): «Arbitraje y contratos públicos», en el vol. col. *Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Madrid, pp. 6649 y ss.
- REAL FERRER (2009): «Aproximación a los nuevos procedimientos para la imposición y revisión de sanciones por dopaje», en el vol. col. dirigido por J. L. Carretero Lestón, *El nuevo Derecho deportivo disciplinario*, Ediciones Laborum, Madrid, pp. 53-63.
- ROCA MARTÍNEZ, J. M. (1992): *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (1987): La intervención administrativa en el proceso de elección de los representantes de los trabajadores en los centros de trabajo, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 10-11.
- ROSA MORENO, J. (1998): *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid.
- (2008): «Definitiva articulación de la fórmula arbitral en el procedimiento sancionador en materia de dopaje», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 23, pp. 225-236.
- SÁENZ CASALS, C (1994): «Administración y arbitraje», *REALA* núm. 264, pp. 709 y ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1991): *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España-Espasa Calpe, Madrid.
- (1993): «Recursos administrativos», en el vol. col. dirigido por J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón, *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, pp. 321-349.
 - (2010): *Derecho administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 5ª Ed.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (2009): *La administración de infraestructuras en el Derecho ferroviario español: el régimen jurídico del ADIF*, Iustel, Madrid.
- TORNOS MAS, J. (1990): «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 122.
- (1995): «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, pp. 149-177.

- (2011): «Los medios alternativos de resolución de conflictos en los que es parte la Administración Pública. Últimas novedades», en el vol. col. dirigido por F. López Menudo Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno, Iustel, Madrid, pp. 1085-1103.
- TRAYTER, J. M. (1997): «El arbitraje del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 143, pp. 75-106.

LA PRIMERA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: EN PARTICULAR, LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA EXTRANJERA POR EL PROFESOR GASCÓN Y MARÍN(*) (**)

NURIA MAGALDI MENDAÑA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL MUNICIPIO COMO SUJETO URBANÍSTICO. INDUSTRIALISMO, URBANISMO Y MUNICIPALIZACIÓN.– II. PLANTEAMIENTO GENERAL: LAS PRIMERAS DISCUSIONES TEÓRICAS SOBRE EL FENÓMENO MUNICIPALIZADOR EN ESPAÑA.– III. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LAS IDEAS DEL MUNICIPAL TRADING INGLÉS: 1. Las críticas inglesas a la municipalización de servicios. 2. La respuesta de GASCÓN Y MARÍN a las críticas inglesas. 3. Otras posiciones doctrinales españolas frente al Municipal Trading inglés: AZCÁRATE y RUIZ GIMÉNEZ.– IV. LA RECEPCIÓN POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE LA (RESTRICTIVA) JURISPRUDENCIA FRANCESA SOBRE LA POSIBILIDAD DE MUNICIPALIZAR SERVICIOS: 1. El principio de la libertad industrial y comercial frente a la municipalización. 2. La doctrina de la especialidad de atribuciones de las personas jurídicas. 3. La falta de responsabilidad legal de los administradores municipales.– V. LA RECEPCIÓN DOCTRINAL ESPAÑOLA DE LA LEGGE SULLA MUNICIPALIZZAZIONE DEI PUBBLICI SERVIZI.– VI. CONSIDERACIONES FINALES.– VII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: A finales del siglo XIX y principios del XX tuvo lugar en varios países de Europa (Alemania, Francia, Inglaterra) una importante discusión jurídica y política acerca de la municipalización de servicios. Esta preocupación doctrinal traía causa de

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 31 de enero de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de febrero de 2012.

(**) El presente trabajo es una reelaboración de una parte del capítulo V de mi Tesis doctoral, defendida el 17 de mayo de 2010 en la Universidad de Barcelona, con el título *El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos: los orígenes de la municipalización de servicios en España*, ante un tribunal formado por los profesores Domenico SORACE, Luis MARTÍN REBOLLO y Manuel REBOLLO PUIG. Agradezco a los miembros del tribunal, y en especial a mi Directora de Tesis, la profesora Elisenda MALARET, los acertados comentarios que han permitido enriquecer el texto original. Además, este trabajo ha sido merecedor del XIV Premio Gascón y Marín de Derecho Público (edición 2010), otorgado por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, a quien quisiera también expresar públicamente mi agradecimiento.

los fenómenos del industrialismo, la urbanización, el éxodo rural y, en definitiva, de lo que se suele denominar el proceso de la «ciudad moderna». Fenómenos que, por la peculiar situación social y económica española, no se daban, aún, en nuestro país. A pesar de esta diferencia de contextos, algunos autores españoles y, muy destacadamente, el profesor José Gascón y Marín, participaron en este debate doctrinal, proponiendo incluso su aplicación práctica en España y la regulación de este fenómeno por parte de los poderes públicos.

Palabras clave: municipalización; servicios públicos; libre competencia; monopolio; José Gascón y Marín; Inglaterra; Francia; Italia.

ABSTRACT: *Between the end of the 19th century and the beginning of the 20th century, a significant discussion took place in many European countries regarding Municipal Trading and the services that should be provided by the local public authorities. This doctrinal concern was the consequence of important phenomena such as industrialism, urbanization and subsequent migrations from the countryside to the cities and, in short, the process called "the modern city". These phenomena, though, had not taken place in Spain yet, due to our particular economic and social situation. In spite of these clearly different contexts, some Spanish authors and, particularly, professor José Gascón y Marín, played an active role in this doctrinal debate, even proposing the real implementation of Municipal Trading in Spain and suggesting its regulation by the public powers.*

Key words: municipal trading; public services; José Gascón y Marín; free competition; monopoly; England; France; Italy.

I. INTRODUCCIÓN: EL MUNICIPIO COMO SUJETO URBANÍSTICO. INDUSTRIALISMO, URBANISMO Y MUNICIPALIZACIÓN

Ha afirmado con gran acierto ZUCCONI que el hecho de que un Municipio intervenga en la tarea de diseñar el futuro de la ciudad es un dato que, actualmente, tendemos a dar por hecho y evidente, pero que, sin embargo, hacia 1870 era algo que no podía darse por descontado (1). En efecto, lo cierto es que el papel central del Municipio se afirmó en las dos últimas décadas del siglo XIX, coincidiendo con el industrialismo, los avances técnicos y científicos y la separación entre agricultura e industria.

La invención de la máquina de vapor por WATT y, sobre todo, su aplicación a la industria produjo una inmediata afluencia de capitales que se invirtieron

(1) G. ZUCCONI, «Il Municipio, nuovo soggetto urbanistico: la svolta di fine Ottocento», en P. DOGLIANI / O. GASPARI (a cura di), *L'Europa dei comuni dalla fine dell'Ottocento al secondo dopoguerra*, Donzelli, Roma, 2003, p. 63.

en la instalación de fábricas, la inmensa mayoría de ellas en las ciudades. Estos centros fabriles de reciente creación atrajeron rápidamente a la población rural, puesto que ofrecían un trabajo permanente —y no estacional— y además mejor remunerado. Por otra parte, los nuevos descubrimientos técnicos y científicos se aplicaron también a la producción agrícola, por lo que esta dejó de emplear a un buen número de trabajadores que, por lo tanto, se vieron forzosamente obligados a emigrar a la ciudad y abandonar el medio rural. Además, la aplicación del vapor a la navegación y al transporte terrestre permitía las comunicaciones rápidas y económicas entre los diversos núcleos poblacionales, intensificando en gran medida la vida que se desarrollaba en los mismos.

Este trasvase de mano de obra del campo a la ciudad generó un importante crecimiento urbano que, a su vez, llevó al deterioro de las condiciones de vida en las ciudades, claramente peores que las de la vida en el campo como resultado de la insuficiente provisión de servicios que devinieron esenciales: agua, luz, alimentos incluso. Los paisajes urbanos dibujados por DICKENS en sus novelas ilustran a la perfección la degeneración de las ciudades en dicho periodo.

A esta situación se respondió, en un primer momento, introduciendo nuevos estándares higiénico-sanitarios, en un marco dominado por los grandes descubrimientos científicos y por los imperativos impuestos por el higienismo. Nació así un sistema de normas y controles que se acompañarán, a su vez, de un progreso en materia de obras públicas, puesto que las modificaciones en la estructura urbana hacían imprescindibles un conjunto de infraestructuras relacionadas con la que se denominó la «ciudad moderna» (2). El higienismo fue, de hecho, uno de los pocos catalizadores con los que en el mundo liberal decimonónico se pudo contar, inicialmente, para ordenar la vida en las ciudades, con el concreto fin de evitar las plagas y las pestes que amenazaban las insalubres ciudades (3).

(2) L. JELLINGHAUS, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur. Zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19 Jahrhunderts, Recht in der Industriellen Revolution*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2006, pp. 25 y 26 y 64-76; G. ZUCCONI, «Il Municipio, nuovo soggetto urbanistico...», *cit.*, p. 64; E. JANER I DURAN, «Las grandes ciudades», *REVL*, 1946, núm. 25, p. 6; A. POSADA, «La ciudad moderna» [Discurso leído por POSADA en el acto de su ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 13 de junio de 1915], en A. POSADA, *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, pp. 348-352; N. MURATTI, *Municipalización de los servicios públicos. Estudio económico, financiero, político, jurídico y social*, Librería jurídica, Buenos aires, 1928, p. 14.

(3) A. CARRO MARTÍNEZ, «La Revolución urbana», *REVL* 1969, núm. 163, p. 361. El proceso de degradación de las ciudades en este periodo y cómo en el mismo germen de la degradación se hallaron los mecanismos de reacción, mediante el higienismo y las intervenciones de salud pública, lo detalla con maestría el sociólogo, historiador y urbanista estadounidense Lewis MUMFORD

El progresivo incremento de la población, sobre todo en los centros industriales, y el consiguiente aumento de las necesidades sociales derivó en una creciente presión a los poderes públicos para que se hicieran cargo de las mismas, interviniendo para asegurarlas y satisfacerlas, puesto que se habían convertido en auténticas necesidades primarias: abastecimiento de agua, luz, gas, transporte urbano, no solo por exigencias de carácter social sino también como requisito para un mayor desarrollo de la vida industrial y urbana. Es a raíz de estos procesos cuando el Municipio empezará a ampliar sus deberes y su propia esfera de acción.

A partir de un determinado momento, por lo tanto, se produjo un cambio significativo que ha sido calificado, después, como revolución urbana o urbanística: hasta la segunda mitad del siglo XIX, el urbanismo era poco más que un problema formal, más estético que vital. Con las transformaciones descritas en párrafos precedentes, la cuestión del urbanismo pasó a ser un problema sociológico, y el urbanista dejó de estudiar primordialmente la buena presencia y disposición de las calles para estudiar la nueva realidad social de la ciudad (4).

En un primer momento, la mayoría de los servicios que fueron catalogados como típicamente urbanos venían siendo prestados por empresarios privados mediante el instrumento de la concesión (de obra pública o de dominio). A esta opción no fueron ajenos los principios liberales que habían triunfado en la Revolución Francesa y que postulaban la no intervención pública en la actividad económica —que se identificaba con la actividad privada—, considerando que era preciso dejar actuar libremente a las fuerzas del mercado, puesto que en un mercado de perfecta competencia se lograría un equilibrio socialmente deseable. Según estos postulados, las actividades y servicios de

en su obra, clásica en la materia, *The city in history*, Penguin in association with Secker and Warburg, Harmondsworth, 1966, pp. 508-548. Sobre el desarrollo de la policía sanitaria, extensamente, L. JELLINGHAUS, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur...*, op. cit., pp. 55-64 y, entre nosotros, el ya clásico trabajo de R. MARTÍN MATEO, «La ordenación pública del sector salud», *RAP* 1984, núm. 84, pp. 371-374.

(4) A. CARRO MARTÍNEZ, «La Revolución urbana», cit., pp. 354-359, 365 y 366. Este autor pone de relieve que el racionalismo filosófico y el liberalismo ideológico que triunfaron con la Revolución Francesa redujeron al mínimo las posibilidades de actuación de los poderes públicos, de modo que durante un largo periodo de tiempo, la única posibilidad de incidir sobre la ciudad era la que provenía de la libre iniciativa de la autonomía individual. Este individualismo, unido al dogma liberal y burgués de la propiedad, produjeron —siguiendo a MURDOCH— «un siglo de construcción equivocada, de deformación, de disociación (...)», un crecimiento, en definitiva, desordenado y caótico, que la Revolución Industrial agravó considerablemente. Cfr. también A. POSADA, «La ciudad moderna», cit., pp. 340 y 341 y J. BUSQUETS, *Barcelona: la construcción urbanística de una ciudad compacta*, ediciones del Serbal, Barcelona, 2004, *passim*, poniendo especial énfasis en la figura de nuestro principal higienista, I. CERDÀ.

carácter económico e industrial se identificaban con la esfera de actuación de los particulares, por lo que debían confiarse a la empresa privada (5).

Esta concepción propia del Estado liberal no debe interpretarse en el sentido de ausencia de intervencionismo por parte de los poderes públicos (es bien sabido que, en la práctica, en ninguna época el Estado se ha limitado a una mera y estricta función de vigilancia), pero sí vedaba con carácter general la intervención pública directa en la prestación de servicios y actividades comerciales e industriales.

En cualquier caso, la figura del empresario privado que realizaba y gestionaba obras e infraestructuras públicas mediante concesión sirvió para mantener, cuando menos formalmente, la estricta separación entre lo público y lo privado. Al mismo tiempo permitió hacer frente a las primeras manifestaciones de la crisis del liberalismo decimonónico, que empezaba a exigir la ampliación de la prestación de ciertos servicios y abastecimientos al conjunto de la creciente población urbana.

Sin embargo, pronto empezaron a surgir problemas entre los concesionarios y los Municipios: aquellos solían atrincherarse en las cláusulas de los contratos y el capitulado, oponiéndose a la extensión de las obras y servicios si no había beneficio económico, siendo esto especialmente grave ya que el aumento de la población incrementaba, consiguientemente, las necesidades que debían ser satisfechas. Además, muchos de estos concesionarios, cuando llegaba una fecha cercana a la de la caducidad de la concesión, abandonaban el cuidado de la misma y sus instalaciones, de modo que el futuro concesionario se veía obligado a una renovación casi total del material. Los múltiples pleitos y contiendas judiciales que se dirimieron durante estos años en la mayoría de los países europeos pusieron de relieve la magnitud de este problema.

Frente a esta realidad innegable, y debido también al descontento de buena parte de la opinión pública, las Administraciones municipales se vieron inducidas a asumir como propios determinados servicios y abastecimientos, y a prestarlos directamente con sus propios medios. En este sentido, de algún modo las exigencias de la vida moderna pusieron de relieve, de forma cada vez más evidente, la incapacidad de las empresas privadas para poder satisfacer las necesidades colectivas esenciales que se vinculaban a esa vida social moderna, dada la distinta forma de actuar y los diversos fines que perseguían la gestión privada y la gestión pública (6).

(5) O. GIACCI, «La municipalizzazione», *Amministrazione civile*, 1961, p. 299. Para el caso alemán, L. JELLINGHAUS, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur...*, cit., pp. 215-218.

(6) O. GIACCI, «La municipalizzazione», cit., p. 302; G. BOZZI, «Municipalizzazione dei pubblici servizi», *Enciclopedia del diritto XXVII*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 364; L. JELLINGHAUS, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur...*, cit., pp. 219 y 220.

La intervención pública intentó, primero, corregir las disfunciones de la gestión privada mediante el establecimiento de condiciones en las concesiones (tarifas, limitación de los beneficios, estándares de calidad de la prestación, etc.). Sin embargo, la mayoría de los problemas persistieron, lo que acabó llevando a una reacción contra el sistema entonces imperante, postulándose definitivamente —por la opinión pública, la doctrina y la misma legislación y Administración— el ejercicio directo, por parte de los Municipios, de ciertos servicios o actividades.

Este proceso someramente descrito en las páginas anteriores responde, a grandes rasgos, a lo que se suele denominar tránsito del Estado liberal decimonónico al Estado social de derecho y prestador de servicios, identificado en sentido amplio con el Estado de Bienestar keynesiano, consolidado después de la Segunda guerra mundial (7). Uno de los elementos más innovadores que presentaba este proceso era el hecho de que se moviera más allá de los tradicionales canales de asistencia y beneficencia, puesto que estaba referido, en buena medida, al conjunto de la colectividad indistintamente, esto es, sin ninguna referencia al criterio de la necesidad económica de los destinatarios. Como magistralmente teorizara FORSTHOFF, muchos de los nuevos servicios de la «ciudad moderna» derivaban simplemente de la pérdida de autonomía del individuo que, pobre o rico, no podía proveerse a sí mismo de agua, luz o gas, sino que dependía de los poderes públicos para abastecerse (8).

Por todo ello es preciso poner de relieve que, más allá de explicaciones voluntaristas amparadas en posiciones doctrinales, la intensificación de las funciones de las Administraciones públicas fue un proceso irresistible planteado por exigencias de la misma realidad social y por las profundas transformaciones

(7) Las características del Estado liberal del siglo XIX y su evolución hacia un Estado social y prestador de servicios han sido narradas en numerosas ocasiones y desde diversas disciplinas. De entre ellas destacamos J. GASCÓN HERNÁNDEZ, «Los fines de la Administración», *RAP* 1953, núm. 11, pp. 33-44; A. CARRO MARTÍNEZ, «La Revolución urbana», *cit.*, pp. 353-381; L. MANNORI/ B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 400-427; L. CACHÓN, «Estado de Bienestar y capitalismo avanzado» en J. BENEDICTO/ M. L. MORÁN (eds.), *Sociedad y Política. Temas de sociología política*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1995, pp. 195-223; J. I. RINCÓN CÓRDOBA, *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, 2 edición, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 65-84. Una obra ya clásica entre nosotros es la de M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Universal, Madrid, 1977.

(8) E. FORSTHOFF, «Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung», en E. FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959 (el artículo citado fue editado por primera vez en 1938), pp. 22-34. Véanse mis consideraciones al respecto en N. MAGALDI, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*, Universidad del Externado, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho núm. 48, Bogotá, 2007, pp. 70-75.

que esta experimentó durante la segunda mitad del siglo XIX (9). Así, los poderes públicos abandonarán paulatinamente su posición abstencionista, desde la que asumían sustancialmente funciones de asistencia y defensa pública a favor de los particulares, para asumir servicios y ejercer actividades económicas hasta entonces típicamente privadas. Se hablará, entonces, del *Municipio-empresa* o del *Estado-prestador*.

Como se ha dicho ya, este proceso se manifestará tempranamente en los Municipios, que habían experimentado profundas transformaciones a lo largo del siglo XIX (10), y recibirá, desde un primer momento, diversas denominaciones: *socialismo municipal* (término muy utilizado por los teóricos franceses), *industrialismo* o *comercialismo municipal* —el *municipal trading* típicamente inglés (11)—, *municipal engineering* o *municipal ownership*, conociéndose

(9) J. GASCÓN HERNÁNDEZ, «Los fines de la Administración», *cit.*, pp. 36 y 37; A. POSADA, «Reflexiones sobre el Gobierno de la ciudad» (prólogo realizado en 1914 al libro *El Gobierno de la ciudad*, del profesor americano ROWE) en A. POSADA, *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, p. 312; E. IBÁÑEZ PAPELL, *Servicios públicos municipales: organización y aspectos económicos, con un estudio de la municipalización del abastecimiento de leche*, Bayer Hnos. y Comp., Barcelona, 1940, p. 21; L. M. MORENO PÁEZ, «Notas para un estudio sobre la municipalización de servicios públicos», *REVL* 1958, núm. 98, pp. 212, 213 y 223; G. PISCHEL, *La municipalizzazione in Italia: ieri, oggi, domani*, Confederazione della municipalizzazione, Roma, 1965, pp. 19 y 20; P. DOGLIANI / O. GASPARI, «Origini e sviluppo del movimento comunale europeo nel Novecento», en P. DOGLIANI / O. GASPARI (a cura di), *L'Europa dei comuni dalla fine dell'Ottocento al secondo dopoguerra*, Donzelli, Roma, 2003, pp. 8-12; L. JORDANA DE POZAS, «El problema de los fines de la actividad administrativa», *RAP* 1951, núm. 4, pp. 11-28, pp. 15 y 16, quien destacaba que «la indudable extensión del actuar administrativo tuvo efecto bajo gobiernos constituidos tanto por partidos liberales, el credo de los cuales seguía siendo el no intervencionismo, como por partidos conservadores, que solamente accedían a la intervención en cuanto defensa de la sociedad contra el peligro revolucionario». Otra cosa es, desde luego, el nada desdeñable papel que el movimiento obrero jugó en este proceso, al ser uno de los factores que impulsaron al Municipio a ejercer un papel nuevo, condicionando de este modo su desarrollo, en buena medida porque el Municipio era el primer organismo al cual se dirigían los oprimidos buscando la satisfacción de sus carencias y necesidades.

(10) El carácter del Municipio como «campo privilegiado de experimentación y ensayo» lo resaltaba ya A. POSADA, «Idea y problemas de una política municipal», en A. POSADA, *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, pp. 216-220. En el mismo sentido C. CARRASCO CANALS, «El Municipio en la Administración española del siglo XIX», *REVL* 1972, núm. 173, p. 71, señalando que «la vida municipal es el catalizador de la problemática administrativa», y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP* 1955, núm. 17, pp. 88 y 90, quien destacaba la «mayor sensibilidad del Municipio para expresar en su estructura los cambios sociales y políticos». Recientemente también E. MALARET, «Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?», *REALA* 2003, núm. 291, pp. 582 y 606.

(11) Sobre ello véase mi trabajo Nuria MAGALDI, «Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés (*Municipal trading*) y la Sociedad Fabiana», *REALA* 2010, núm. 313-314, pp. 13-56.

muy generalmente con el de *municipalización de servicios públicos* o el más abreviado de *municipalismo* (12).

El presente trabajo aspira a ser una modesta aportación al estudio jurídico de dicho fenómeno, centrando su atención en aquellos primeros juristas españoles que, entre finales del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX, recogieron novedosas y arriesgadas ideas procedentes de otros ordenamientos, y propusieron su implantación en una España aún rural y apenas industrializada. Más allá de la discusión sobre la posible (in)efectividad de la aplicación práctica de sus planteamientos, destacaron por ser los primeros teóricos nacionales de lo que habría de convertirse, con el tiempo, en el fundamento jurídico del servicio público local.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL: LAS PRIMERAS DISCUSIONES TEÓRICAS SOBRE EL FENÓMENO MUNICIPALIZADOR EN ESPAÑA

«Sin duda, el movimiento hacia la acción administrativa directa, hacia la gestión por el Municipio de los grandes servicios, tiende a extenderse incesantemente. La consideración del carácter de verdaderos monopolios de algunos servicios municipales; la enorme ganancia que estos producen, gracias a la explotación de las necesidades generales de la comunidad; y utilizando las ventajas y privilegios de un monopolio real; la posibilidad de resolver a veces una situación financiera difícil, mediante la explotación o gestión directa de servicios, como el alumbrado o el transporte; la idea, cada día mejor comprendida, según la cual se estima que el Municipio no puede permanecer indiferente ante las consecuencias sociales que para la comunidad tiene la orientación adecuada del servicio público. Todo esto contribuye a plantear el problema

(12) Con carácter general, la doctrina española de la época (y la posterior) optó por el término genérico (de origen italiano: *municipalizzazione*) de municipalización de servicios, al considerar que no prejuzgaba la discutida naturaleza del fenómeno observado, como sí hacían, por el contrario, las denominaciones de socialismo municipal —con claras connotaciones ideológicas próximas al ideario socialista— o la de *Municipal Trading* —que se centraba excesivamente en el elemento industrial y comercial—. Cfr. J. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Madrid, 1936, pp. 174-176 (con anterioridad plasmó las mismas ideas en su primera monografía sobre la materia, *Municipalización de servicios públicos*, Madrid, 1904); J. GARCÍA LABELLA, *Nociones de Derecho político y legislación administrativa*, Editorial Reus, Madrid, 1935, p. 547; L. M. MORENO PÁEZ, «Notas para un estudio sobre la municipalización...», *cit.*, p. 219; N. FLAQUER ROSELL, *Síntesis evolutiva monográfica de la municipalización y provincialización de servicios*, Imprenta Bayer Hnos., Barcelona, 1957, pp. 64-66; E. IBÁÑEZ PAPELL, *Servicios públicos municipales...*, *cit.*, pp. 6 y 7; A. MEMBIELA GUITIÁN, *La municipalización de servicios públicos. Especialmente referida al abastecimiento de agua de las poblaciones*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, pp. 33 y 34; J. VALLÉS I PUJALS, *Qüestions municipals*, publicació de la joventut nacionalista, Imprempta moderna de Guinart y Pujolar, Barcelona, 1909, p. 13.

de la transformación de la ciudad, en virtud de la gestión directa de los grandes intereses colectivos que integran la vida municipal, y a suscitar corrientes favorables a la expansión de las actividades netamente municipales» (13).

En estos términos se expresaba el profesor Adolfo POSADA (14) en 1913, poniendo de relieve la importancia que concedía al tema de la municipalización de servicios y a la gestión por el Municipio de servicios esenciales, situando además dicha cuestión específica en un marco más amplio, el de las transformaciones de la ciudad como consecuencia del progreso industrial, un aspecto que constituye, sin duda, una de sus principales preocupaciones y del que representa, en nuestro país, un autor de referencia. Y es que, para POSADA, la municipalización se vinculaba irremediabilmente con la concepción moderna del Municipio, esto es, con el Municipio concebido «como una intensa comunidad de vida local, llamada a satisfacer, como tal comunidad, las necesidades generales de sus miembros, mediante la adecuada organi-

(13) A. POSADA, «Reflexiones sobre el Gobierno de la ciudad», *cit.*, pp. 312 y 313. Este trabajo fue publicado por primera vez en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Tomo XXXVII, 1913, pp. 371-379 y sustancialmente constituía el Prólogo a la traducción española —realizada por Lucila GONZÁLEZ POSADA— de la obra de L. S. ROWE titulada *El gobierno de la ciudad* y publicada en Madrid en 1914. POSADA estudió detalladamente la experiencia norteamericana en materia de gobierno municipal, resaltando la urgencia de una reforma municipal en Europa, en un contexto en el que el renacimiento urbano resultó dañado y dificultado por la primera guerra mundial. Fue también un buen conocedor de ROWE y el principal difusor en España de su obra.

(14) Nacido en 1860 en una familia de la pequeña burguesía comercial ovetense, su trayectoria intelectual y política fue dilatada y fructífera hasta su muerte en 1944. Vinculado al regeneracionismo y al krausismo (discípulo de GINER DE LOS RÍOS), frecuentó los cursos de la Institución Libre de Enseñanza (luego los impartiría, llegando a ser Vicerrector de Estudios), así como la Biblioteca del Ateneo madrileño y diversas tertulias en varios cafés, junto a figuras como Leopoldo ALAS. Catedrático de Derecho Político y Administrativo en Oviedo desde 1883, posteriormente obtendría la cátedra de Derecho Municipal Comparado en la Universidad Central de Madrid (1910), impulsando decisivamente el estudio del Derecho municipal en nuestro país. Fue también fundador de la «Escuela de Estudios Jurídicos y Sociales» (1895), y de la «Extensión Universitaria» para difundir la cultura entre la clase obrera. Al margen de su vida universitaria, fue senador por Oviedo entre 1921 y 1922, y trabajó en el recién creado Instituto de Reformas Sociales, dirigido por Gumersindo de AZCÁRATE, por lo que puede decirse que el origen del moderno Derecho laboral en nuestro país también está estrechamente asociado a su figura. Cfr. J. VARELA, «Estudio introductorio» a A. POSADA, *La nouvelle Constitution espagnole* (con prólogo de J. BARTHÉLEMY y B. MIRKINE-GUETZEVITCH, París, 1932), traducción española de Antonio BUENO ARMIJO, INAP, Madrid, 2008, pp. VIII-XV, J. L. MONEREO PÉREZ, *La reforma social en España: Adolfo POSADA*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 31-43, y F. SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República. Los iuspublicistas*, Marcial Pons-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 79-109. Asimismo, son imprescindibles los trabajos del propio POSADA, *Fragments de mis memorias*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983, y de F. LAPORTA, *Adolfo POSADA. Política y Sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1974. La influencia extranjera en la obra de POSADA la pone de relieve A. NIETO, «Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho administrativo», en *Anales de la Universidad de la Laguna*, vol. III, 1965-1966, pp. 64 y 65.

zación del esfuerzo colectivo en un sistema de servicios públicos a cargo de representantes, agentes o gestores directos de la comunidad misma» (15). De este modo puede afirmarse que POSADA afrontó el estudio la municipalización de servicios en la España de principios de siglo desde la perspectiva de un problema social y político, sirviendo de guía a toda una generación posterior de estudiosos en cuestiones municipales y urbanas (16).

Lo cierto es que, a lo largo de las dos primeras décadas del siglo XIX, fueron varias las demostraciones, entre un sector de la doctrina española, de la creciente preocupación por la municipalización de servicios, por su relevancia como problema político y jurídico en el mundo local, y por la necesidad de una regulación al respecto.

Figura de ineludible cita es, sin lugar a dudas, la del profesor José GASCÓN Y MARÍN (17), autor de dos importantes monografías sobre el tema (1904 y 1919), además de artículos y ponencias varias sobre este y otros temas de índole municipal. Destaca, por ejemplo, el curso libre que impartió, en la Universidad de Sevilla, sobre la «Municipalización de servicios», señalando expresamente que su opción por dicho argumento se basaba en

(15) A. POSADA, «Municipalización de servicios», en A. POSADA, *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, p. 271. Este trabajo fue originariamente publicado en la *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXIII, F. Seix Editor, Barcelona, pp. 118-126.

(16) J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «Il movimento di riforma municipale in Spagna e i rapporti con le reti intermunicipali europee (1900-36)», en P. DOGLIANI/ O. GASPARI, (a cura di), *L'Europa dei comuni dalla fine dell'Ottocento al secondo dopoguerra*, Donzelli, Roma, 2003, p. 130. En este mismo sentido, VARELA ha señalado que en POSADA resultó muy marcada la influencia del positivismo sociológico, base científica de la entonces naciente Sociología, de la que POSADA fue, en España, uno de los primeros cultivadores. Cfr. J. VARELA, «Estudio introductorio», *cit.*, p. X y también I. GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000)*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 284 y 285, quien destacaba de este autor el «claro predominio del Derecho político y las Ciencias sociales sobre el Derecho administrativo».

(17) Nacido en Zaragoza en 1875, en el seno de una familia de clase media, se incorporó tempranamente al movimiento de regeneración nacional, encuadrándose en el partido liberal. Fue elegido Diputado a Cortes en 1916, y continuó siéndolo varias veces hasta el golpe de Estado de 1923, participando en las discusiones parlamentarias de forma activa, formando también parte de numerosas comisiones y ponencias. Además, ocupó la Cartera de Instrucción Pública en el último Gobierno de la Monarquía, desde febrero a abril de 1936. Cfr. L. JORDANA DE POZAS, «El profesor GASCÓN Y MARÍN y su obra», *REVL* 1962, núm. 125, pp. 641-643. Más recientemente sobre la vida y obra del profesor GASCÓN Y MARÍN, cfr. F. SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República...*, *cit.*, pp. 198-207 y F. LÓPEZ MENUDO, «GASCÓN Y MARÍN, José», en AA. VV., *Diccionario de ateneístas de Sevilla*, Ateneo de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 134-139. La influencia extranjera en la obra de GASCÓN Y MARÍN la destacaba A. NIETO, «Influencias extranjeras en la evolución...», *cit.*, p. 67. Una lista completa de sus publicaciones se puede encontrar en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de la Vida local, Madrid, 1952, pp. 7-12.

la consideración de que era «uno de los problemas actuales de la Administración pública, particularmente de la Administración local», así como por haberse aprobado recientemente en Italia la primera ley sobre municipalización de servicios públicos (18). Asimismo, en la contestación a los temas de Derecho Administrativo para los exámenes de aspirantes a Secretarios de Ayuntamiento (19) que él mismo elaboró incluyó un tema independiente para la municipalización de servicios, y en el programa de la asignatura de Derecho Administrativo que impartía en su cátedra de la Universidad central de Madrid dedicaba un tema entero del programa (dentro del bloque relativo a la Administración local) a la municipalización de servicios (20). Todo lo cual pone de relieve, sin duda, la importancia que, en su opinión, debía concederse a dicha materia.

GASCÓN y MARÍN fue una de las figuras jurídicas más relevantes de este periodo, mostrando un especial interés hacia la Administración local, tema predilecto en sus estudios, influyendo notablemente en la evolución posterior del Derecho español en la materia. Destaca especialmente, como habremos de comprobar en las siguientes páginas, el hecho de que sus enseñanzas, publicaciones y actividad en materia de régimen local fueron «más realistas que especulativas», reflejando las doctrinas y leyes de su tiempo, tanto en España como en el extranjero (21). Así fue, desde luego, con el problema de la municipalización de servicios (22), en el que centraremos nuestra atención en el presente trabajo.

(18) J. GASCÓN Y MARÍN, *Municipalización de servicios públicos*, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1904, pp. 5-8.

(19) J. GASCÓN Y MARÍN, «Nociones de Derecho Administrativo y legislación provincial y municipal», en VILLA/GASCÓN/PINTEÑO, *Contestación a los temas de esta materia para los exámenes de aspirantes a Secretarios de Ayuntamientos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.

(20) J. GASCÓN Y MARÍN, *Guía para el estudio del Derecho administrativo y programa de dicha asignatura en la cátedra de la universidad central*, cuarta edición, revisada y aumentada, Madrid, 1926. En particular, se trataba del tema 52, cuyos epígrafes rezaban del siguiente modo: «52. Municipalización de servicios públicos. Importancia del problema. Examen doctrinal del mismo. De la municipalización de servicios en el extranjero. La municipalización de servicios en España; administración directa y concesión; derecho vigente».

(21) L. JORDANA DE POZAS, «El profesor GASCÓN Y MARÍN...», *cit.*, p. 657.

(22) Como señalaba JORDANA DE POZAS, «GASCÓN empezó por estudiar la bibliografía inglesa y las informaciones parlamentarias sobre el tema llevadas a cabo en 1900 y en 1903 (...); analizó los libros y artículos franceses sobre la cuestión y consideró atentamente la realidad y la doctrina italiana, que había promovido la Ley de 1903. Unido todo ello a su directo conocimiento y experiencia de la legislación española y sus precedentes, pudo formar criterio y elaborar la doctrina que expuso en su primer libro y que completó con el segundo sobre los aspectos jurídicos y la posibilidad legal de municipalizar servicios en nuestro país. La solidez de sus bases y la prudencia y equilibrio de sus conclusiones inspiraron el rumbo ulterior de la cuestión y los preceptos posteriores». Cfr. L. JORDANA DE POZAS, «El profesor GASCÓN Y MARÍN...», *cit.*, p. 663.

Por otra parte, un síntoma evidente del interés suscitado entre nuestra doctrina por la municipalización de servicios son las diversas traducciones al castellano de algunas obras extranjeras en la materia; especialmente las de AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos* (traducción de la tercera edición inglesa a cargo de J. PÉREZ HERVÁS, Barcelona, 1912), MONTEMARTINI, *Municipalización de los servicios públicos* (1909), o ROWE, *El gobierno de la ciudad y sus problemas* (traducción al castellano de Lucila POSADA, 1914). Las traducciones de las obras extranjeras de referencia en la materia demuestran el interés y la curiosidad de nuestros estudiosos por analizar las experiencias de otros países y las soluciones ofrecidas por el derecho comparado, con el objetivo, en su caso, de importarlas, adaptándolas, a nuestro país (23).

Así por ejemplo, en la traducción realizada por J. ROSICH a un discurso de EVAÏN —uno de los más importantes cargos municipales del distrito del Sena de París— sobre socialismo municipal, se afirmaba, a modo de justificación sobre la necesidad y el interés entonces existente en la traducción y publicación del trabajo, que «es materia de actualidad la municipalización de servicios industriales y de comercio...» (24).

Además, la existencia de tesis doctorales sobre esta materia evidencia también el interés teórico y doctrinal despertado por la misma. Así, cabe destacar *El Ayuntamiento de Palma y la municipalización de servicios*, tesis defendida por J. ENSEÑAT ALEMANY en 1920 en la Universidad de Barcelona ante un tribunal formado, entre otros, por los profesores Adolfo POSADA y José GASCÓN Y MARÍN; el trabajo titulado *Municipalización Comparada*, cuyo autor, M. PEDREGAL Y FERNÁNDEZ, la defendió en 1925 ante un tribunal compuesto por los profesores UREÑA, GASCÓN Y MARÍN, PÉREZ SERRANO, POSADA y RIVERA PASTOR y, finalmente, la tesis *Estudio de la municipalización de los servicios públicos* (1932), elaborada por V. JIMENO BARBERIA y dirigida por POSADA, siendo esta última, no obstante, la de menor calidad de las tres mencionadas (por la escasa aportación propia del trabajo, consistente más bien en la mera reiteración de trabajos clásicos y, especialmente, del de GASCÓN Y MARÍN de 1919).

Por otra parte, aunque en un marco más amplio, también es preciso considerar la presencia española en congresos internacionales sobre municipa-

(23) El interés por las soluciones del Derecho comparado lo explicita ELORRIETA Y ARTAZA en un trabajo sobre la municipalización inglesa, en el que justifica la elección de su tema en el hecho de que, a pesar de que las condiciones de la vida municipal inglesa y española son muy diferentes, «cada día son más grandes los lazo de unión y semejanza que hay entre todas las grandes ciudades europeas...». Cfr. T. ELORRIETA Y ARTAZA, *Conferencia de 13 de marzo de 1919: la municipalización de servicios en el Condado de Londres*, Imprenta Municipal, Madrid, 1919, p. 4.

(24) M. EVAÏN, *El socialismo municipal*, Imprenta de Eugenio Subirana, Barcelona, 1912, p. 5.

lismo, así como la participación en asociaciones municipales internacionales. En relación con esto último, debe tenerse en cuenta que España se adhirió al movimiento municipal europeo con cierto retraso respecto de los países de nuestro entorno —formó oficialmente parte de la *Union Internationale des Villes* en 1913—, lo que podría llevar a pensar que su papel en dicho movimiento fue secundario o, incluso, inexistente. Sin embargo, se ha señalado la notable intensidad —si bien breve temporalmente hablando— con que los Municipios españoles contribuyeron al movimiento municipal europeo, así como los vínculos entre el desarrollo del movimiento en su conjunto, la reforma del gobierno local y el nacimiento de asociaciones intermunicipales en España (25).

Respecto de la presencia española en congresos internacionales, el número de participantes españoles en el Congreso de las Ciencias Administrativas de Bruselas en 1910 fue relativamente grande, y entre ellos figuró GASCÓN Y MARÍN, precisamente con una ponencia sobre la municipalización de servicios públicos en la legislación española (26). También estuvo presente España en el Congreso de Gante en 1913 y también de forma amplia, aunque entonces no presentó ninguna ponencia; en cambio, la participación española en el Congreso de Ámsterdam de 1924 fue notablemente más reducida. Ello es explicable, sin duda, por la crítica situación social y política del país, que impidió el mantenimiento de regulares vinculaciones internacionales (27).

También es preciso destacar, como una de las etapas más importantes en la construcción del municipalismo español, la organización de congresos nacionales. Así, en 1909 se organizó en Barcelona el Primer Congreso Municipal nacional, constituyendo un foro en el que los expertos municipalistas se reunieron para discutir aspectos de administración municipal, como las relaciones entre el gobierno central y las administraciones locales, las políticas sociales y culturales municipales, la urbanización, la higiene, las obras públicas, las finanzas locales o los servicios municipales (28). Además, numerosos académicos,

(25) J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «Il movimento di reforma municipale in Spagna...», *cit.*, p. 123.

(26) J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «Il movimento di reforma municipale in Spagna...», *cit.*, p. 124, quien señala que «la obra de este autor sobre municipalización lo erigió en uno de los principales artífices del movimiento municipal europeo».

(27) En este sentido, son clarificadoras las palabras de Emile VINCK en su informe como director de la *Union Internationale des Villes* señalando que «*le moment semble peu favorable actuellement pour obtenir des villes espagnoles et des grandes institutions d'intérêt municipal, qu'elles fixent leur attention sur des questions comme celles qui font l'objet de ce congrès (...)*». Cfr. J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «Il movimento di reforma municipale in Spagna...», *cit.*, pp. 142 y 143 y nota a pie. La situación fue distinta en el Congreso de París (1925), donde la representación española volvió a ser considerable, formada sustancialmente por representantes del Gobierno y responsables de administraciones locales (JORDANA DE POZAS, CALVO SOTELO, GIL ROBLES), aunque también acudieron representantes y técnicos municipales de ciudades como Barcelona, San Sebastián, Madrid o Valencia.

(28) J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «Il movimento di reforma municipale in Spagna...», *cit.*, p. 129.

políticos y administradores —en su mayoría secretarios municipales— se unieron en diversos proyectos para la difusión de una ciencia municipal moderna; tales actividades acabaron adquiriendo forma de publicaciones periódicas, conferencias, congresos de expertos, o cursos de formación. Óptimos ejemplos de tales actividades fueron la madrileña *Revista de Cuestiones Municipales*, que entre 1909 y 1919 reunió trabajos de administradores y expertos en materia de reforma y régimen local (29), la Escuela para Funcionarios Municipales que se instauró en Barcelona en 1915 —al amparo de la acción municipal promovida por la Mancomunitat catalana— y que organizó, entre 1915 y 1923, las denominadas *Setmanes Municipals* (activísimo foro de discusión) o las múltiples conferencias pronunciadas en instituciones cívicas locales, como el *Ateneu Barcelonès* (30).

Finalmente, y para acabar este repaso general a la primera doctrina municipalizadora en España, es preciso señalar que la municipalización de servicios también fue objeto de estudio desde perspectivas no estrictamente jurídicas (31). En efecto, se ha podido constatar cómo la municipalización fue en esta primera época un tema que se discutía, también, en círculos políticos, entroncando con ideologías socialistas y colectivistas. Así por ejemplo merece una especial mención la recopilación de conferencias (*Qüestions municipals*) de quien fuera Presidente de la Diputación de Barcelona, J. VALLÈS I PUJALS, a pesar de tratarse de un conjunto de escritos de escaso nivel científico y carácter más bien panfletario (32).

(29) J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «El movimiento di reforma municipale in Spagna...», *cit.*, pp. 128 y 129.

(30) J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «El movimiento di reforma municipale in Spagna...», *cit.*, p. 137. El primer director de la escuela fue CULÍ VERDAGUER, estudiante de POSADA en Madrid y municipalista activo. Por otra parte, junto a la escuela de funcionarios se instauró, también, una oficina de orientación municipal para proporcionar apoyo técnico y administrativo a los funcionarios de pequeños Municipios.

(31) Incluso —lo cual es sin lugar a dudas sorprendente— parece que llegó a ser tema propuesto en concursos literarios. En efecto, constatamos con asombro en la introducción de la brevísima —y ciertamente poco jurídica— monografía de A. ÁVALOS PRESA, *Municipalización de servicios públicos (Tema VI: Estudio sobre la municipalización de los servicios públicos en Jaén, especialmente del pan y de la carne)* Jaén, 1916, que dicho trabajo fue ganador de un concurso literario que llevaba por título *Estudio sobre la municipalización de los servicios públicos en Jaén, especialmente del pan y de la carne* (!!).

(32) Ello se confirma, por ejemplo, con la lectura de la tercera de las conferencias recopiladas, en la que se atribuye el origen de la Sociedad Fabiana a un tal Fabiani (sic!). Cfr. J. VALLÈS I PUJALS, *Qüestions municipals*, publicació de la joventut nacionalista, Imprempta moderna de Guinart y Pujolar, Barcelona, 1909. 3. La municipalisació de serveis (pp. 24-40). Conferencia dada en la «Lliga Regionalista», 7 marzo 1908. Sobre los orígenes de la *Fabian Society* me remito a mi trabajo Nuria MAGALDI «Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés...», *cit.*, pp. 33-47.

También algunos juristas analizaron la municipalización desde esta perspectiva ideológico-política, y entre ellos volverá destacar, de nuevo, el profesor GASCÓN Y MARÍN, el cual, próximo ideológicamente al catolicismo social, señaló que la municipalización de servicios, más que una forma o manifestación oculta del socialismo debía considerarse como una «política social del Municipio» (33). En la misma línea, GÜENECHEA señalaba que, a pesar de que, sobre todo entre los autores franceses, estaba muy extendido el término de «socialismo municipal» como parcial realización del ideal socialista, y a pesar de que, ciertamente, no podía negarse que en algunos países la municipalización hubiera efectivamente «aparecido manchada con ese pecado de origen, o que a él ha debido su mayor ampliación», ello no era óbice para afirmar que con la municipalización el régimen capitalista subsistía, y la propiedad individual permanecía sin lesión alguna. Se podría hablar, por lo tanto, de una más moderna idea de solidaridad, pero «la socialización pretendida y soñada por los socialistas al querer poner en manos de la sociedad pública todos los medios de producción y cambio, y el régimen igual de trabajo y su remuneración de muchos servicios, eso no aparece necesariamente vinculado a la municipalización» (34).

No obstante, lo cierto es que las relaciones entre la municipalización y el socialismo se darán, en nuestro país, de forma débil y fragmentada en comparación con la mayoría de los países de nuestro entorno, y las escasas vinculaciones que, en esta dirección, se han podido rastrear, aparecen concentradas en una zona concreta del territorio nacional (Cataluña) y en una época más tardía que en el resto de Europa (años treinta) (35).

En cualquier caso, puede decirse, a modo de conclusión, que cuando menos los municipalistas teóricos españoles acogieron con interés y con notable

(33) Cfr. sobre ello J. GASCÓN Y MARÍN, *Acción Social Municipal*, Madrid, Ministerio del Trabajo, Madrid, 1950.

(34) J. N. GÜENECHEA, *Ensayo de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta del corazón de Jesús, Bilbao, p. 1910, p. 390. Véanse también algunas referencias en J. A. SÁNCHEZ DE JUAN, «El movimiento di reforma municipale in Spagna...», *cit.*, p. 129.

(35) En efecto, con el inicio de la guerra civil, ante la difícil situación en la que habían quedado muchos obreros y trabajadores de la construcción, y considerando también las necesidades a que tenían que hacer frente debido al conflicto bélico, se adoptaron una serie de medidas por parte de la Generalitat y de algunos Municipios, al objeto de municipalizar la propiedad urbana. Así, aquellas fincas que servían únicamente para proporcionar renta a sus propietarios, pasarían a ser propiedad de la corporación municipal. Cfr. en este sentido el *Decret de 11 de juny de 1937, sobre Municipalització de les finques urbanes decret 11 juny 1937*, aprobado por la Conselleria d'Economia, o la *Disposició sobre municipalització de la vivenda per al Municipi de l'Hospitalet de Llobregat*, adoptada el 11 de diciembre de 1936. Véanse otros proyectos similares de municipalización de fincas urbanas, en J. OLTRA PICÓ, *Socialización de las fincas urbanas y municipalización de los servicios*, Barcelona 1937, pp. 17 y ss.

preocupación el fenómeno municipalizador, mostrándose en general relativamente favorables y bien dispuestos a su regulación normativa. Este notable interés teórico contrastaba, por otra parte, con el menor interés que por dicho fenómeno mostraron los prácticos, que «no han acogido nunca con natural simpatía la municipalización de los servicios...» (36).

III. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LAS IDEAS DEL MUNICIPAL TRADING INGLÉS

1. Las críticas inglesas a la municipalización de servicios

La doctrina del *Municipal Trading* y, particularmente, las críticas que algunos conservadores ingleses vertieron sobre los procesos municipalizados en Inglaterra fueron introducidos en nuestro país de la mano del profesor GASCÓN Y MARÍN en su primera monografía sobre la municipalización de servicios. Es esta obra un trabajo excelente, centrado fundamentalmente (aunque no solo, pues también tratará los procesos municipalizadores italianos) en el mundo anglosajón. Sorprende de este trabajo la exhaustiva documentación y el notable conocimiento que demostraba GASCÓN Y MARÍN de los principales especialistas en ese momento en la materia, tanto en la doctrina italiana como en la anglosajona.

En relación con esta última, debe considerarse a GASCÓN Y MARÍN como el principal introductor, en nuestro país, de los trabajos elaborados por la Comisión parlamentaria inglesa nombrada en 1900 para estudiar las ventajas e inconvenientes de la municipalización, cuyos resultados se plasmaron en el *Report on Municipal Trading* (37) de septiembre de 1900 y que el propio GASCÓN Y MARÍN debió manejar y consultar de primera mano. Fue por lo tanto,

(36) N. FLAQUER ROSELL, *Síntesis evolutiva monográfica...*, cit., pp. 5 y 6. Señalaba este autor que, en España la idea no pasó, salvo algunas excepciones, de la simple teoría, y se lamentaba de que, por el contrario, en el extranjero existían numerosas y exitosas experiencias, apuntando también que podrían servir de ejemplo y guía, con las necesarias adaptaciones, al caso español. En todo caso, consideraba injustas las críticas que se hacían en nuestro país a los Municipios, porque no se les había dado ocasión de demostrar si eran buenos o malos administradores: «Al Municipio en España se le ha atribuido por lo regular, un complejo de inferioridad para las municipalizaciones; se le considera un mal administrador, y en cambio se carece de antecedentes para juzgarle así en el citado aspecto, porque nuestra nación no ha vivido con intensidad tal práctica administrativa...la historia en tal sentido nada nos cuenta, ni siquiera se registran casos en que hubieran de revertir los pocos servicios municipalizados a los particulares consecuencia de una manifiesta incapacidad administradora».

(37) AA. VV, «Report from the Joint Select Committee of the House of Lords and the House of Commons on Municipal Trading (London, 1900)», *Edinburgh Review*, 192:394 (1900:Oct.), pp. 405-426.

el profesor GASCÓN Y MARÍN quien importó y dio a conocer entre la doctrina española la posición de uno de los más conocidos detractores ingleses de la municipalización, Sir John LUBBOCK, lord AVEBURY (38), autor de la famosa monografía *On municipal and national Trading*, (1907), una de las críticas más acérrimas que se conocen en la Europa de principios del siglo XX contra las municipalizaciones de servicios y obra de referencia en la época para todo aquel que se oponía a la municipalización (39).

Aunque la obra de AVEBURY fue traducida al castellano por J. PÉREZ HERVÁS solo en 1912 —con el título *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*—, lo cierto es que ya en 1904 GASCÓN Y MARÍN conocía por fuentes directas las principales objeciones que los conservadores ingleses, entre ellos el mismo AVEBURY, oponían a las municipalizaciones de servicios, siendo capaz de sintetizarlas con gran precisión y claridad, así como de analizarlas críticamente en su estudio de 1904.

AVEBURY fue, como se ha dicho, un claro detractor de las municipalizaciones de servicios públicos, exponiendo en su trabajo de 1907 los principales argumentos antimunicipalizadores que un sector doctrinal y político inglés había ido elaborando desde finales del siglo XIX. Para desarrollar sus argumentaciones, AVEBURY tomaba como punto de partida el hecho, indiscutible en su opinión, de que el contribuyente pagaba cada vez más, pese a lo cual el déficit local aumentaba. Y este incremento de la deuda no se traducía en fondos que luego se destinarían a actividades productivas que redundasen en provecho

(38) John LUBBOCK, alias Sir Lord AVEBURY, nació en Londres el 30 de abril de 1834 en el seno de una familia aristocrática, hijo del astrónomo y banquero John William y nieto de un opulento comerciante. Además de exitoso hombre de negocios y emprendedor, LUBBOCK se dedicó con entusiasmo al cultivo de las Ciencias Naturales (sobre todo, la Antropología y la Zoología comparada, pero también la Etnología animal, la Biología y la Prehistoria humana) y a la Sociología, llegando a ser presidente del *Institut International de Sociologie* de París. Demostró también grandes iniciativas en el orden económico durante su presidencia de la Cámara de Comercio de Londres y de la Asociación de Cámaras de Comercio británicas. Por otro lado, participó activamente en los asuntos públicos, siendo candidato liberal a la Cámara de los Comunes, a la que no dejó de pertenecer desde 1870 y a la que presentó numerosos proyectos. A partir de 1878 ostentó la representación de la Universidad de Londres y, poco después, la City le otorgó su confianza por una gran mayoría, formando parte del *County Council*, del que fue elegido presidente en 1890. Cfr. S. VALENTÍ CAMP, *Ideólogos, teorizantes y videntes*, Biblioteca de Cultura Moderna y Contemporánea, Editorial Minerva, Barcelona, 1922, pp. 171-175. El libro está digitalizado gracias al «Proyecto Filosofía en español» (www.filosofia.org/aut/svc).

(39) De hecho, esta obra de AVEBURY tuvo amplia difusión por toda Europa, siendo tempranamente traducido, además de al castellano, al francés por R. ELLISSEN (*Les villes et l'Etat contre l'industrie privée. Expériences municipales et nationales*, París, 1908), al italiano por A. GEISSER (*Le industrie dello stato e dei municipi*, Roma, 1908) y al alemán por R. EHRENBURG (*Staat und Stadt als Betriebsunternehmer*, Berlin, 1909). La información en P. DOGLIANI, *Un laboratorio di socialismo municipale. La Francia (1870-1920)*, FrancoAngeli Storia, Milán, 1992, p. 167, nota a pie de página 6.

de la colectividad, sino que, en la mayoría de los casos, dichas actividades se demostraban claramente «contraproductivas». Así pues, criticaba duramente la corriente en la que se habrían embarcado las autoridades locales, consistente en realizar operaciones comerciales, esto es, en municipalizar servicios (40).

Sobre esta idea articulaba, posteriormente, el grueso de su exposición, que podemos estructurar sobre la base de las siguientes críticas u objeciones:

1) *Los Ayuntamientos y sus concejales tenían suficiente con las ocupaciones ordinarias que necesariamente debían cumplir y asumir* (41). Tales deberes y obligaciones eran, por sí mismos, suficientemente complejos como para que dichas autoridades —por muy capaces y bienintencionadas que fueran— intentaran llevar a la práctica otras funciones para las que, además, no tenían tiempo ni, sobre todo, los conocimientos requeridos.

2) *Con la municipalización de servicios se incrementaba la deuda municipal* (42). Señalaba AVEBURY que el crecimiento de la deuda municipal era continuo, y especialmente agudo en las grandes ciudades. Dicho incremento era, en muy buena medida, atribuible a la municipalización de numerosos servicios. Como es lógico, a más deuda municipal, mayores contribuciones debían pagar los ciudadanos, de modo que la municipalización lo que provocaba, en última instancia, era una mayor contribución de los ciudadanos al erario municipal, para así compensar la mayor deuda municipal. Sin olvidar, además, que en muchos casos se trataba de negocios que implicaban o conllevaban riesgo, no siendo correcto, según AVEBURY, que dicho riesgo se asumiera con el dinero de los contribuyentes, pues de ellos era, al fin y al cabo, el dinero con el que se manejaban y dirigían las empresas públicas.

3) *La empresa individual y el interés particular permitían un trabajo económicamente más rentable que el de los poderes públicos* (43). En el trabajo realizado por los poderes públicos no existe el mismo estímulo de esfuerzo y economía que en los negocios de los particulares, de cuya buena marcha depende su propio bienestar, por lo que o hay pérdidas en las empresas municipales o el servicio no reúne tan buenas cualidades.

El autor señalaba que las ganancias de algunas empresas municipales se habrían obtenido porque el Municipio había adquirido el monopolio, y ello le permitía cobrar el precio que quisiera. Por lo demás, en la mayoría de los casos

(40) AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, traducción de la tercera edición inglesa a cargo de J. PÉREZ HERVÁS, Imprenta Eugeni Subirana, Barcelona, 1912, pp. 1-23.

(41) AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 24-36.

(42) AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 37-42.

(43) AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 66-101.

los presuntos resultados positivos de las cuentas de dichas empresas obedecían, pura y simplemente, a que dichas cuentas se llevaban mal. Ello se debía, por ejemplo, a que los denominados gastos de establecimiento se acostumbraban a cargar en la cuenta general del Municipio, no en la de la empresa, mientras que en el caso de una compañía privada tales cantidades sí se cargaban y debían descontarse antes de empezar a hablar de beneficios (44).

4) *Al no haber el suficiente estímulo económico, se producían pérdidas o los servicios costaban más, y ello repercutía negativamente en las clases trabajadoras.* Para AVEBURY, uno de los ejemplos más evidentes era el de las viviendas de la clase obrera, esto es, aquellas viviendas que los Ayuntamientos habían de construir en sustitución de las casas insalubres derruidas o para acomodar a las clases obreras de las grandes ciudades (45). Señalaba el autor que, con carácter general, las políticas municipales de vivienda habían sido un fracaso, al desalojar a más familias de las que luego, con la construcción de mejores viviendas, se podían realojar en ellas. Ello era especialmente grave porque normalmente los que quedaban sin vivienda eran gente mucho más necesitada que los que luego accedían a las nuevas construcciones. En no pocos casos, las casas que se construían eran demasiado buenas o demasiado caras para las personas a las que se había desposeído de habitación, por lo que el resultado era que las nuevas habitaciones se ocupaban por «clases para las que no se edificaron».

Además, desde una perspectiva ideológico-política AVEBURY también rechazaba la municipalización al identificarla con el socialismo y, por lo tanto, con el objetivo de abolir la industria privada. En su opinión, ahuyentar el capital perjudicaba a los obreros puesto que sin capital había menos trabajo y menos salarios. En su opinión, con la municipalización propugnada por los socialistas el obrero dejaría de ser libre, al no poder ya elegir ni amo ni trabajo, lo que en definitiva desembocaría en una «esclavitud de la burocracia» (46).

(44) Por ejemplo, señalaba que en el Ayuntamiento de *Brighton* se cargaba el gasto de renovar las columnas ornamentales de los focos voltaicos del alumbrado a la Comisión de Obras y no a la empresa municipal del Alumbrado, a la que se atribuían por esta vía falsos beneficios. Y en el de *Cardiff*, respecto de las obras del alumbrado eléctrico, nunca se había cargado nada por depreciación. Cfr. AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 71 y ss.

(45) Señalaba el gran fracaso de la política municipal de viviendas de Londres que, al amparo de la Ley de viviendas para la clase obrera, «no ha proporcionado alojamiento sino a los obreros mejor pagados o a los forasteros mejor acomodados», sin reducir tampoco el precio de los alquileres. AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 52-59. Cfr. también mi trabajo N. MAGALDI «Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés...», cit., p. 26.

(46) AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 158-173

5) *La intervención municipal detendría el progreso de los descubrimientos e invenciones.* Para AVEBURY, la municipalización conduciría irremediablemente a la paralización de las industrias privadas y provocaría enormes pérdidas al país. Como prueba de sus afirmaciones explicaba detalladamente la evolución de algunos grandes servicios en Inglaterra, y cómo la acción de los Municipios había entorpecido, ralentizado y dificultado el progreso científico y técnico de muchos de ellos, particularmente, de los tranvías (47) y el alumbrado (48).

6) *El aumento de funciones y actividades públicas suponía necesariamente un continuo aumento del número de empleados del Estado y del Municipio.* Ello suponía un riesgo de incremento del poder directo y la influencia indirecta del Gobierno, y consecuentemente, de concentración en una burocracia dominante de toda la pericia y experiencia en el manejo de los grandes intereses, práctica esta que dejaba a los ciudadanos, respecto del Gobierno, en una relación similar a la de un «niño con su tutor». Sin olvidar que ello podía suponer, también, que los políticos locales recibieran presiones por parte de ciudadanos que solicitaban empleo a cambio de su voto.

7) *Cuanto más intervinieran los Gobiernos y los Municipios en empresas industriales y comerciales, más se hallarían envueltos en los problemas de trabajo y en los conflictos entre capital y mano de obra* (49). Los Municipios podrían verse sometidos a la presión electoral hasta el punto de establecer modificaciones (por ejemplo, en los salarios) con probable ventaja de los empleados públicos y en claro perjuicio del resto de los obreros y trabajadores del país. Por lo tanto, la influencia que los empleados públicos podrían ejercer en las elecciones locales en provecho de sus intereses particulares sería muy

(47) El resultado de la Ley tranviaria de 1870 tuvo unos perjudiciales efectos sobre las empresas privadas, porque, entre otras cosas, permitía a los Municipios dificultar ampliamente los proyectos de construcción de las compañías privadas, negándose a otorgar el asentimiento o haciendo negocio con él. El resultado fue que los capitales ingleses se fueron a construir tranvías a países extranjeros, por ejemplo a Barcelona o Madrid, mientras, según AVEBURY, los Ayuntamientos tampoco hicieron nada para llenar el vacío dejado por el sector privado inglés, por lo que el progreso tranviario sufrió importantes retrasos en su desarrollo, con perjuicio del público y de la clase obrera. Cfr. AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 103-116. Me he ocupado de ello con detalle en N. MAGALDI «Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés...», cit., pp. 23-26.

(48) Señala el autor que los Municipios invirtieron gruesas sumas en las instalaciones de alumbrado por gas, o en la adquisición de las ya establecidas por la iniciativa privada; con el advenimiento de la luz eléctrica temieron por la producción de sus industrias, consiguiendo que el Parlamento aprobara en la Ley sobre Alumbrado Eléctrico de 1882 una cláusula de venta forzosa similar a la de la Ley Tranviaria de 1870. Los resultados, dice el autor, no se hicieron esperar, paralizándose la industria. AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 120-135. Cfr. sobre ello también N. MAGALDI «Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés...», cit., pp. 28-31.

(49) AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 43-51.

alta, sobre todo si lo hacían de forma organizada, teniendo en cuenta que «en algunos sitios, los empleados municipales forman el 5 y aún el 8 % de los votantes y suelen estar personalmente interesados, por lo que suelen votar en alta proporción» (50).

2. La respuesta de GASCÓN Y MARÍN a las críticas inglesas

El trabajo de GASCÓN Y MARÍN de 1904, titulado *Municipalización de servicios públicos*, supuso, como se ha dicho, una primera aproximación en lengua castellana a la doctrina anglosajona crítica con las municipalizaciones [significativamente, a la posición ya mencionada de AVEBURY (51)]. En realidad, esta primera monografía consistía fundamentalmente en una exposición sistemática y ordenada de los principales argumentos sostenidos a favor y en contra del fenómeno municipalizador (52).

(50) Señalaba que, en febrero de 1904, dos semanas antes de las elecciones al Ayuntamiento de Londres, este hizo público un informe «recordando» los aumentos salariales de sus empleados entre 1899 y 1904. Cfr. AVEBURY, *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, cit., pp. 47 y 50.

(51) A pesar de que la monografía de AVEBURY databa de 1906 y el trabajo de GASCÓN era dos años anterior, la posición de AVEBURY era de sobras conocida, no solo porque había participado activamente en los trabajos de la Comisión parlamentaria inglesa de 1900, sino porque ese mismo año había publicado un artículo en el que ya adelantaba buena parte de los argumentos que luego expondría, con mayor detalle, en su monografía. Cfr. AVEBURY, «Municipal trading», *Contemporary Review*, 78 (1900:July/Dec.), pp. 28-37. Ello permite explicar que GASCÓN Y MARÍN aludiera constantemente a este autor inglés —que encarna a la perfección las posiciones de un cierto sector político y doctrinal británico— en su monografía de 1904. Cfr. a título de ejemplo las páginas 93, 95, 112, 210 y 213 de la citada monografía del profesor GASCÓN. Además, de la lectura de ambos estudios se desprende claramente que tanto GASCÓN Y MARÍN como AVEBURY bebieron de las mismas fuentes: el informe de la Comisión Parlamentaria, artículos varios publicados a principios de siglo en *The Times*, o los trabajos de autores como FOWLER, DAVIES o LIVESEY.

(52) Las ventajas y los inconvenientes que oponían a la municipalización detractores y defensores las recogía ampliamente J. GASCÓN Y MARÍN, *Municipalización de servicios públicos*, cit., pp. 91-138, limitándonos nosotros, en esta sede, a exponerlas sintéticamente. También las expone con bastante detalle N. MURATTI, *Municipalización de los servicios públicos...*, cit., pp. 71-103, y 108-121. Más sintéticamente, pero repitiendo las principales ideas al respecto, J. ENSEÑAT ALEMANY, *El Ayuntamiento de Palma y la municipalización de servicios*, Tipografía de Armengual y Muntaner, Palma de Mallorca, 1920, pp. 54-80.

De este trabajo de GASCÓN Y MARÍN resaltó ALBI su «escaso contenido jurídico, más bien un trabajo de síntesis, una obra informativa, que pone al día el estado de hecho de la cuestión y resume las discusiones políticas y económicas en torno del problema». Cfr. F. ALBI CHOLBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 80. Consideramos, en efecto y coincidiendo con ALBI, que se trataba de una obra explicativa, que informaba sobre el estado de la cuestión tanto a nivel nacional como en los principales países de nuestro entorno; sin embargo —y aquí disintimos del tono con el que ALBI juzgaba el trabajo— creemos que precisamente ese es el gran valor que aportó la monografía del profesor GASCÓN, teniendo en cuenta que fue escrita en 1904. Este autor fue capaz de documentarse ampliamente sobre un problema de gran trascendencia y con una fuerte carga ideológica en otros sistemas jurídicos, exponerlo con claridad al lector español,

En relación con los argumentos a favor, GASCÓN Y MARÍN exponía detallada y concienzudamente cuáles habían sido las principales objeciones que se habían opuesto para rebatir a quienes se oponían, como AVEBURY, a la municipalización de servicios. Tales argumentos pueden sintetizarse del modo que sigue:

1) *El Municipio no es per se y a priori mal productor.* No era preciso que los concejales fuesen competentes en todos los asuntos en los que intervinieran, pues tal competencia podía suplirse —como ocurría en otras materias— con los informes de funcionarios técnicos o de comités independientes con funciones consultivas. Tampoco existían pruebas que demostrasen que los directores técnicos u otros empleados y obreros municipales rindieran menos, por norma, que los de las empresas privadas. Además, si bien era cierto que no podía presumirse en los consejeros municipales el interés económico que llevaba a los gerentes de la empresa privada a procurar la mejor marcha del negocio, sí tenían el interés político de merecer la confianza de sus convecinos. Por otra parte, si a los encargados de la dirección técnica de las explotaciones municipales se les concedía, como admitía la Ley italiana sobre municipalización de servicios (1903), una cierta participación en los beneficios, quedaba suplido el interés económico existente en la empresa privada.

2) *No todo eran ventajas en la libre concurrencia.* Cuando los Municipios decidían acometer una empresa municipal o monopolizar un servicio no buscaban suprimir la concurrencia sino, precisamente, hacer que esta existiera no solo formal sino también realmente; o bien, si el monopolio ya existía, lo único que hacían era sustituir la personalidad que lo ejercía, pero no creaban un monopolio nuevo.

3) *Las concesiones otorgadas a empresas particulares también podían ser obstáculo para la mejora de ciertos servicios.* En efecto, las compañías concesionarias, cuando veían aproximarse el término de la concesión, no realizaban mejoras en el servicio, procurando obtener el mayor rendimiento del capital empleado y no comprometiendo en mejoras del servicio un capital que no estaban seguras de poder amortizar. A ello se añadía, además, que era poco frecuente que se presentasen cambios tan súbitos que destruyeran tan rápidamente el valor económico de una instalación industrial. Pero si así fuera, en todo caso el mismo riesgo de obsolescencia existiría igual para las compañías privadas.

4) *La municipalización no debilitaba necesariamente el prestigio de las autoridades locales.* Por el contrario, si esta se asumía y aceptaba como el

contrastarlo con la situación española del momento y, también, extraer conclusiones propias. Se trata, por todo ello, de un trabajo valioso y de un estudio que debe considerarse pionero en nuestro país, atendiendo al momento en el que fue escrito y las fuentes de las que bebó.

resultado de las condiciones especiales en que la sociedad municipal había llegado a la segunda mitad del siglo XIX, en nada perderían su prestigio los poderes públicos acudiendo a satisfacer del mejor modo posible las nuevas necesidades locales. Es más, mayor sería el prestigio cuanto mejor estuvieran atendidos los servicios.

5) *Con la municipalización se prestaban más económicamente los servicios*, esto es, a precios más bajos que en el régimen de concesión, produciéndose una «gravitación de los precios hacia el coste». Era cierto que la reducción de precios y la tendencia hacia la gratuidad del servicio podían generar temores para las haciendas locales, pero no debía olvidarse el aspecto social de la municipalización que, sin que debiera suponer un cambio radical en la repartición de riqueza, sí debía perseguir el bien general y la adaptación de nuevos medios a nuevas necesidades (53).

6) *La municipalización no disminuía la independencia electoral*. Por lo que se refería a los empleados municipales, su voto a favor de un candidato equivalía al de cualquier otro sector que lo emitiera a favor de quien pudiera favorecer sus intereses. Quienes trabajaban para un contratista o una gran empresa podían verse influidos, igual o más, en la emisión del voto.

Por lo que se refería a los obreros, estos pedirían un aumento de salarios y reducción de horario también a los patronos de empresas privadas. Además, si se les privaba del ejercicio del derecho electoral (como sugerían algunos), por análogo fundamento habría que privar de su voto a los trabajadores por cuenta de los contratistas de servicios municipales, ya que también estos podían ejercer presión para que los sufragios se otorgasen a favor de personas que favoreciesen los intereses de aquellos concesionarios.

7) *La municipalización alejaba los peligros de suspender la prestación de los servicios, porque dulcificaba los conflictos que frecuentemente surgían entre patronos y obreros y daban lugar a paros colectivos*. La reglamentación del contrato de trabajo, de un salario mínimo, de una jornada laboral y otras medidas en pro del obrero difícilmente hallaban eco en los contratistas privados. Surgía de este modo la «política social» del Municipio como determinante del ejercicio directo de servicios.

(53) Por ejemplo, el abastecimiento de agua a ciertos barrios a precios que no compensaban los gastos que el servicio originaba pero que estaban en relación con la capacidad contributiva de los que utilizaban el servicio; o la municipalización de tranvías con servicios especiales para los obreros, reduciendo el precio. Además, frecuentemente la extensión de los servicios generaba un aumento de consumo, favorecido también por la disminución de precios. A ello coadyuvaba el hecho de que varios servicios municipalizados respondían a economías de escala, por lo que a medida que el consumo era mayor sin pérdida para la hacienda municipal podía rebajarse el precio de venta, con ventaja para la colectividad consumidora.

8) *La municipalización no era la única causante del aumento de las deudas locales.* El incremento de funciones de los Municipios y de su población explicaban también que hubiera aumentado el crédito y los gastos en los Municipios. A lo que añadía que, además, el uso del crédito para municipalizar pocas veces tendría efectos perjudiciales, pues muchos de los servicios municipalizados eran servicios productivos, que generaban ganancias y, por lo tanto, incrementaban el patrimonio municipal. Ello permitía compensar el incremento de las deudas locales e, incluso, favorecer a los contribuyentes aligerando los tributos más gravosos, o paliando las necesidades materiales o intelectuales de las clases más pobres.

9) *Los servicios que habían sido municipalizados en la mayor parte de ciudades eran servicios de innegable carácter público,* tanto por la necesidad que satisfacían como por la índole de ciertos elementos necesarios para su implantación (por ejemplo, las vías públicas). Aspiraban, en este sentido, a la satisfacción de necesidades colectivas, una idea ciertamente novedosa en el contexto de la época.

Finalmente, la parte final de la monografía la dedica GASCÓN Y MARÍN a una valoración más personal sobre la municipalización de servicios, mostrándose con carácter general favorable a la misma, si bien de forma cauta y manifestando al mismo tiempo un notable pesimismo en relación con su posible aplicación concreta en el caso español (54).

En este sentido, consideraba un error tanto pretender que todo se municipalizara como creer que existía grave peligro para la cooperación voluntaria si se municipalizaban ciertos servicios. Lo importante, en su opinión, era tener muy presente lo que debía corresponder a la esfera pública y a la esfera privada. Si al aceptar la administración directa de un servicio el Municipio no hacía otra cosa que suprimir el concesionario y atender las necesidades colectivas, no había que temer posibles efectos negativos de la municipalización. Por el contrario, si se quería aplicar la municipalización a servicios cuya naturaleza no requería la acción directa, invadiendo de este modo la esfera industrial, entonces estaba fundado el temor a los efectos dañinos de la municipalización; pero el daño, apuntaba, no se derivaría de la esencia de la doctrina municipalizadora, sino de la inadecuada aplicación de la misma.

Señalaba, comedidamente, que ni el resultado favorable de la municipalización de un determinado servicio debía llevar a querer municipalizar todo lo demás, ni un fracaso de la misma debía conllevar su prohibición con carácter general. Es decir, para saber si la municipalización era admisible o

(54) Véanse ampliamente sus conclusiones en la parte final del libro, J. GASCÓN Y MARÍN, *Municipalización de servicios públicos*, cit., pp. 267-277.

no en cada caso debían sopesarse las ventajas y los inconvenientes, no sólo a nivel económico-financiero sino también, y sobre todo, a nivel social, al ser «el elemento social (...) principalísimo». En este sentido, consideraba que aquellos servicios cuya nota esencial era la universalidad y que tendían por naturaleza al monopolio (agua, luz, teléfono) eran las más apropiados para ser municipalizados y ejercidos directamente por los Municipios, al requerir una intervención que dejase a salvo el interés social y exigir la utilización para su establecimiento de lo que era propiedad del Municipio (vía pública, subsuelo municipal).

Sobre si era conveniente en España la ampliación de servicios y su municipalización, GASCÓN Y MARÍN, como hemos dicho, se mostraba decididamente pesimista, señalando que dado el estado de la Administración local española no era posible que aquella produjese buenos resultados. Fundamentalmente, porque la Administración local española no gozaba de buen crédito, a pesar de que gobernantes y políticos de la época resaltaban la necesidad de su reforma. Además, el interés por los asuntos municipales era escaso, tanto entre los ciudadanos —que acudían en escasa proporción a las urnas— como entre los propios administradores locales —que descuidaban sus tareas o no asistían a sus reuniones—. Por todo ello, GASCÓN Y MARÍN consideraba requisito esencial para que la municipalización pudiera funcionar en nuestro país la regeneración previa de la vida municipal.

3. Otras posiciones doctrinales españolas frente al *Municipal Trading* inglés: AZCÁRATE y RUIZ JIMÉNEZ

Por último, en nuestro recorrido por la primera doctrina municipalizadora en España merecen también una especial atención las figuras de Gumersindo AZCÁRATE y Joaquín RUIZ JIMÉNEZ, cuyas posiciones en torno a la municipalización de servicios, aunque de signo opuesto, contribuyeron también a la formación de esa primera generación de juristas españoles que la estudiaron como fenómeno jurídico.

Gumersindo AZCÁRATE fue, efectivamente, otro de los autores que tempranamente fijaron su atención sobre la municipalización de servicios, estudiando las principales críticas que a la misma se realizaron desde ciertos círculos políticos y académicos ingleses (55). Firme partidario de la municipalización de servicios, fue muy contundente en su crítica a AVEBURY, de quien afirmaba

(55) G. AZCÁRATE, «Intervención de Don Gumersindo de AZCÁRATE en la discusión mantenida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre el tema Ventajas e inconvenientes de la ampliación de los servicios sociales a cargo de los municipios», en G. AZCÁRATE, *Municipalismo y regionalismo*, IEAL, Madrid, 1979, pp. 172 y 173.

que estaba inspirado de un individualismo exagerado y a quien tachaba de extremadamente liberal (56).

AZCÁRATE manifestaba no compartir el «espíritu de este artículo» (en referencia a la obra de AVEBURY), ni sentirse tan alarmado por el socialismo municipal como afirmaba estarlo el autor inglés. Por el contrario, para AZCÁRATE, y sobre todo en cuanto a los Municipios urbanos, era «preciso convenir en que ciertos servicios deben estar a cargo de ellos. ¿Cómo? Estableciendo monopolios (...) —porque— cuando se trata del suministro de agua, de la luz, de los tranvías por los Municipios, el fin es prestar un servicio al vecindario (...)» (57). Por lo que, en definitiva, «la extensión de los servicios a cargo de los Municipios, por lo mismo que habían de hacerse sin procurarse una ganancia, resultarían unos gratuitos y otros más baratos. Por esto, sin que yo crea que sea cosa fácil dictar en el asunto reglas fijas, pues dependen mucho de las circunstancias de cada país, y de la índole de cada servicio, la tendencia en sí misma no me produce la alarma que revela el artículo, mientras no salga de los límites dentro de los que el presente se desarrolla» (58).

Por el contrario, el más ferviente admirador del lord inglés en nuestro país fue J. RUIZ JIMÉNEZ (59). Este autor se mostró claramente contrario a atribuir al Estado o al Municipio la misión y el derecho de ser industrial, fabricante o comerciante, aunque sí admitía determinadas reformas, generales o locales, «que sin perturbaciones, ni radicalismo de contraproducentes resultados, pueden contribuir a mejorar la situación de las clases humildes» (60).

(56) G. AZCÁRATE, «Intervención de Don Gumersindo de AZCÁRATE en la discusión mantenida en la Real Academia...», *cit.*, pp. 179 y 181.

(57) G. AZCÁRATE, «Intervención de Don Gumersindo de AZCÁRATE en la discusión mantenida en la Real Academia...», *cit.*, p. 1.81.

(58) G. AZCÁRATE, «Intervención de Don Gumersindo de AZCÁRATE en la discusión mantenida en la Real Academia...», *cit.*, p. 182. Este autor se planteaba que, del mismo modo que «nadie pone en duda que lo referente a vías públicas, higiene, etc. corra a cargo del Municipio, ¿por qué no ha de depender del Municipio también el facilitar ciertos artículos de primera necesidad, como el pan, la carne, etc.? (...)» (p. 169). En todo caso, matizaba con gran acierto que era preciso plantear la cuestión relativa al socialismo municipal desde la perspectiva del «más o menos» y no desde el punto de vista del «sí o no». En efecto, la pregunta clave, en su opinión, era si debía restringirse o extenderse lo que debería entenderse por servicios municipales, aceptando que «no hay Municipio que deje de llevar a cabo alguna obra en beneficio del procomún» (p. 169).

(59) Joaquín RUIZ JIMÉNEZ (1854-1934) fue un abogado y político español, Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, Ministro de Fomento y Ministro de Gobernación durante el reinado de Alfonso XIII. Miembro del Partido liberal, diputado entre 1881 y 1910, senador vitalicio desde 1911, gobernador de Madrid en 1905, Presidente del Consejo de Estado y Alcalde de Madrid hasta en cuatro ocasiones (1912-1913, 1915-1916, 1922-1923, 1931).

(60) J. RUIZ JIMÉNEZ, *Nacionalización y municipalización de servicios colectivos*, discurso leído el 18 de diciembre de 1921 en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1921, p. 13.

RUIZ JIMÉNEZ se apoyó casi exclusivamente en las teorías, los ejemplos, los datos y las críticas aportadas por AVEBURY, como así reconoció él mismo, al afirmar que «a la autoridad de este honorable e ilustre hombre público he de ampararme en muchas de mis observaciones y críticas» (61). Este autor, por lo tanto, señalaba en su trabajo los pésimos resultados de las municipalizaciones en Inglaterra (tranvías, electricidad), el incremento de las contribuciones locales y del déficit local que aquellas supusieron, así como los numerosos casos de «desaciertos y derroches de dinero, inmoralidades y corrupciones, indiscutible ineptitud y falta de celo» (62).

Siguiendo también las posiciones de AVEBURY en materia de personal al frente de los servicios municipalizados, RUIZ JIMÉNEZ señalaba que para explotar adecuadamente cualquier industria era precisa una especialización de sus gerentes, especialización de la que, salvo excepción, carecían los concejales, sin que en ningún caso dichos conocimientos especializados pudieran ser suplidos mediante informes técnicos u órganos consultivos. En el mismo sentido, consideraba que no era posible exigir a los concejales que, sin retribución alguna, abandonasen sus modos y medios de vida por un negocio que solo de manera indirecta les interesaba. Sobre todo porque los concejales eran elegidos por motivos políticos, lo cual constituía un título muy distinto del que requería el servicio municipalizado (63).

Análogas posiciones a las del lord inglés mostraba también RUIZ JIMÉNEZ en lo que se refería a la cuestión de los empleados y obreros municipales, concluyendo en definitiva que el resultado final sería la irremediable necesidad de incrementar el número de empleados para el Ayuntamiento, con la consiguiente agravación de la situación de las haciendas locales.

Finalmente, y al igual que AVEBURY, RUIZ JIMÉNEZ se enmarcaba dentro de una ideología claramente liberal. La función del Estado, del poder público (por lo tanto, también del Municipio) no «debe ni puede» ser la de la industria, la fabricación o el comercio, sino una función bien distinta, como es la de *proteger*

(61) Así, afirmaba que «la obra de Lord AVEBURY tuvo desde que se publicó un enorme éxito; porque pocas veces un escritor habrá documentado con mayor acierto sus afirmaciones. Su libro ha corrido mundo traducido a varios idiomas; y nadie que trate de la municipalización y nacionalización de servicios podrá dejar de examinarlo y tenerlo en cuenta. Este libro es un testimonio de suprema experiencia. Lord AVEBURY, presidente del Consejo Municipal de Londres y parlamentario insigne, conoce perfectamente la materia de que trata; pero además no afirma nada sin que seguidamente aparezca la prueba. La municipalización y nacionalización no han tenido un adversario más formidable». Cfr. J. RUIZ JIMÉNEZ, *Nacionalización y municipalización...*, cit., p. 84 (nota a pie de página).

(62) J. RUIZ JIMÉNEZ, *Nacionalización y municipalización...*, cit., pp. 83 y 84.

(63) J. RUIZ JIMÉNEZ, *Nacionalización y municipalización...*, cit., pp. 125-127. Asimismo, se hallaban en las mismas condiciones los Alcaldes, también elegidos por razones políticas y por méritos personales, pero que raramente eran industriales o comerciantes, a pesar de lo cual solían ostentar la Presidencia de las Comisiones encargadas de los servicios municipales.

dicha industria, dicha fabricación y dicho comercio (64). Admitía que, en ocasiones, sería precisa la intervención pública para impedir abusos y garantizar el respeto a todos los derechos (lo que incluía el del consumidor a que se le vendieran las cosas al justo precio y en la calidad debida, pero también el del productor y el del vendedor a obtener un margen de beneficio industrial), pero dichas intervenciones estarían encaminadas a restablecer las condiciones de mercado que permitieran, precisamente, la libre concurrencia y el libre juego de la oferta y la demanda —para la fijación del precio— (65).

Ahora bien, una intervención más allá de estos límites y con estos fines, amparada bajo la forma de la socialización, la nacionalización o la municipalización, pretendiendo que con ella se lograra el bienestar del proletariado y el ideal de que «nada sea de nadie y todo de todos» era, para el autor, una «quimera que llevaría fatalmente a la anarquía, a la miseria y a la total desaparición de cuanto el hombre a través de cientos de siglos logró descubrir, inventar o crear, al amparo de un título de derecho intangible que le hace dueño del producto de su actividad y de su ahorro» (66).

IV. LA RECEPCIÓN POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE LA (RESTRIC-TIVA) JURISPRUDENCIA FRANCESA SOBRE LA POSIBILIDAD DE MUNICIPALIZAR SERVICIOS

En Francia, y al amparo de la Ley Municipal de 5 de abril de 1884 (particularmente los artículos 61, 133 y 134), el Consejo de Estado elaboró inicialmente una jurisprudencia muy restrictiva en cuanto a las posibilidades de aceptar que los Municipios pudieran municipalizar ciertos servicios.

La temprana recepción de esta jurisprudencia en nuestro país se produjo, también, gracias casi exclusivamente al profesor GASCÓN Y MARÍN, que

(64) Lo primero supondría una clara competencia desleal por parte del poder público, en condiciones claramente ventajosas para él y en detrimento del particular (y de su libertad). Cfr. J. RUIZ JIMÉNEZ, *Nacionalización y municipalización...*, cit., p. 110.

(65) Señalaba, así, que la intervención estaría permitida cuando se pretendiera recomponer las cosas a los postulados de la ciencia económica del momento, y que el precio de las cosas estaba en razón de la concurrencia, de la demanda y de múltiples circunstancias de tiempo y de lugar que influían sobre esos dos factores. En estos casos, sí estaría justificada una intervención encaminada a acabar con la figura y forma de actuar de intermediarios y abastecedores, que mediante la con-fabulación y el concierto conseguían incrementar artificialmente los precios, perturbar el libre juego del mercado y perjudicar preferentemente al consumidor. Cfr. J. RUIZ JIMÉNEZ, *Nacionalización y municipalización...*, cit., p pp. 64-66.

(66) J. RUIZ JIMÉNEZ, *Nacionalización y municipalización...*, cit., p. 81. Para dicho autor, «la perseguida igualdad de los hombres exigiría irremisiblemente la regresión a la cueva y a la selva de las épocas prehistóricas».

le dedicó buena parte de su segunda monografía sobre la municipalización de servicios, publicada en 1919 (67). De nuevo debe ponerse de relieve la importancia de la obra del profesor GASCÓN Y MARÍN, puesto que demostraba en ella un notable conocimiento del Derecho comparado francés en un tema de intensa actualidad en ese momento en Francia. Además, dedicaba también un capítulo a la municipalización de servicios en España, introduciendo referencias al Derecho comparado pero sin caer en el error de creer que las consideraciones hechas respecto de otros ordenamientos pudieran trasladarse, sin más, a nuestro país y a nuestro sistema jurídico.

GASCÓN y MARÍN conocía bien la jurisprudencia y la doctrina francesa en torno a la municipalización de servicios, mostrándose especialmente crítico con ella. En efecto, y como se ha enunciado ya al principio de este epígrafe, lo cierto es que la doctrina creada a partir de las decisiones del Consejo de Estado francés en la materia era francamente restrictiva respecto de la posibilidad de municipalizar servicios, articulándose los argumentos esgrimidos en torno a tres ejes: 1) la salvaguarda de la libertad de industria y de comercio; 2) la doctrina de la especialidad de atribuciones de los entes morales; y 3) la falta de responsabilidad de los administradores municipales y, en general, la incapacidad organizativa y administrativa de los Consejos municipales para enfrentarse con éxito a actividades de naturaleza comercial o mercantil.

1. El principio de la libertad industrial y comercial frente a la municipalización

El artículo 2 de la Ley 2-17 de marzo de 1791 (conocida como *Décret ALLARDE*) disponía que, a partir del 1 de abril, cualquier persona podría dirigir un negocio o ejercer la profesión u oficio que le pareciese oportuno. Se reconocían de este modo, en el precepto citado, dos libertades individuales: por un lado, la libertad de trabajo u oficio; por el otro, la libertad de comercio e industria (68).

(67) De entre los autores españoles coetáneos que trataron la municipalización de servicios encontramos algunas referencias a la jurisprudencia francesa en J. ENSEÑAT ALEMANY, *El Ayuntamiento de Palma y la municipalización...*, cit., p. 20. Algunos años después se ocuparían de ella —si bien de forma no exhaustiva— M. PEDREGAL Y FERNÁNDEZ, *Municipalización Comparada*, Tipografía de Archivos, Madrid, 1930, pp. 41-46 y, aún más sintéticamente, E. IBÁÑEZ PAPEL, *Servicios públicos municipales...*, cit., pp. 23 y 24.

(68) Ambas se incluían entre las típicas libertades políticas e individuales surgidas como consecuencia de la Revolución Francesa; no obstante, la libertad de industria y comercio, además, se configuraba, al mismo tiempo, como una libertad económica directamente surgida de una doctrina que preconizaba el *laissez-faire, laissez passer*. De hecho, TURGOT había intentado ya en 1776 instaurar la libertad de comercio suprimiendo, mediante edicto, las sociedades de comercio (el

No obstante, y a pesar de su proclamación en la mencionada Ley, la libertad de industria y comercio no volvió a ser reafirmada en texto constitucional o legislativo alguno, y tampoco fue jamás precisada, concretada o derogada expresamente. Se erigió, de este modo, desde su proclamación, en un principio legal que ni las personas públicas ni los privados podían vulnerar, y que llegó a adquirir la consideración de principio general del Derecho (69).

Ahora bien, dado que el texto de la Ley era muy sucinto, tuvo que ser fundamentalmente el Consejo de Estado el encargado de precisar sus límites y su alcance. Y la interpretación originaria que acogió el Consejo de Estado fue una interpretación restrictiva (70). Al amparo de la libertad de industria y de comercio aquel afirmaba que permitir a los Municipios participar en la vida económica llevaba a una modificación en el régimen económico del comercio y de la libre concurrencia, lo que a su vez desembocaba en la destrucción de esta última, puesto que aquellos se hallaban en una situación privilegiada frente a los demás competidores privados. Se generaba, en última instancia, un monopolio de hecho a su favor.

A pesar de que en el texto legislativo nada indicaba que el derecho a ejercer libremente las actividades industriales y comerciales se reservara únicamente a las personas privadas, el Consejo de Estado interpretó la Ley de 1791 en el sentido de que la libertad para ejercer una actividad profesional implicaba la libertad de ejercerla en el marco de un sistema de libre concu-

edicto fue abrogado poco después). Así que con la proclamación de la Ley de 1791 se logró poner fin a un sistema que encerraba a los artesanos y comerciantes en un marco rígido y jerárquico de comunidades organizadas por gremios y maestros y que sometía a las industrias a un régimen de monopolio. Instaurando el derecho de cada persona a elegir libremente la actividad profesional, el legislador estaba instaurando, al mismo tiempo, un nuevo sistema económico. Cfr. F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, Paris, 1973, pp. 15 y 16.

(69) F. DREYFUS, *La liberté du commerce...*, cit., pp. 10 y 16.

(70) VEBER, ya en 1908, calificaba la jurisprudencia del Consejo de Estado como «incoherente y contradictoria», afirmando que para que los Municipios pudieran mejorar su actuación económica sería necesario, sobre todo, una jurisprudencia menos restrictiva, además de nuevas leyes más abiertas, menos tutelares, matizando que, pese a todo, quien prohibía la empresa directa no era la Ley sino, más bien, el autoritarismo gubernativo. Cfr. A. VEBER, *Le socialisme municipal*, V. Giards & E. Brière, 5 ed., Paris, 1908, pp. 40 y 52. Años más tarde DREYFUS afirmaba que «el Consejo de Estado ha llevado a cabo una interpretación abusiva de la Ley de 1791 (...), interpretando «la legislación en un sentido manifiestamente contradictorio a su finalidad, con el objetivo de preservar, en la medida de lo posible, los intereses de las personas privadas». Cfr. F. DREYFUS, *La liberté du commerce...*, cit., pp. 73 y 75. No obstante, lo cierto es que buena parte de la doctrina francesa de la época se mostraba contraria a la municipalización de servicios (DUCROCCO, BENDAN, MINIM, PUCREG, BEQUET o CILLEULS). Véanse las referencias en E. IBÁÑEZ PAPELL *Servicios públicos municipales...*, cit., p. 23.

Entre nosotros, PEDREGAL Y FERNÁNDEZ sostenía que «en Francia el Consejo de Estado fue siempre un obstáculo, al creer que no era competencia de los Municipios comerciar y lucrarse». Cfr. M. PEDREGAL Y FERNÁNDEZ, *Municipalización Comparada*, cit., p. 41. Por su parte, GASCÓN Y MARÍN se mostró también muy crítico con esta jurisprudencia, como habremos de ver seguidamente en texto.

rrencia que excluía a toda persona pública (*arrêt Syndicat de la boucherie*, 6 marzo de 1914).

Por lo tanto, lo cierto es que, sobre la base de la libertad de industria y de comercio proclamada por la Ley 2-17 de marzo de 1791, la jurisprudencia del Consejo de Estado se negó a admitir, de forma sistemática, que las colectividades municipales pudieran llevar a cabo determinadas actividades comerciales e industriales.

Así, en el conocido caso de la subvención a la panadería cooperativa de Poitiers, de 1 de febrero de 1901, el Consejo de Estado determinó que, con carácter general, los Municipios no podían ejercer un comercio o industria porque ello suponía modificar el régimen económico de la libertad de comercio y la libre concurrencia, y, por tanto, una intromisión de las corporaciones locales en el terreno económico (71). Asimismo, el Consejo de Estado también había anulado las deliberaciones relativas al sueldo de un médico municipal (*arrêt Casanova*, 29 de marzo de 1902), y, algo más tarde, la creación de una caja departamental de seguros (*arrêt Agents d'assurances de Belfort*, 20 enero 1921) y el establecimiento de una carnicería municipal (*arrêt Connat*, 27 de marzo de 1930).

No obstante, es preciso señalar que, desde muy pronto, se empezó a llamar la atención sobre las relaciones entre la libertad de industria y comercio y el poder de policía, y sobre cómo debía conciliarse la primera con las exigencias del segundo. Dicho en otros términos, era preciso hallar la fórmula que permitiera proteger a los particulares contra la concurrencia pública pero sin vaciar, al mismo tiempo, de todo contenido el derecho de las colectividades locales de crear, sobre la base del interés general, servicios públicos (72).

En este sentido, la Ley municipal de 5 de abril de 1884 determinaba que el objeto de la policía municipal consistía en asegurar el buen orden, la seguridad y la salubridad pública. Por su parte, los diversos apartados del artículo 97 de dicha norma precisaban los casos en los que el Alcalde estaba llamado a hacer uso de su poder de policía. En particular, el apartado 5 se refería a la inspección sobre la autenticidad de los productos que se vendían a peso o medida, y sobre la salubridad de los alimentos expuestos a la venta, y constituía una de las atribuciones de poder de policía que concernía directamente a la actividad comercial.

De este modo, la Ley de 1884 permitía a los Ayuntamientos y a los prefectos limitar la libertad —siempre que ello fuera necesario para el mantenimiento

(71) P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, Recueil Sirey, Paris, 1911, pp. 47-53.

(72) F. DREYFUS, *La liberté du commerce...*, cit., pp. 26-29.

del orden público— mediante los poderes de policía, pero ello no constituía, por sí, fundamento legal suficiente para suprimir la libertad de ejercicio de una actividad que la Ley de 1791 garantizaba. El principio de la libertad de industria y comercio se erigía, de este modo, en el límite a la acción de policía: el respeto a dicho principio era la condición primera para la legalidad de los actos de policía (73). Ello implicaba, en definitiva, que los medios de acción de que disponía la Administración para evitar las alteraciones del orden público estaban limitados por la obligación de respetar la Ley 2-17 de marzo 1791, de modo que únicamente otra norma con rango de ley podía suprimir o restringir tal libertad, autorizando específicamente la creación de un determinado servicio público, permitiendo la explotación de una cierta actividad industrial o el establecimiento de un monopolio concreto.

Ciertamente, textos legales en el sentido mencionado existían, y en ellos se amparó el Consejo de Estado en diversas ocasiones para permitir o tolerar la creación de determinadas empresas o la prestación de ciertos servicios públicos. Así, a título ejemplificativo señalaba VEBER en 1908 que los Municipios podían explotar un almacén y administrar un mercado (Ley de 28 marzo de 1890); tener el monopolio de peso, aforo y medición pública (Decreto de 27 brumario del año VIII); dirigir todas las operaciones de barrido, recogida y retirada de basuras; administrar la distribución colectiva de agua, establecer o subvencionar los lavaderos y baños públicos gratuitos o a precios reducidos (Ley de 3 febrero de 1861); crear cámaras funerarias mediante una renta o impuesto (Decreto de 27 abril de 1887, Ley de finanzas de 17 julio de 1889); poseer el monopolio de las pompas fúnebres (Ley de 28 diciembre de 1904), o prestar y suscribir obligaciones o acciones de sociedades para la construcción de viviendas a precio económico (Ley de 3 febrero de 1861) (74).

De hecho, en la misma sentencia de la Panadería cooperativa de Poitiers se aceptaba la legitimidad de la intervención municipal en caso de que se tratase de proveer necesidades urgentes de salubridad, higiene o alimentación pública, y siempre y cuando se estuviera en una situación de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada.

Por lo tanto, al amparo de la Ley Municipal de 1884, puesta en relación con otros textos legales vinculados a actividades de policía, se admitía la intervención de las colectividades locales en la vida económica, gestionando

(73) F. DREYFUS, *La liberté du commerce...*, cit., pp. 66-68.

(74) A. VEBER, *Le socialisme municipal*, cit., pp. 48 y 49; P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, cit., pp. 60-62. Para PEDREGAL, estos textos normativos podían considerarse como los orígenes de la municipalización en Francia, pues a su amparo empezó a considerarse que el Municipio podía, para asegurar las condiciones de salubridad, seguridad y salud pública, llegar a explotar él mismo los servicios afectos a dichas condiciones, bien por sí, bien por comités o arriendos para explotar el servicio. Cfr. M. PEDREGAL Y FERNÁNDEZ, *Municipalización Comparada*, cit., p. 41.

servicios industriales y comerciales, pero solo en la medida en que su actividad buscara dar satisfacción al interés general, tuviera por objeto necesidades urgentes relativas a la salubridad, la salud, la alimentación pública, y siempre a falta o ante la insuficiencia de la iniciativa privada (estableciendo de este modo un principio de subsidiariedad).

La legitimidad de la intervención pública venía determinada, pues, por la concurrencia de dos elementos: el interés general y la ausencia de iniciativa privada, recogidos ambos bajo el paraguas de la expresión, acuñada por el Consejo de Estado, «circunstancias excepcionales». Según esta concepción, la iniciativa privada debía ocuparse de cubrir las necesidades, mientras el poder público debía mantenerse al margen de los problemas económicos y de su gestión (en una función, pues, evidentemente próxima a la que fundamentaba el poder de policía). De este modo, el concepto de «interés público» se confundía —y limitaba, por tanto— con el concepto de policía y orden público, lo que explicaba que las únicas intervenciones que la jurisprudencia estimaba legales fueran las que, por su objetivo, perseguían una finalidad similar a la de la policía. En este sentido, la carencia de médico en un Municipio perjudicaba el mantenimiento de la higiene pública y formaba parte de las condiciones que las autoridades administrativas debían tratar de remediar, en tanto que suponía una insuficiencia de la iniciativa privada (*arrêt Bonnardot*, 7 agosto 1896). Sin embargo, desde el momento en que, gracias a la iniciativa privada, ya no se justificaba su necesidad para el mantenimiento de la higiene (*arrêt Casanova*, 29 de marzo de 1901; *arrêt Chambre syndicale des propriétaires de bains*, 26 de enero de 1906), de la salubridad (*arrêt Syndicat de la boucherie*, 6 de marzo de 1914) o de algún otro motivo de policía, toda decisión de los órganos locales instituyendo servicios públicos o atribuyendo subvenciones a los comerciantes eran ilegales y susceptibles de ser anuladas por el Consejo de Estado (75).

Se trataba, ya se ha dicho, de una jurisprudencia muy restrictiva que el Consejo de Estado solo empezó a flexibilizar después de la primera guerra mundial. Por un lado, mediante la ampliación del concepto de «interés público». Dado que el interés público justificaba legalmente la intervención de las personas públicas, la modificación del contenido de dicho concepto permitió a las colectividades locales extender su acción. Así, su campo de actuación pasó de identificarse, en una primera etapa, con los objetivos perseguidos por la clásica función de policía, para ir posteriormente extendiéndose e incorporar un elemento económico (76).

(75) F. DREYFUS, *La liberté du commerce...*, cit., pp. 70, 71 y 74.

(76) Por ejemplo, en el *arret Genet*, de 28 marzo de 1924 (admitiendo la legalidad de la venta de pescado en las barracas de feria de Vilgrain en París). La evolución fue, no obstante, lenta, y durante bastante tiempo actividades como las propias del ámbito del espectáculo siguieron sin poder formar parte de los servicios públicos (por ejemplo en los asuntos *Giaccardi*, de 27 de

Por otra parte, a través de la transformación sufrida por la fórmula de las circunstancias excepcionales, que se convirtieron en «circunstancias particulares según las condiciones de tiempo y lugar». Esta transformación, de importancia en absoluto desdeñable, trae causa de los Decretos-leyes promulgados en 1926.

Los Decreto-leyes de 5 noviembre de 1926 y de 26 de diciembre de 1926 otorgaban a las colectividades locales el derecho a administrar y gestionar servicios públicos industriales y comerciales. Parecía, con ello, quedar patente el deseo del Gobierno de favorecer las intervenciones económicas de los Municipios. Así se deducía, además, de las discusiones parlamentarias y del informe elevado al Presidente de la República.

Sin embargo, el Consejo de Estado interpretó restrictivamente los textos de 1926 en el arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, de 30 de mayo de 1930, afirmando que, fuesen cuáles fuesen los trabajos preparatorios, del texto normativo no podía deducirse una modificación profunda de los principios hasta entonces vigentes. La dicción literal de los preceptos y especialmente el uso de la expresión *services d'interet public* confirmaba que continuaba siendo preciso y necesario un interés público que legitimara la intervención municipal, si bien dicho interés podría entenderse más ampliamente que hasta ese momento (77).

febrero de 1931 y *Solidarité ternoise*, de 24 noviembre 1933, relativos a la creación de una cine por un Municipio).

No obstante, algunos años antes de la segunda guerra mundial el Consejo de Estado empezó a dar muestras de una cierta tolerancia respecto de aquellas intervenciones que no perseguían un objetivo asimilable al de la policía administrativa. Por ejemplo, admitiendo el mantenimiento en servicio de un cine municipal después de que se hubiera puesto en marcha, en la misma localidad, un cine privado (*Golberg et Lichtenberg*, 12 de noviembre de 1938), si bien en este caso su mantenimiento respondía solo a una preocupación por amortizar los fondos empleados por el Municipio para su puesta en marcha. Algunos años después admitió, pese a ello, la legalidad de una decisión municipal de Dijon confiando la explotación en *regie* del teatro de la ciudad (*Leoni*, 21 de enero de 1944), afirmando que el Municipio tenía como objetivo asegurar un servicio permanente de representaciones teatrales de calidad que primase los intereses artísticos sobre los comerciales, y que este objeto se correspondía con un interés público local que no se podía satisfacer con la iniciativa privada; más tarde, consintió también la creación de campings municipales (*Merville-Franceville*, 17 de abril de 1967). Cfr. F. DREYFUS, *La liberté du comerce...*, cit., pp. 72-82. Véase al respecto también M. LONG/P. WEIL/ G. BRAIBANT/ P. DELVOLVÉ/ B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10 édition, Dalloz, Paris, 1993, pp. 260-266.

(77) En varias decisiones tomadas entre 1925 y 1927, el Consejo municipal de Nevers había autorizado la creación de un servicio municipal de abastecimiento de productos alimenticios, con el que buscaba atajar las fuertes subidas del precio de la vida. El prefecto no admitió las quejas de los comerciantes y el asunto acabó llegando al Consejo de Estado. En la sentencia *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* de 30 de mayo de 1930, el Consejo de Estado continuó afirmando que las actividades que tuvieran un carácter comercial debían quedar, como regla general, reservadas a la iniciativa privada, de manera que los Consejos municipales no podían erigir

Partiendo de la situación expuesta, GASCÓN Y MARÍN entendía que la libertad de industria no era absoluta, señalando que la propia legislación francesa había admitido excepciones y derogaciones. En su opinión, por lo tanto, sería mucho más conveniente admitir como regla general la facultad legal de municipalizar para, en su caso, negar excepcionalmente la legalidad de determinados acuerdos o actos que supusieran una injerencia en el libre ejercicio del comercio o la industria, no justificable por ninguna consideración de orden público o necesidad indiscutible de servicio público (78).

Que en determinados servicios se tenía al monopolio de hecho era indiscutible, como lo demostraba que, incluso cuando se reglamentaba la competencia, las empresas de un sector acababan llegando a acuerdos o repartiéndose el territorio, lo que equivalía en realidad a un monopolio en cada uno de los sectores de ese mercado. Precisamente era la lucha contra el monopolio lo que estaba en el origen de las municipalizaciones, afirmándose que «a ella y no a otros motivos debe su razón de ser la administración directa de ciertos servicios,

empresas de esta naturaleza en servicios públicos municipales, salvo que circunstancias particulares de tiempo y lugar, al amparo del interés público, justificasen su intervención. Al constatar que el Municipio de Nevers no había invocado ninguna circunstancia particular (especulación, coalición de empresas) sino pura y simplemente la lucha contra «la vida cara», anuló sus decisiones. Pese a todo, con este conocido fallo se abrió una brecha que iba a permitir el intervencionismo económico municipal, destacando especialmente la modificación operada en la fórmula de las «circunstancias excepcionales», que dejará paso ahora a la de «circunstancias particulares», si bien la salvaguarda del interés público continuó inalterable.

El punto de inflexión se produciría con el *arrêt Zenard*, de 24 de noviembre de 1933, en el que el Consejo de Estado estudió el impacto efectivo del servicio público municipal en la concurrencia a las carnicerías privadas, esto es, la medida en que su creación constituiría en efecto una modificación del régimen económico de comercio y libre competencia, considerando que la carnicería municipal no reducía el número de carnicerías privadas, sino que, por el contrario, estas estaban aumentando.

De este modo, el concepto de interés público local y de necesidades locales se fue paulatinamente ampliando y flexibilizando. Así, los Municipios pasaron a poder crear baños y duchas públicas para mejorar el funcionamiento del servicio público de higiene (*arrêt Blanc*, 19 de mayo de 1933; *arrêt Chambre syndicale des maitres buandiers de Saint-Etienne*, 12 de julio de 1939); o una fábrica de hielo como actividad complementaria al matadero público de Toulouse, para permitir a este último funcionar en mejores condiciones de higiene y salubridad (*arrêt Société anonyme des glaciers toulousains*, 12 de abril de 1935); o constituir sociedades de gestión inmobiliaria encargadas de la construcción y gestión de inmuebles para combatir la crisis de la vivienda (*arrêt Chouard et autres*, 22 de noviembre de 1935); abrir cantinas económicas para la asistencia a indigentes (*arrêt Ricordel*, 19 de febrero de 1943); dedicarse a la fabricación de hielo alimentario (*arrêt Ville de Charleville*, 4 de octubre de 1957) o crear lugares para el estacionamiento en interés del tráfico y la circulación (*arrêt Delansnorme*, 18 de diciembre de 1959). Cfr. M. LONG/ P. WEIL/ G. BRAIBANT/ P. DELVOLVÉ/ B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence...cit.*, pp. 260-266. Con mayor detalle, F. DREYFUS, *La liberté du comerce... cit.*, pp. 70-77 y 90-99.

(78) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios en España. Posibilidad de municipalizar servicios*, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, Madrid, 1919, pp. 46-48.

pues la tendencia no consiste sustancialmente en otra cosa que en utilizar la acción del gobierno municipal, combatiendo los monopolios de servicios públicos (...) para asegurar los beneficios de la libre competencia, y precisamente en este caso está justificada la intervención del Municipio» (79).

Por ello era necesario, precisamente, reglamentar tales monopolios, «legalizarlos de cierta manera, evitando los daños y utilizando sus ventajas para el servicio público, así como diferenciar los servicios, determinando cuáles pueden ser regidos con monopolio y cuáles no; pero esto es otro punto de vista: eso confirma la posibilidad de la municipalización, y solo arguye en pro de una reglamentación de la misma». En este sentido, el error de la doctrina francesa había sido, en opinión de GASCÓN Y MARÍN, no exprimir al máximo la fórmula de la Ley de 1884, combatiendo una tendencia de la que solo habían sabido ver los aspectos negativos (80).

2. La doctrina de la especialidad de atribuciones de las personas jurídicas

Por contraposición a países como Alemania —donde se concebía el Municipio como entidad natural y se admitía su plena capacidad de obrar y su extensión al terreno de la prestación de los nuevos servicios exigidos por el desarrollo de la «ciudad moderna» (principio de generalidad de atribuciones o *Universalitätsprinzip*) (81)— surgió y se desarrolló en Francia, a lo largo del siglo XIX y principios del XX, la conocida como doctrina de la capacidad especial de las personas jurídicas.

Según esta doctrina, las facultades de los establecimientos públicos estaban estrictamente reducidas a la realización de aquellos servicios en virtud de los cuales fueron creados; es decir, y teniendo en cuenta que las instituciones

(79) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., pp. 49-51.

(80) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., pp. 49-51. En sentido similar señalaba VEBER que, en Francia, debería admitirse la municipalización, regulándola adecuadamente como había hecho el Gobierno italiano: una regulación de la materia podía y debía establecer limitaciones y condicionantes al intervencionismo económico municipal, pero el punto de partida tenía que ser la clara admisión del fenómeno municipalizador. Cfr. A. VEBER, *Le socialisme municipal*, cit., p. 53.

(81) En los países en los que se partía del principio de capacidad general no parecían existir límites a la actividad municipal en todo lo que tendiera directa o indirectamente al beneficio de los miembros de la comunidad. Era el caso de Holanda o Suiza, donde los Municipios explotaban servicios de todo género. En Alemania se consideraba a las ciudades como corporaciones de Derecho público, con capacidad general y atribuciones propias y delegadas, si bien esta consideración se vio matizada con la Ley Municipal de 1935. F. IBÁÑEZ PAPELL, *Servicios públicos municipales...*, cit., p. 37.

de Derecho público existían en la medida de los intereses que representaban, aquellas podían realizar todos los actos que correspondieran a su papel y aquellos que les autorizaba una ley, pero no otros. Dicho en otras palabras, la teoría de la especialidad implicaba la concepción de las personas morales como creación legal, negando con ello el carácter natural del Municipio y, en consecuencia, la existencia de fines propios de carácter permanente.

A partir de lo dicho en el párrafo precedente se deducía que, si las operaciones industriales no habían sido conferidas a los Municipios en virtud de una ley, el hecho de que un Municipio se atribuyera servicios de tal índole suponía una extralimitación de su esfera funcional que colocaba dicha actuación claramente fuera de la ley. Según buena parte de la doctrina francesa de la época, y según jurisprudencia del Consejo de Estado francés de ese mismo periodo, era posible afirmar que el artículo 61 de la Ley municipal francesa de 1884 permitía a los Municipios regular los asuntos municipales, pero no les otorgaba una capacidad ilimitada, sino limitada a su círculo de atribuciones. Fuera de dicho círculo de atribuciones quedaban las operaciones industriales y comerciales, por lo que «no es posible admitir lo que la ley no les ha atribuido (...) pues su capacidad está exclusivamente limitada a la ejecución del servicio en razón del cual se instituyeron» (82).

Así, en el asunto del servicio municipal de recogida de basuras *Vidanges lilloises*, de 1 marzo de 1900, el Consejo de Estado informó en contra de la municipalización, considerando que el Municipio no solo se proponía obtener provecho de la extracción y del transporte de las materias sino transformarlas y buscar una salida comercial a los productos obtenidos, lo que suponía una operación comercial de compraventa. Se añadía también que la explotación que se pretendía llevar a cabo era de naturaleza industrial y comercial y que no entraba en la esfera de las atribuciones municipales. Si bien el Consejo de Estado admitía que algunas ciudades habían sido autorizadas a asegurar, por medio de la explotación directa, el abastecimiento de agua potable o el alumbrado público o privado, indicaba que lo habían sido en razón de circunstancias económicas que habían demostrado que solo el Municipio podía realizar dichas operaciones (83). Por lo tanto, para autorizar el sistema de

(82) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., p. 31-45. Así, autores como BEQUET afirmaban que era «para cumplir una función administrativa para lo que se ha dado vida civil a los Municipios, más allá de esta función, no pueden nada, no tienen derecho a nada y no son nada». Citado por F. IBÁÑEZ PAPELL, *Servicios públicos municipales...*, cit., p. 23 así como por P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, cit., p. 71. Con detalle sobre esta concepción, véanse las pp. 69-81.

(83) Lo que, como resulta evidente, engarza con el primero de los argumentos tratados, esto es, con la libertad de industria y comercio y la interpretación que sobre ella realizó el Consejo de Estado.

administración directa del servicio el Municipio debía demostrar que no era posible asegurar de otro modo la evacuación de las materias usadas conforme a las reglas de higiene; dicho de otro modo, debía demostrar que la industria privada era incapaz de proveer tal servicio, lo que obligaba a la autoridad municipal a prescribir las actuaciones necesarias en interés de la salubridad pública. Dado que el Ayuntamiento de Lille no logró demostrar la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, la autorización para municipalizar fue denegada (84).

En el caso de la Farmacia municipal de *Roubaix*, de 2 de agosto de 1894, el Consejo de Estado sostuvo que la Ley Municipal de 1884 no confería a los Consejos municipales una capacidad ilimitada, sino que estos debían circunscribirse al círculo de las atribuciones asignadas por ley, sin comprometer a los Municipios en actividades comerciales. Asimismo, añadió que tanto la fabricación como la compra y venta de medicamentos constituían operaciones industriales y comerciales ajenas a dichas atribuciones legales, de manera que por muy útil que fuera el objeto perseguido, autorizar a los Municipios a crear farmacias llevaría a que estos pudieran igualmente gestionar panaderías, carnicerías y otros establecimientos similares, interviniendo en cuestiones económicas de las que, por razones de orden público y de sus mismas finanzas, debían quedar ajenas (85).

Señalaba GASCÓN Y MARÍN que, aún asumiendo el principio de especialidad, este presentaba claras excepciones. Algunas de ellas expresamente previstas por ley (como era el caso, por ejemplo, del monopolio de pompas fúnebres), y otras muchas establecidas por el propio Consejo de Estado, que admitía su vulneración por ausencia de iniciativa privada, o por circunstancias económicas tales que erigían al Municipio en el único sujeto capaz de hacer frente al servicio para proveer las necesidades urgentes de higiene, salubridad o alimentación (86).

De hecho, según indicaba GASCÓN Y MARÍN, el principio de especialidad halló contestación desde algunos sectores de la propia doctrina francesa, que entendían que era preciso partir de la consideración de los Municipios como medios para satisfacer necesidades públicas, sin que pudieran limitarse sus atribuciones a las que estableciera la ley, y así debía interpretarse, por lo tanto,

(84) P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, cit., pp 45-47.

(85) A. VEBER, *Le socialisme municipal*, cit., p. 50. Con mayor detalle P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, cit., pp 32-39. Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, el Consejo de Estado emitió el 24 de febrero de 1887 un informe desfavorable sobre la explotación municipal del funicular de Belleville, alegando que «la actividad en cuestión tenía un carácter esencialmente industrial por lo que no entraba dentro del círculo de atribuciones de los Municipios».

(86) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., pp. 31-35.

el mencionado artículo 61 (87). Para este sector doctrinal, y para el mismo GASCÓN Y MARÍN, el hecho de que antes de 1884 existieran leyes autorizando específicamente municipalizaciones concretas, junto con las previsiones de la Ley Municipal de 1884, permitía desarticular la teoría sobre la imposibilidad de los Municipios para ejercer la administración directa de servicios públicos. Tal vez era admisible que, bajo las leyes de 1837 y 1868, fuera precisa la autorización dadas las escasas facultades de los Municipios franceses; con la introducción del artículo 61 aquella dejó de ser ya necesaria (88).

Así por ejemplo, en el ya mencionado caso del servicio de *vidanges lilloises*, el Consejo de Estado consideró que para autorizar la administración directa del servicio el Municipio debería haber demostrado —cosa que no hizo— que la industria privada era incapaz de proveer tal servicio. De lo que se deduce, *a sensu contrario*, que si lo hubiera demostrado, la autorización para municipalizar se habría concedido.

No obstante, lo cierto es que GASCÓN Y MARÍN no aceptaba, en realidad, la validez de dicho principio de especialidad, entendiendo por el contrario que el Municipio no era una creación de la ley sino una entidad natural y necesaria, sin que fuera posible una enumeración taxativa de sus competencias y atribuciones (89).

Además, consideraba absurdo negar el carácter económico del Municipio, pues ello equivalía a negar la realidad: el aspecto económico de la vida municipal era innegable y había existido siempre. Además, con las transformaciones iniciadas a partir de la segunda mitad del siglo XIX carecía de sentido y de

(87) Por ejemplo, WEBER señalaba que la doctrina civil y la corte de Casación no habían admitido nunca, para los entes colectivos y las personas morales, el principio administrativo de la especialidad, rigiendo para ellas el principio general de capacidad. Por ello resultaba en su opinión inexplicable que el Consejo de Estado les negara tales poderes, señalando, en este sentido, que el que en algunos casos se hubiera permitido, por ejemplo, una *régie* de gas en Grenoble o Tourcoing, o una *régie* de transportes en Tunis, no eran sino excepciones que confirmaban la regla y la «abusiva, arbitraria y contradictoria» jurisprudencia del Consejo de Estado. Cfr. A. WEBER, *Le socialisme municipal*, cit., pp. 50-52.

(88) No obstante, criticaba GASCÓN Y MARÍN la generalidad e imprecisión con que se había redactado la Ley de 5 de abril de 1884. El hecho de que esta no definiera con precisión la esfera de acción de las corporaciones locales, consignando únicamente que los Consejos municipales regulaban los asuntos municipales, y determinando cuáles de sus declaraciones debían aprobarse por la autoridad superior, era lo que había llevado a que, en última instancia, correspondiera al juez, y no al propio Consejo municipal, delimitar, en cada caso concreto, los poderes de los Consejos municipales. Así, en el caso específico de las municipalizaciones, estas parecían aceptarse únicamente como excepción en casos particulares, siendo el juez quien apreciaba esta circunstancia, con lo que se creaba en realidad una tutela de las corporaciones locales, al no ser ellas las que determinaban si existían tales circunstancias, sino el Consejo de Estado. Cfr. J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., p. 38.

(89) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., pp. 42.

realismo reducir el campo de la actividad municipal a los límites de la policía, salvo que esta se ampliara hasta incluir la regulación de todo lo que interesaba a la ciudad (90). Porque además, y ello es fundamental, el problema de la municipalización debía plantearse no únicamente desde la perspectiva de si el Municipio era o no buen industrial, sino desde la consideración de que en la gestión directa del servicio se buscaba un interés social que no podía hallarse en la empresa privada (91).

3. La falta de responsabilidad legal de los administradores municipales

El tercer argumento alegado en Francia en contra de la municipalización era la falta, en las corporaciones municipales, de las capacidades de vigilancia, organización y habilidad comercial necesarias para las diarias operaciones que exigía el desarrollo de la empresa o actividad comercial. Así, tanto partidarios como detractores de la municipalización coincidían en afirmar que, en efecto, los procedimientos y formalidades que se exige en el ámbito de lo público difícilmente casaban con la flexibilidad y rapidez exigida en las operaciones comerciales (92). En particular, uno de los problemas que más preocupaba era la falta de responsabilidad de los administradores municipales —más allá de la responsabilidad política ante los electores y de la administrativa—, a quienes no se les aplicaba algo similar a la responsabilidad civil existente para los administradores de una sociedad mercantil (93).

El Consejo de Estado fue muy claro en sus afirmaciones en el caso de la fábrica de gas y canalizaciones en *Tourcoing*, de 7 de junio de 1877, en el que debía determinar si procedía tramitar un proyecto de ley para la autorización de un empréstito destinado al establecimiento de una fábrica municipal de gas en la mencionada localidad (94). El Consejo de Estado dictaminó

(90) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., p. 43. En idéntico sentido VALLÉS I PUJALS, quien afirmaba que «combatir la municipalización de manera absoluta es tanto como combatir la realidad». Cfr. J. VALLÉS I PUJALS, *Qüestions municipals*, cit., p. 38.

(91) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., p. 44.

(92) Véase sobre ello P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, cit., pp 108-122. VEBER señalaba la incoherencia del Consejo de Estado que acusaba a los Municipios de incapacidad práctica para realizar determinadas actividades en condiciones normales, pero les permitía actuar en condiciones peligrosas, lo cual era, según el autor, absurdo. Cfr. A. VEBER, *Le socialisme municipal*, cit. p. 52.

(93) Véase sobre este argumento P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, cit., pp 108-122 y J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., pp. 51 y 52.

(94) P. MIMIN, *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, cit., pp 28-30.

que no procedía tramitar dicho proyecto porque la industria del gas estaba sometida a las influencias del mercado y a las variaciones económicas, por lo que exigía condiciones de vigilancia y habilidad comercial e implicaba, al tiempo, probabilidades inciertas de éxito. Si se autorizaba el empréstito y luego la empresa fracasaba, las pérdidas recaerían sobre la ciudad, pues no habría modo de imputar responsabilidades a los miembros de la Comisión encargada de la fábrica —no cabría aplicarles la responsabilidad propia de los administradores de sociedades mercantiles—.

Tales posiciones no convencieron, en absoluto, a GASCÓN Y MARÍN, quien entendía que no debían llevar a la negación de plano de la posibilidad de municipalizar. Si no existía la organización adecuada lo que había que hacer era proceder a una reforma de la misma para adecuarla a ella, tal y como se había hecho en otros países, particularmente en Italia, donde «teniendo en cuenta que la legislación anterior a 1903 no se había dado en vista de la municipalización de servicios, y viendo que esta a pesar de ello existía (...) en lugar de sostener la organización inadecuada y, con tal actitud, prohibir toda tentativa de municipalización, se dio al Municipio italiano la organización adecuada al cumplimiento de su función económica y social» (95).

GASCÓN criticaba que el legislador francés no hubiera puesto remedio mediante una regulación adecuada al efecto. Y la crítica era por partida doble: si la municipalización existía, aunque fuera solo en casos excepcionales —como así se desprendía de la jurisprudencia del Consejo de Estado—, entonces era criticable la ausencia de una organización adecuada para un fenómeno que existía en la realidad, aunque solo fuera excepcionalmente. Si, alternativamente, se entendía que la ley francesa sí admitía la posibilidad de municipalizar, entonces la negligencia del legislador era aún mayor, porque o bien había hecho dejación de sus funciones al no dar la adecuada cobertura organizativa al fenómeno, o bien partía de la base de que dicha cobertura ya existía en la ley, pero ello no casaba con que luego se afirmara una pretendida imposibilidad legal de municipalizar por parte de la jurisprudencia. Y lo que estaba claro, en su opinión, era que en Francia casos de municipalización existían, establecidos en leyes concretas y específicas, por lo que no tenía sentido asignar a los Municipios un amplio campo de acción para, seguidamente, negarles los medios naturales para llevarlo a cabo y obligarles a ejercer sus fines y competencias por tercero (96).

(95) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., pp. 54-57.

(96) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., pp. 54-57.

Sin olvidar, por otra parte que, por lo que se refería al caso español, buena parte de los defectos de organización que se alegaban (proyectos de reforma frustrados, escaso interés por los asuntos municipales por parte de electores y elegidos, falta de hábito de administración ordenada, falta de ambiente y educación cívica) no eran específicos de la municipalización, sino que alcanzaban a todo el conjunto de la vida municipal, necesitada de una reforma global y no limitada a ese aspecto concreto (97).

Por último, la inadecuada organización se podía suplir —y así lo demostraba tanto la Ley italiana de 1903 como algunos de los proyectos nacionales— mediante la introducción de principios orgánicos específicos: concretamente, mediante la creación de comisiones técnicas competentes que funcionasen independientemente dentro de los acuerdos municipales y reglamentos del servicio aprobados, así como mediante la existencia de una pequeña hacienda independiente también para cada servicio (98).

V. LA RECEPCIÓN DOCTRINAL ESPAÑOLA DE LA *LEGGE SULLA MUNICIPALIZZAZIONE DEI PUBBLICI SERVIZI*

La *Legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi* (Ley de 29 de marzo de 1903, núm. 103) fue la primera regulación general que se promulgó sobre el fenómeno municipalizador en Europa.

En Italia, las transformaciones económicas y sociales que caracterizaron el último tercio del siglo XIX llevaron al gabinete ZANARDELLI a presentar un proyecto de ley sobre la asunción directa de servicios públicos por parte de los Municipios, con el objetivo de regular jurídicamente un «estado de hecho» que podía definirse como una «tácita municipalización de los servicios públi-

(97) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., p. 75.

(98) J. GASCÓN Y MARÍN, *Estudio jurídico de la municipalización de servicios...*, cit., p. 76-78. En el mismo sentido también J. ENSEÑAT ALEMANY, *El Ayuntamiento de Palma y la municipalización...*, cit., p. 23. Así, señalaba GASCÓN Y MARÍN que ni la creación de comisiones técnicas ni la existencia de haciendas independientes debían considerarse inviables en España, dadas las prescripciones de la Ley Municipal de 1877. De hecho, los conocidos como «Decretos para el Municipio de Madrid» (1905) admitían, para realizar el servicio encomendado (panificación, mataderos y mercados respectivamente), la creación de comisiones especiales, en las que el Ayuntamiento estaba representado por el Alcalde pero en las que, para el ejercicio de las funciones meramente técnicas, se establecía la intervención del elemento técnico adecuado. Entendía dicho autor que, mientras las facultades deliberativas que la ley atribuía al Ayuntamiento continuaran correspondiendo a aquel, nada se oponía a la creación de este tipo de órganos, específicamente encargadas de un servicio. Considerando, además, el silencio de la ley acerca de cómo debían funcionar interiormente los Ayuntamientos, lo cierto era que en modo alguno cabía estimar que aquellas disposiciones fueran contrarias a la ley, sino que procedían a desarrollarla o, en su caso, a suplir sus lagunas.

cos», creando con ello un *novus ordo* para la asunción directa de servicios públicos (99).

El propio Ministro GIOLITTI, en la sesión de 11 de marzo de 1902, indicaba que el objetivo del proyecto de Ley era «por un lado, no dejar por más tiempo sin la necesaria regulación legislativa un fenómeno económico y social que cada vez adquiere mayor importancia; por otro, acompañar precisamente el desarrollo de dicho fenómeno de las formas y garantías necesarias y de las que actualmente carece, radicando en ello un grave peligro para la administración de las finanzas locales» (100). Los objetivos de la Ley, según constaba en la *Relazione GIOLITTI*, eran fundamentalmente cuatro (101):

a) Hacer posible la asunción directa de ciertos servicios públicos, por parte de los Municipios, vinculando la gestión de los mismos a la constitución de organismos especiales que asegurasen un ejercicio y un desarrollo de los servicios correspondientes.

b) Subordinar la asunción de servicios públicos a un procedimiento especial que, por un lado, permitiera valorar adecuadamente su conveniencia administrativa y económica y, por el otro, mediante la posibilidad de una manifestación directa por parte de los ciudadanos, sirviera para asegurar que la iniciativa respondía realmente a las exigencias de la opinión pública y a la naturaleza y conciencia de su comunidad.

c) Rodear de la oportuna tutela y garantías la gestión mediante empresa especial, de modo que se pudiera, en todo momento, controlar su funcionamiento y se estuviera en situación de poder remediar a tiempo posibles inconvenientes o contratiempos.

(99) O. GIACCI, «La municipalizzazione», *cit.*, p. 302; L. EUSEBIO, *La Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1916, p. 202; A. BERRUTI, (relatore), *Congresso Nazionale sui problemi della municipalizzazione. Riforma del T.U. 15 ottobre n. 2578, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie*, Confederazione della municipalizzazione, 2-5 luglio 1955, Roma, pp. 8 y 9.

(100) Dicho en otras palabras, la presencia de una situación de hecho que amenazaba con desarrollarse de forma incontrolable en el plano jurídico y político determinó la intervención mediante la Ley de 1903, la cual dictaría una serie minuciosa de disposiciones al respecto. Cfr. C. CAMERA / A. MAGNANI, *Commento alla legge 29 marzo 1903*, Rocca S. Casciano 1903, pp. 27 y 28; G. BOZZI, «Municipalizzazione dei pubblici servizi», *cit.*, p. 371; M. GALIZIA, «Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie, con particolare riferimento all'esercizio mediante azienda speciale», *Rivista amministrativa della Repubblica* 1962, núm. 112, p. 81, quien se refería, también, a una «situación de facto no consentida o, cuando menos, no regulada en la ley».

(101) L. EUSEBIO, *La Municipalizzazione dei pubblici servizi*, *cit.*, pp. 202 y 203; A. BERRUTI, (relatore), *Congresso Nazionale sui problemi della municipalizzazione. Riforma del T.U. 15 ottobre n. 2578...*, *cit.*, pp. 8 y 9.

d) Finalmente, facilitar a los Municipios la asunción directa de los servicios públicos, con especiales disposiciones de orden financiero y económico, referidas no únicamente a los servicios de nueva implantación sino también a los ya existentes y ejercidos por la empresa privada mediante concesiones otorgadas por los mismos Municipios.

Se pretendía, por lo tanto, sustraer a las excesivas y abusivas pretensiones del capital privado un conjunto de actividades vinculadas al interés general; al mismo tiempo, procurar a los Municipios —y a sus maltrechas haciendas— un aligeramiento de las cargas que gravaban sus balances e, incluso, en ocasiones, una fuente de ingresos, en beneficio de los contribuyentes (102).

Según ha sido afirmado por la doctrina española, la normativa italiana ejerció una influencia directa en los diversos proyectos de ley que se elaboraron en nuestro país en las dos primeras décadas del siglo XX (los proyectos de MAURA de 1903 y 1907; el proyecto de reforma de la Hacienda Municipal de 1905, de GONZÁLEZ BESLADA, y el proyecto CANALEJAS de Ley de Bases de régimen local, de 1912) y que, posteriormente, influyeron decisivamente en el contenido final del Estatuto Municipal de CALVO SOTELO, primera norma que reguló en España, de forma expresa, el fenómeno de la municipalización de servicios. En este sentido, ALBI señalaba que los proyectos de reforma general de la legislación local entre 1905 y 1912, «se inspiraron directamente en la Ley italiana de 1903, reproduciendo, con ligeras variantes, las directrices fundamentales de la misma» (103). De lo que cabe inferir, en definitiva, que nuestra normativa en materia de municipalización de servicios, que se inicia con el Estatuto Municipal de CALVO SOTELO, es claramente tributaria de la Ley italiana de 1903.

Además de esta influencia directa de la Ley italiana en nuestro ordenamiento jurídico, la promulgación en Italia de una ley exclusivamente dedicada al fenómeno municipalizador dio lugar, también, a que surgiera, en nuestro país, una cierta literatura preocupada o interesada tanto por el texto normativo italiano como por el movimiento doctrinal desarrollado en aquel país, destacando particularmente, una vez más, los trabajos del profesor GASCÓN Y MARÍN (104).

(102) O. GIACCI, «La municipalizzazione», *cit.*, p. 302.

(103) F. ALBI *Tratado de los modos de gestión...*, *cit.*, p. 79. Yo misma he estudiado ampliamente esta directa influencia italiana sobre nuestras primeras regulaciones jurídicas en materia de municipalización de servicios en mi tesis doctoral *El tránsito del Estado liberal al Estado Social a la luz de la municipalización de servicios públicos. Los orígenes de la municipalización de servicios en España* (inédita), especialmente en los capítulos III y VI.

(104) F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión...*, *cit.*, p. 80.

En efecto, en su primera monografía sobre municipalización de servicios públicos (1904), GASCÓN Y MARÍN se refirió ampliamente a la entonces recién aprobada Ley italiana, deteniéndose en ella con un cierto detalle. Además, en su trabajo son también muy frecuentes las citas y referencias a las principales obras doctrinales sobre esta cuestión en Italia (MORELLI, MAJORANA, MONTEMARTINI, INVREA o BACHI), lo cual no deja de ser sorprendente teniendo en cuenta que fueron prácticamente coetáneas, esto es, fueron escritas en los años inmediatamente anteriores a la publicación del trabajo de GASCÓN Y MARÍN.

A los efectos de analizar cuál fue la recepción doctrinal en nuestro país de la mencionada Ley es preciso, pues, volver a la obra de GASCÓN Y MARÍN. Este, en su trabajo de 1904 exponía, con carácter general, las principales características de la Ley italiana y planteaba, al mismo tiempo, un serie de cuestiones previas que cualquier legislador debía tener en cuenta a la hora de establecer una concreta regulación en materia de municipalización de servicios. Como veremos, GASCÓN Y MARÍN suscribía sustancialmente las diversas opciones tomadas por el legislador italiano, lo que confirma claramente la influencia de este último sobre la posición del autor español respecto del fenómeno municipalizador, confirmándole, también, como el principal introductor de la Ley italiana entre nuestra doctrina (105).

La primera cuestión que era preciso plantearse, señalaba GASCÓN Y MARÍN, era si la mera existencia de la Ley municipal entonces vigente en España (la Ley Municipal de 1877) era suficiente para entender permitida la municipalización de servicios o si, por el contrario, era necesario y conveniente una nueva legislación que se adaptara mejor a la nueva fase en la que estaban entrando las Administraciones públicas municipales.

GASCÓN optaba claramente por la segunda opción, estableciendo una comparación con la situación italiana, que calificaba similar a la española en el sentido de que en Italia, al amparo de los (imprecisos) preceptos de la Ley municipal de 1889 —que ni permitían ni prohibían la municipalización, al no regularla de forma expresa—, diversos Municipios habían organizado la administración directa de ciertos servicios. Y había sido precisamente este hecho lo que en buena medida había llevado al legislador italiano a entender que la situación *de facto* existente reclamaba una regulación legal del fenómeno,

(105) Véase con detalle J. GASCÓN Y MARÍN, *Municipalización de servicios públicos...*, cit., pp. 243-251, cuyo contenido seguimos sustancialmente en la exposición que realizamos en texto. También GÜENECHA se mostró, en la mayoría de las cuestiones decisivas, a favor de la normativa italiana, de la que le agradaba especialmente «su carácter facultativo, la dirección técnica, la separación de la hacienda especial de la general y hasta cierto grado el referéndum», si bien consideraba excesiva «la extensión que se da a la municipalización para multitud de servicios que son de competencia privada...». Cfr. J. N. GÜENECHA, *Ensayo de Derecho Administrativo*, cit., p. 404.

optando además por un sistema de ley general, esto es, por una ley dedicada de forma exclusiva y en su totalidad a la municipalización de servicios.

Admitida la necesidad de una ley general, la siguiente cuestión eran los extremos que esta debía abarcar, y en este punto era preciso diferenciar una serie de aspectos. Por un lado, y en primer lugar, cualquier legislador que decidiera enfrentarse con la regulación del fenómeno municipalizador debía optar entre otorgarle carácter facultativo o carácter impositivo. Esto es, había que decidir si las leyes debían contener disposiciones que impusieran la municipalización o solo preceptos que la permitieran. Señalaba GASCÓN Y MARÍN en este sentido que el legislador italiano se había inclinado, acertadamente en su opinión, por la segunda de las posibilidades, siendo esta también la opción por la que debería optarse, en su caso, en nuestro país.

Asimismo, era preciso también determinar qué Municipios podrían administrar directamente servicios, qué servicios podrían ser los que se municipalizasen y cuáles, de entre ellos, con derecho de exclusiva. GASCÓN Y MARÍN se mostraba en este punto partidario de que la ley clasificara y organizara los Municipios de modo diverso atendiendo, fundamentalmente, a su población. En relación con los servicios municipalizables propugnaba una enumeración en la ley de los concretos servicios en los que el legislador considerase conveniente el ejercicio directo, pero sin prohibir que pudieran además establecerse otros, si bien y como es lógico, exigiéndoles el cumplimiento de las mismas garantías.

Debía regularse, también, quién y en qué forma debía administrar el servicio: si era conveniente la constitución, dentro de la misma corporación municipal, de órganos especiales que actuasen con una cierta autonomía, cómo intervendría la corporación en la designación del personal técnico directivo, si cabía admitir ganancias, o si estas debían conducir a una disminución del precio en el ejercicio siguiente o a una reducción de impuestos (106).

La ley debería resolver también si reservaba el derecho de conceder la autorización a poderes centrales, al Gobierno o a una Comisión especial nombrada por el Parlamento. La determinación de quién debía resolver acerca de la conveniencia de municipalizar o no un servicio correspondería a la corporación municipal, pero este acuerdo no ejecutivo sin una aprobación posterior.

[106] Sobre este aspecto concreto y remitiendo expresamente a la Ley italiana, señalaba en 1920 ENSEÑAT ALEMANY que los servicios que se municipalizaran deberían administrarse mediante «una Comisión especial nombrada al efecto y de personas ajenas en su mayoría al Ayuntamiento», que se configuraría a imagen y semejanza de las Comisiones administrativas que creaba la Ley italiana de 1903 y su Reglamento de 1904. Cfr. J. ENSEÑAT ALEMANY, *El Ayuntamiento de Palma y la municipalización...*, cit., pp. 90 y 91.

Por último, la ley debería resolver en qué forma los mismos vecinos decidían si era o no conveniente la municipalización en cada caso concreto. En este sentido, GASCÓN Y MARÍN se pronunciaba a favor de la vía del referéndum, porque contribuiría a la educación política de los ciudadanos y a despertar su interés por los asuntos públicos de su localidad, además de permitir su participación directa en el gobierno de la ciudad. Por el contrario, rechazaba que la aprobación fuese atribución del poder ejecutivo central o de circunscripciones superiores al Municipio. Únicamente cabía plantearse, desde su punto de vista, una doble posibilidad: o bien otorgaba la autorización el Parlamento, o bien se decidía por la vía del referéndum, siendo esta, como se ha dicho, por la que finalmente se decantaba.

En fin, es preciso señalar que GASCÓN Y MARÍN no fue el único autor español que estudió la ley y la doctrina italiana en materia de municipalización de servicios, aunque sí el que lo hizo con mayor profundidad y detalle. Así por ejemplo, VALLÉS Y PUJALS, en una conferencia pronunciada en la Lliga nacionalista en 1908, describió las distintas formas de municipalización de servicios siguiendo la conocida clasificación de MONTEMARTINI (107) (municipalización simple o por economía y municipalización compleja e industrial).

Por su parte, LON Y ALBAREDA, aunque elogiaba al legislador italiano por haber emprendido una regulación de la municipalización de servicios, objetaba que uno de los principales defectos de la Ley («la más completa por lo demás») era el exceso de reglamentación. Por ello consideraba, en contraposición a lo que oponían MAURA o MORET, que no era necesario promulgar en nuestro país una ley especial y específica para la municipalización de servicios, bastando la existencia de unos pocos preceptos que establecieran las directrices principales pero dejaran margen para una cierta flexibilidad que pudiera adaptar el fenómeno al caso concreto (108).

(107) J. VALLÉS I PUJALS, *Qüestions municipals*, cit., pp. 28-31.

(108) J. LON Y ALBAREDA, *Municipalización y Haciendas Locales*, Conferencia del 20 de marzo de 1919, Imprenta municipal, Madrid, 1920. Conviene señalar, en este sentido, que la valoración de LON Y ALBAREDA sobre la Ley italiana es algo posterior en el tiempo a la de GASCÓN Y MARÍN (que data originariamente de 1904, esto es, apenas unos pocos meses después de haberse promulgado el texto italiano) e incluso a la de VALLÉS I PUJALS (1908), lo que le permitió conocer las primeras críticas y valoraciones que la doctrina italiana realizara, transcurridos ya algunos años desde que la norma fuera aprobada. En este sentido, no pueden pasarse por alto algunas de las críticas y objeciones que los autores italianos de la época vertieron sobre la Ley, criticando, en efecto, el exceso de reglamentación y detalle de la misma.

VI. CONCLUSIONES

El fenómeno de la municipalización de servicios apareció en Europa como forma de dar respuesta a una nueva situación social. El proceso de urbanización y aglomeración urbana, que surgió como una de las primeras consecuencias del industrialismo, generó que una gran masa de nuevos ciudadanos compartieran unas mismas necesidades básicas, cuya satisfacción escapaba de sus posibilidades. Ante esta situación, en la que los particulares carecían de posibilidades reales de acceso a servicios que satisficieran tales necesidades esenciales, se planteó una por entonces novedosa pregunta: ¿debían las Administraciones públicas locales, en tanto que representantes del poder público más cercano a estos problemas de los ciudadanos, intervenir y tratar de poner remedio a tales carencias?

La respuesta a esta pregunta se ha confundido, tradicionalmente, con el debate sobre la municipalización de servicios que, en realidad, engloba, también, muchas otras cuestiones. En efecto, la identificación de la intervención de la Administración local en los problemas básicos de sus vecinos con el ejercicio de la actividad municipalizadora hizo que, desde un primer momento, no solo se discutiera sobre la posibilidad de que las Administraciones locales debieran ocuparse de garantizar la prestación de ciertos servicios, sino también, como correlato lógico, sobre el modo en que debía afrontarse dicha prestación o garantía de prestación.

La peculiaridad de España radica en que, más que generarse este mismo debate, se produjo una recepción doctrinal (y parcialmente legislativa, aunque más tardía que en otros países europeos) de las discusiones que, sobre esta cuestión, estaban teniendo lugar en los países de nuestro entorno más próximo. En efecto, la situación económica y social de España en los comienzos del siglo XX se correspondía con la de un industrialismo incipiente que aún no había generado un éxodo rural masivo ni una aglomeración urbana suficiente como para exigir, realmente y de forma urgente, una intervención inmediata de los poderes públicos locales. En consecuencia, el primer debate sobre municipalización de servicios —que, sin embargo, es coetáneo al que se estaba produciendo en los países europeos más avanzados— se realiza en España con argumentos prestados y, sobre todo, experiencias ajenas.

Sin embargo, lo cierto es que tales argumentos y experiencias acabaron resultando plenamente aplicables también. Es más, cabe incluso afirmar que siguen siendo de plena actualidad. En efecto, quien esté familiarizado con el debate en materia de régimen local de los últimos años queda sorprendido ante la cercanía que algunos de los problemas actuales presentan con los que se plantearon hace ya más de un siglo.

Así lo demuestra el hecho de que sigan teniendo una sorprendente validez las críticas que a finales del siglo XIX (y especialmente desde el mundo

anglosajón) se dirigían contra la actividad industrial de los Municipios, y que incluían las dudas sobre la capacidad de los políticos para realizar actividades empresariales, los problemas de endeudamiento que una incorrecta gestión de estos servicios podía acarrear para los Municipios (y, consecuentemente, las mayores cargas que ello implicaba para los contribuyentes), la menor eficiencia del sector público frente al sector privado, la sustracción de ciertas actividades a la iniciativa privada y el empobrecimiento que ello generaba en la sociedad civil, o la inflación burocrática que conllevaba la asunción de tantos servicios por parte de las municipalidades.

Ahora bien, correlativamente, siguen gozando de toda su actualidad los argumentos que, a favor de la municipalización, se esgrimían hace también más de cien años y que encontraron sólidos defensores entre los autores españoles. Así, la posibilidad de incluir en la Administración a técnicos que asistiesen y realmente se encargasen de la prestación de los nuevos servicios, la necesidad de acabar con los abusos e interminables pleitos generados por los concesionarios de la Administración, más atentos a su propio interés que al interés público que sirven, o la necesidad, en definitiva, de responder a los fallos del mercado, entendidos como la no prestación de servicios esenciales o su prestación en condiciones de calidad, precio o inclusión muy inferiores a las consideradas necesarias para el óptimo desarrollo social.

En todo caso, el debate recibido en España, lejos de resultar baldío, tuvo como principal consecuencia que se normalizara y aceptara la idea de que, con independencia de las condiciones concretas en que se desarrollara, los poderes públicos locales (y no solo locales) podían y debían hacerse responsables de la prestación de ciertos servicios considerados esenciales para la ciudadanía.

De este modo, en España se evitó el tortuoso debate que en países como Francia se había desplegado alrededor de dos grandes principios teóricos que, en apariencia, parecían negar esta posibilidad. Por un lado, la consideración de los Municipios como instituciones de Derecho público de segundo grado, creados con competencias muy limitadas y, consecuentemente, incapaces de prestar servicios que no les hubieran sido expresamente encomendados por el legislador. Por otro lado, la contemplación de la libertad de industria de los particulares como un derecho absoluto, capaz de excluir toda actividad económica de los poderes públicos.

En su lugar, cuando la situación económica y social hizo realmente necesario abordar en España la prestación de servicios por parte de los Municipios y la necesidad de su municipalización, esto es, a partir de los años cincuenta del siglo XX, las discusiones pudieron centrarse directamente en cuestiones mucho más técnicas. Entre ellas, cabría señalar el carácter facultativo u obligatorio que debía tener la prestación de servicios para los Municipios, su extensión a

todos o solo a algunos de tales Municipios, el procedimiento que debía seguirse para su establecimiento y, muy especialmente, las formas de gestionarlos o la posibilidad de obtener beneficios con ellos. Ahora bien, se trataba, en todos los casos, de cuestiones que también habían sido objeto de especulación, eminentemente teórica, por parte de los autores españoles de principios del siglo XX, casi siempre sobre la base de las previsiones normativas contenidas en la Ley italiana sobre municipalizaciones de 1903.

De este modo, cabe concluir que la labor pionera de la primera doctrina *iuspublicista* española y, señaladamente, de los profesores José GASCÓN Y MARÍN y Adolfo GONZÁLEZ POSADA, permitió, gracias a sus fluidos contactos con colegas de países de nuestro entorno inmediato y a su vocación cosmopolita, adelantar a nuestros autores varias décadas a su tiempo, e introducir a España en un apasionante debate jurídico y doctrinal que, aún hoy, sigue vivo: la relación entre poder público local y prestación de servicios a los ciudadanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.: *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de la Vida local, Madrid, 1952.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10 édition, Dalloz, Paris, 1993.
 - «Report from the Joint Select Committee of the House of Lords and the House of Commons on Municipal Trading (London, 1900)», *Edinburgh Review*, 192:394 (1900:Oct.), pp. 405-426.
- ALBI CHOLBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ÁVALOS PRESA, A.: *Municipalización de servicios públicos*, Jaén, 1916.
- AVEBURY, «Municipal trading», *Contemporary Review*, núm. 78 (1900: July/Dec.), pp. 28-37.
- AVEBURY: *Municipalización y nacionalización de los servicios públicos*, traducción de la tercera edición inglesa a cargo de J. PÉREZ HERVÁS, Imprenta Eugeni Subirana, Barcelona, 1912.
- AZCÁRATE, G.: *Municipalismo y regionalismo*, IEAL, Madrid, 1979.
- BERRUTI, B. (relatore): *Congresso Nazionale sui problemi della municipalizzazione. Riforma del T.U. 15 ottobre n. 2578, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie*, Confederazione della municipalizzazione, 2-5 luglio 1955, Roma

- BOZZI, G.: «Municipalizzazione dei pubblici servizi», *Enciclopedia del diritto XXVII*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 363-386.
- BUSQUETS, J.: *Barcelona: la construcción urbanística de una ciudad compacta*, ediciones del Serbal, Barcelona, 2004.
- CACHÓN, L.: «Estado de Bienestar y capitalismo avanzado» en J. BENEDICTO/ M. L. MORÁN (eds), *Sociedad y Política. Temas de sociología política*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1995, pp. 195-223.
- CAMERA, C./ MAGNANI, A.: *Commento alla legge 29 marzo 1903*, Rocca S. Casciano, 1903.
- CARRASCO CANALS, C.: «El Municipio en la Administración española del siglo XIX», *REVL* 1972, núm. 173, pp. 71-102.
- CARRO MARTÍNEZ, A.: «La Revolución urbana», *REVL* 1969, núm. 163, pp. 353-381.
- DOGLIANI, P. / GASPARI, O.: «Origini e sviluppo del movimento comunale europeo nel Novecento», en P. DOGLIANI/ O. GASPARI (a cura di), *L'Europa dei comuni dalla fine dell'Ottocento al secondo dopoguerra*, Donzelli, Roma, 2003, pp. 7-31.
- DOGLIANI, P.: *Un laboratorio di socialismo municipale. La Francia (1870-1920)*, FrancoAngeli, Milano, 1992.
- DREYFUS, F.: *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, Paris, 1973.
- DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público*, Editorial Francisco Beltrán, Madrid, 1926.
- ELORRIETA Y ARTAZA, T.: *Conferencia de 13 de marzo de 1919: la municipalización de servicios en el Condado de Londres*, Imprenta Municipal, Madrid, 1919.
- ENSEÑAT ALEMANY, J.: *El Ayuntamiento de Palma y la municipalización de servicios*, Tipografía de Armengual y Muntaner, Palma de Mallorca, 1920.
- EUSEBIO, L.: *La Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1916.
- EVAIN, M.: *El socialismo municipal*, Imprenta de Eugeni Subirana, Barcelona, 1912.
- FLAQUER ROSELL, N.: *Síntesis evolutiva monográfica de la municipalización y provincialización de servicios*, Imprenta Bayer Hnos, Barcelona, 1957.
- FORSTHOFF, E.: «Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung», en E. FORSTHOFF, *E. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959, pp. 22-34.

- GALIZIA, M.: «Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie, con particolare riferimento all'esercizio mediante azienda speciale», *Rivista amministrativa della Repubblica* 1962, núm. 112, pp. 81-96.
- GALLEGO ANABITARTE, I.: *Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000)*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Turgot y los orígenes del municipalismo moderno», *RAP* 1960, núm. 33, pp. 79-107.
- «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP* 1955, núm. 17, pp. 87-138.
- GARCÍA LABELLA, J.: *Nociones de Derecho político y legislación administrativa*, Editorial Reus, Madrid, 1935.
- GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Universal, Madrid, 1977.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J.: «Los fines de la Administración», *RAP* 1953, núm. 11, pp. 33-44.
- GASCÓN Y MARÍN, J., *Acción Social Municipal*, Madrid, Ministerio del Trabajo, Madrid, 1950.
- *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1936.
- *Compendio de Derecho Administrativo*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1927.
- *Guía para el estudio del Derecho Administrativo y programa para 1926*.
- *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1921.
- *Estudio jurídico de la municipalización de servicios en España. Posibilidad de municipalizar servicios*, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, Madrid, 1919.
- *Guía para el estudio del Derecho Administrativo y programa para 1919*.
- «Nociones de Derecho Administrativo y legislación provincial y municipal», en VILLA/GASCÓN/PINTEÑO, *Contestación a los temas de esta materia para los exámenes de aspirantes a Secretarios de Ayuntamientos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.
- *Municipalización de servicios públicos*, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1904.
- GIACCI, O.: «La municipalizzazione», *Amministrazione civile*, abril-agosto 1961, pp. 297-314.

- GÜENECHEA, J. N.: *Ensayo de Derecho Administrativo*, tomo I, Imprenta del corazón de Jesús, Bilbao, 1910.
- IBÁÑEZ PAPELL, E.: *Servicios públicos municipales: organización y aspectos económicos, con un estudio de la municipalización del abastecimiento de leche*, Bayer Hnos. y Comp., Barcelona, 1940.
- JANER I DURAN, E.: «Las grandes ciudades», *REVL* 1946, núm. 25, pp. 3-17.
- JELLINGHAUS, L.: *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur. Zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19 Jahrhunderts, Recht in der Industriellen Revolution*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2006.
- JORDANA DE POZAS, L.: «El profesor GASCÓN y MARÍN y su obra», *REVL* 1962, núm. 125, pp. 641-672.
- «El problema de los fines de la actividad administrativa», *RAP* 1951, núm. 4, pp. 11-28.
- LAPORTA, F.: *Adolfo POSADA. Política y Sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1974.
- LON ALBAREDA, J.: *Municipalización y Haciendas Locales*, Conferencia del 20 de marzo de 1919, Imprenta municipal, Madrid, 1919.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «GASCÓN y MARÍN, José», en AA.VV, *Diccionario de Ateneístas de Sevilla*, Ateneo de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 134-139.
- MAGALDI, N.: «Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés (*Municipal trading*) y la Sociedad Fabiana», *REALA* 2010, núm. 313-314, pp. 13-56.
- *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*, Universidad del Externado, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho núm. 48, Bogotá, 2007.
- MALARET, E.: «Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?», *REALA* 2003, núm. 291, pp. 567-608.
- MANNORI, L. /SORDI, B.: *Storia del diritto amministrativo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001.
- MARTÍN MATEO, R.: «La ordenación pública del sector salud», *RAP* 1984, núm. 84, pp. 371-374.
- MIMIN, P. *Le Socialisme municipal devant le Conseil d'État*, Recueil Sirey, Paris, 1911.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La reforma social en España : Adolfo POSADA*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

- MORENO PÁEZ, L. M.: «Notas para un estudio sobre la municipalización de servicios públicos», *REVL* 1958, núm. 98, pp. 211-232.
- MUMFORD, L.: *The city in history*, Penguin in association with Secker and Warburg, Harmondsworth, 1966.
- MURATTI, N.: *Municipalización de los servicios públicos. Estudio económico, financiero, político, jurídico y social*, Librería jurídica, Buenos Aires, 1928.
- NIETO, A.: «Influencias extranjeras en la evolución de la ciencia española del Derecho administrativo», en *Anales de la Universidad de la Laguna*, vol. III, 1965-1966, pp. 45-68.
- OLTRA PICÓ, J.: *Socialización de las fincas urbanas y municipalización de los servicios*, Editorial marxista, Ediciones del Consejo Económico y Técnico del P.O.U.M., Barcelona, 1937.
- PEDREGAL Y FERNÁNDEZ, M.: *Municipalización Comparada*, Tipografía de Archivos, Madrid, 1930.
- PISCHEL, G.: *La municipalizzazione in Itali: ieri, oggi, domani*, Confederazione della municipalizzazione, Roma, 1965.
- POSADA, A.: *Fragmentos de mis memorias*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983.
- «Idea y problemas de una política municipal», en POSADA, A., *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, pp. 213-220.
 - «La ciudad moderna», en POSADA, A., *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, pp. 317-409.
 - «Municipalización de servicios», en POSADA, A., *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, pp. 261-279.
 - «Reflexiones sobre el Gobierno de la ciudad», en POSADA, A., *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 1979, pp. 299-313.
 - *La nouvelle Constitution espagnole* (con prólogo de J. BARTHÉLEMY y B. MIRKINE-GUETZEVICH), París, 1932 (traducción española de Antonio BUENO ARMUJO, Madrid, INAP, 2008).
 - *El régimen municipal de la ciudad moderna*, 3ª edición, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1916.
- RINCÓN CÓRDOBA, J. I.: *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, 2 edición, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

- ROWE, L. S.: *El gobierno de la ciudad y sus problemas* (trad. española de Lucila POSADA), Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1914.
- RUIZ JIMÉNEZ, J.: *Nacionalización y municipalización de servicios colectivos*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1921.
- SÁNCHEZ DE JUAN, J. A.: «Il movimento di riforma municipale in Spagna e i rapporti con le reti intermunicipali europee (1900-36)», en DOGLIANI, P. / GASPARI, O., (a cura di), *L'Europa dei comuni dalla fine dell'Ottocento al secondo dopoguerra*, Donzelli, Roma, 2003, pp. 123-148.
- SOSA WAGNER, F.: *Juristas en la Segunda República. Los iuspublicistas*, Marcial Pons-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- VALENTÍ CAMP, S.: *Ideólogos, teorizantes y videntes*, Biblioteca de Cultura Moderna y Contemporánea, Editorial Minerva, Barcelona, 1922. El libro está digitalizado gracias al «Proyecto Filosofía en español» (www.filosofia.org/aut/svc).
- VALLÉS I PUJALS, J.: *Qüestions municipals, publicació de la joventut nacionalista*, Impremta moderna de Guinart y Pujolar, Barcelona, 1909.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: «Estudio introductorio» en POSADA, A., *La nouvelle Constitution espagnole*, INAP, Madrid, 2008, pp. VIII-XLVI.
- VEBER, A.: *Le socialisme municipal*, V. Giards & E. Brière, 5 ed., París, 1908.
- ZUCCONI, G.: «Il Municipio, nuevo soggetto urbanistico: la svolta di fine Ottocento», en DOGLIANI, P. / GASPARI, O., (a cura di), *L'Europa dei comuni dalla fine dell'Ottocento al secondo dopoguerra*, Donzelli, Roma, 2003, pp. 63-75.

ANIMALES POTENCIALMENTE PELIGROSOS: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO(*) ()**

MARÍA LUISA ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. MARCO NORMATIVO: 1. Antecedentes históricos: el carácter sanitario de las disposiciones de principios del siglo XX. 2. La normativa autonómica anterior a la LAPP. 3. La presión social como origen de la normativa sobre animales potencialmente peligrosos: A) La cuestión del carácter «básico» de la LAPP B) La LAPP como «norma comprometida con el bienestar animal». 4. El RD 287/2002, de 22 de marzo. 5. Normas autonómicas. 6. Normas locales.– III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.– IV. EL POLÉMICO CONCEPTO DE «ANIMAL POTENCIALMENTE PELIGROSO». 1. La tendencia expansiva de la LAPP. 2. Animales pertenecientes a la fauna salvaje. 3. Animales domésticos o de compañía: especial referencia a los animales de la especie canina. A) Los ingredientes de la agresividad: el irresoluble debate entre raza o educación. B) Las prescripciones del RD 287/2002. a) Razas enumeradas. b) Los criterios del Anexo II. c) Los criterios supletorios: el «carácter marcadamente agresivo» o «el haber protagonizado ataques con anterioridad».– V. LOS REQUISITOS PARA LA TENENCIA DE ANIMALES POTENCIALMENTE PELIGROSOS: 1. La licencia: justificación y naturaleza. 2. Requisitos para su obtención: A) Mayoría de edad. B) No tener antecedentes penales. C) Aptitud física y psicológica. D) Suscripción del seguro de responsabilidad civil. E) Procedimiento para su otorgamiento.– VI. REGISTRO E IDENTIFICACIÓN DE ANIMALES POTENCIALMENTE PELIGROSOS.– VII. INFRACCIONES Y SANCIONES.– VIII. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL: 1. Responsabilidad civil. 2. Responsabilidad penal.– BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: La existencia de normas específicas en las que se regula el régimen jurídico de los llamados «animales potencialmente peligrosos» cuenta ya con algunos años en nuestro país. Sin embargo, la doctrina ha prestado escasa atención a los diversos problemas que se plantean en relación con dicha regulación, no existiendo apenas trabajos al respecto. El objetivo de este artículo es realizar una aproximación a algunas

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 22 de diciembre de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de febrero de 2012.

(**) El acceso a una gran parte de la documentación utilizada en este trabajo ha sido posible gracias a la beca postdoctoral concedida por el MEC para llevar a cabo una estancia de investigación postdoctoral en la Universidad de Cambridge (Reino Unido).

cuestiones jurídicas que se plantean en relación con el régimen jurídico de estos animales, con especial atención al régimen de intervención administrativa.

Palabras clave: animales potencialmente peligrosos; perros; intervención administrativa.

ABSTRACT: Specific rules concerning the so-called «potentially dangerous animals» are not quite new in Spain. In 1990, Spanish Government passed the General Regulation concerning Dangerous Animals. However, since then, scholars have hardly studied the problems that arise from this new regulation. The aim of this paper is to offer a general approach to some of the legal problems connected with this topic, with special attention to the role of the Spanish Administration.

Key words: potentially dangerous animals; dogs; administrative intervention.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de una regulación particular sobre animales peligrosos surge para llenar el vacío legal existente en nuestro país sobre esta materia. Si bien es cierto que antes de 1999 —año en el que recibe su sanción la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, de Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos (en adelante, LAPP)— existían algunas disposiciones, éstas eran de alcance muy limitado, antiguas y claramente insuficientes. La inoperatividad estas normas y la necesidad de un enfoque actualizado y global se pusieron en evidencia, de forma palmaria, a raíz de una serie de ataques de perros a personas que desencadenaron una gran alarma social con la subsiguiente presión para que se adoptasen medidas de forma urgente.

El objetivo de este trabajo es realizar una aproximación al régimen jurídico de los llamados «animales potencialmente peligrosos», para ello se analizan diversas cuestiones que van desde la precisión del propio concepto de «animal potencialmente peligroso» a la consideración de otros aspectos relevantes como licencias, registros, régimen sancionador o responsabilidad.

Este estudio gravita principalmente sobre la LAPP, si bien, un análisis global ha exigido considerar otras disposiciones, en particular, las dictadas por las CCAA. Ineludible, de igual modo, resulta la cita de determinadas normas internacionales, comunitarias o estatales.

II. MARCO NORMATIVO

1. Normativa autonómica anterior a la LAPP

El grueso de las funciones sobre los canes la han venido ejerciendo, hasta finales del siglo XX, las entidades locales. No obstante, la base legal para su actuación de se recogía en normas antiguas, escasas e imprecisas que, además, eran raramente observadas.

Esta situación motivó que, tras luctuosos sucesos relacionados con perros a finales de los años 90 y ante la falta de una disposición estatal de referencia en la que se abordara este problema, algunas CCAA dictasen normas al respecto. Así lo hicieron Madrid (Decreto 19/1999, de 4 de febrero sobre identificación y tenencia de los perros de guarda y defensa) (1); Valencia (Orden de 8 de febrero de 1999 sobre controles suplementarios relativos a la tenencia de perros potencialmente peligrosos) (2); Cantabria (Decreto 64/1999, de 11 de junio, sobre identificación y tenencia de perros de guarda y defensa) (3); Castilla-León (Decreto 134/1999, de 24 de junio, que aprueba el Reglamento de la Ley de animales de compañía de Castilla y León) (4) y, por último, Cataluña (Ley 10/1999, de 30 de julio, sobre tenencia de perros considerados potencialmente peligrosos) (5).

Rasgo común a todas ellas, excepción hecha de la Ley catalana, es su excesiva brevedad y escasa utilidad práctica. Parece, en efecto, que fueron dictadas con ánimo de salvar un momento, más que para resolver, realmente, una situación difícil. Su texto se organiza en no más de diez artículos (en algunos casos, como el valenciano, ni siquiera cinco) cuyo contenido suele responder a un esquema similar que puede resumirse en los siguientes puntos:

1º.- En primer lugar, se trata de normas de carácter infralegal. Salvo Cataluña, que promulga una Ley, las restantes Comunidades autónomas que

(1) Decreto 19/1999, de 4 de febrero (BOCM núm. 38, de 15 de febrero). Este Decreto ha sido derogado con posterioridad por el Decreto 30/2003, de 13 de marzo (BOCM núm. 84 de 9 de abril), salvo su disp. adic. 2ª en la que se actualizan las sanciones previstas en la Ley 1/1990, de 1 de febrero, sobre Protección de Animales Doméstico

(2) Orden de 8 de febrero de 1999 (DOGV núm. 3432, de 11 de febrero) que establece controles suplementarios relativos a la tenencia de perros potencialmente peligrosos. Esta Orden ha sido derogada por el Decreto 145/2000, de 26 de septiembre, por el que se regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en esta Comunidad.

(3) Decreto 64/1999, de 11 de junio (BOC núm. 121, de 18 de junio), sobre identificación y tenencia de perros de guarda y defensa.

(4) BOCyL núm 124, de 30 junio.

(5) Ley 10/1999, de 30 de julio (DOGC núm. 2948, de 9 de agosto), sobre tenencia de perros considerados potencialmente peligrosos.

regulan esta materia lo hacen a través de disposiciones reglamentarias de desarrollo de sus respectivas leyes de protección animal (6).

2°. En segundo lugar, su campo de aplicación es más reducido que el de la LAPP: ésta se concibe con el propósito de aplicarse a un espectro más amplio que los perros (por eso su rúbrica es *animales* potencialmente peligrosos no *perros* potencialmente peligrosos), mientras que las normas autonómicas se refieren a estos últimos exclusivamente.

3°. Todas —salvo Valencia— incluyen una «lista» de razas peligrosas, con lo que parece darse a entender que la peligrosidad depende únicamente de este dato (la raza) al no mencionarse ningún otro. Sólo la Ley catalana menciona junto la raza otros ingredientes que pueden ser determinantes de la peligrosidad, como los «antecedentes» del individuo (perros con episodios de agresiones) o el adiestramiento para el ataque y la defensa. Respecto del primero de los criterios mencionados, y sin perjuicio de reconocer el avance que esta Ley supone respecto de sus homónimas, su interpretación suscita algunas dudas. En efecto, la norma catalana califica de potencialmente peligrosos al perro que «haya protagonizado con anterioridad agresiones a personas u otros animales», expresión que plantea algunas dudas:

a) Por una parte, una interpretación literal del precepto llevaría a entender que son necesarios dos o más ataques no bastando uno aislado, ya que el término se utiliza en plural —*agresiones*— y no en singular.

b) Por otra, el que se mencionen las agresiones a «*personas u otros animales*» hace que pueda dudarse sobre si basta, para que el animal deba calificarse como potencialmente peligroso, con que haya agredido sólo a animales y no a personas.

c) Además, tampoco se especifica qué debe entenderse por «agresión». Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua española, «agresión» significa «*acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño*». A la vista de esta definición puede plantearse si para que el animal se considere como agresivo es suficiente cualquier tipo de agresión (por ejemplo, derribo de la víctima, acoso o intimidación) o si, por el contrario, es preciso una lesión física (que el animal haya mordido). Pero es que, incluso si se opta por esta última interpretación, tampoco se indica nada sobre qué lesión es «relevante»,

(6) Al inicio del Decreto madrileño 19/1999, puede leerse que «*la Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de Animales Domésticos y el Decreto 44/1991, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley, establecen el marco normativo en la Comunidad de Madrid en materia de Protección de animales domésticos. No obstante, no existe una regulación específica que regule, adaptándose a sus especiales condiciones, la tenencia como animal de compañía de perros de razas de guarda y defensa*». En la misma línea se sitúa la Orden valenciana.

lo que lleva a preguntarse si para que exista agresión es suficiente cualquier tipo de ellas o se requiere un determinado nivel de gravedad.

d) Por último, junto a las lesiones (físicas) es indiscutible que una agresión puede causar secuelas psicológicas en la víctima, incluso si no ha llegado a sufrir daño corporal alguno. A mi parecer, si aquéllas son suficientemente acreditadas por profesional cualificado, no hay duda que también deben tomarse en cuenta a la hora de llevar a cabo la catalogación del individuo. Se entra aquí en un campo difícil y resbaladizo donde la labor del profesional es fundamental para apreciar si realmente existe una desviación del carácter del animal que debe llevar a calificarlo como «agresivo».

4º.- Por lo que se refiere a las razas catalogadas, la enumeración coincide plenamente en los Decretos cántabro y madrileño (7). En cambio la Ley catalana introduce algunas variantes al eliminar alguna las razas contenidas y añadir otras (8). Además de la perplejidad que puede causar el que un perro pueda ser o no peligroso dependiendo del criterio del legislador o la Administración de turno, esta oscilación conduce de lleno al debate sobre si el elemento determinante en la agresividad de un perro es su raza o su educación; es decir, a discernir si hay razas perros agresivos «genéticamente», o si, por el contrario, la agresividad es resultado de la educación o el adiestramiento que reciba el perro, independientemente de su raza. Como se verá más adelante éste es uno de los puntos que provocó una mayor división de opiniones durante la tramitación parlamentaria de la LAPP. Finalmente, el legislador estatal optó por un criterio similar, aunque no idéntico, al del legislador catalán al admitir la combinación de ambos. No obstante, a diferencia de la Ley catalana, no se contienen en la LAPP un catálogo de razas potencialmente peligrosas, cuestión que se consideró más oportuno encomendar al Reglamento de desarrollo.

5º.- En quinto lugar, las normas autonómicas recogen la obligación de censo de los animales incluidos en su ámbito de aplicación, si bien tampoco parece clara a quien corresponde ya que se hace recaer, según los casos, sobre los poseedores «*por cualquier título*» (Cantabria); o sobre los propietarios (Madrid y Cataluña) (9). Nada se especifica sobre este extremo en la Orden Valenciana.

(7) En concreto, tales razas son las siguientes: American Staffordshire Terrier, Boxer, Bullmastiff, Dobermann, Dogo Argentino, Dogo de Burdeos Dogo del Tíbet Fila Brasileiro Mastín Napolitano Pit Bull Terrier Presa Canario Presa Mallorquín (Ca de Bou) Rottweiler Staffordshire Bull Terrier.

(8) La Ley catalana no incluye American Staffordshire Terrier, el Boxer, el Dogo del Tíbet ni el Presa Mallorquín. En cambio añade el Tosa Japonés

(9) El Decreto madrileño se remite, en lo que a la inscripción se refiere, a lo dispuesto en la Orden de esta Comunidad 11/1993, de 12 de enero, que regula la inscripción en el Registro de Identificación de Animales de compañía.

6°.- En cuanto al Registro donde debe practicarse la inscripción del animal, mientras la Ley catalana se limita a decir que dicha inscripción debe realizarse en el registro censal del Ayuntamiento «*que corresponda*» (10) sin más especificaciones, el Decreto cántabro induce a confusión al indicar que dicha inscripción deberá hacerse en el Ayuntamiento del término municipal donde «*los animales residan habitualmente*». No es extraño que los perros puedan encontrarse en un lugar distinto al de la residencia del propietario o poseedor. Habida cuenta las características morfológicas de los perros concernidos —grandes y robustos— es frecuente que éstos se adquieran para labores de guarda en casas con jardín que suelen encontrarse distinto término municipal al de la primera residencia del propietario. Una interpretación literal de la norma llevaría a que el animal debiera de censarse, en tales casos, en municipio distinto al de donde el tenedor tuviese su residencia habitual. Parece que lo más adecuado sería haber especificado que la inscripción deberá hacerse en el Registro del Ayuntamiento donde aquél tenga su residencia habitual, con lo que se hubiera zanjado cualquier duda interpretativa.

7°.- Muy deficiente es el contenido de las normas autonómicas en relación con las medidas de seguridad, cuestión nuclear, huelga decirlo, para el éxito de una normativa de este tipo. En algunos casos se exige a los propietarios de contratar un seguro de responsabilidad civil (Madrid); en otros (Cantabria, Valencia) lo único que se prevé es que, cuando circulen o se encuentren en vías públicas los canes deberán ir «*provistos de bozal y sujetos a una correa corta*», sin especificar el tipo ni la longitud de uno ni de la otra. La más completa en este punto es la Ley catalana que, hace extensiva la obligación de llevar a los perros atados y con bozal además de a la vías públicas a «*las partes comunes de los inmuebles colectivos, transportes públicos y lugares y espacios de uso público general*», prohibiendo, además, que sean conducidos por menores de dieciséis años y especificando las condiciones en que los animales han de ser mantenidos incluso en el interior de los recintos privados a fin de que puedan escapar y cometer daños a terceros.

8°.- Por último, la necesidad de suscribir un seguro de responsabilidad civil, aparece como condición para la tenencia e inscripción en Cataluña (art. 3.4), Madrid (art. 2.2) y Cantabria (art. 2.3). En estos dos últimos casos, se prevé que no podrá ser inferior a 20 millones de las antiguas pesetas (120.000 euros). En cambio, la Ley catalana únicamente indica que dicho seguro deberá cubrir «*la indemnización de los daños que dichos animales puedan provocar a las personas y a los demás animales*». La falta de contratación de este seguro tiene la consideración de falta grave sancionable con multa de 25.000 a

(10) Art. 3.

250.000 pesetas (150 a 150.000 euros). Cantabria y Madrid se remiten a lo previsto en sus respectivas leyes de protección animal, que, sin embargo, no contienen ninguna disposición especial al respecto salvo la proclamación general de responsabilidad del poseedor de un animal por los daños que éste cause (art. 1905 del Cc.).

La principal conclusión que se extrae de la lectura de estas normas es su carácter impreciso. Se trata de normas excesivamente breves que no contemplan sino algunos aspectos del problema. No establecen, con carácter general, suficientes medidas de control «*ex ante*» ni tampoco eficaces medidas de seguridad. Todo ello no puede sino conducir a un juicio desfavorable de las mismas.

3. La presión social como origen de la vigente normativa sobre animales peligrosos

La adopción de las disposiciones sobre perros peligrosos vino determinada por la importantísima presión mediática (11) que se produjo como resultado de

[11] Así lo constatan, entre otros, PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o (2002): «Los animales potencialmente peligrosos: de la alarma social a un peligroso olvido. Problemas de la Ley 50/1999, dos años más tarde», en *Animalia* núm. 140, p. 64; MATA ÁLVAREZ, M. (2000): «Régimen jurídico sobre la tenencia de animales potencialmente peligrosos: consideraciones en torno a la problemática que presentan determinados preceptos de la Ley 50/1999», en *Revista Científica de Alumnos de Derecho*, Asociación Cultural Universitaria «*Cum Laude*» de Universidad de Jaén núm. 5 (2000); VIGURI PEREA, A. (2000): «Algunas notas sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos» (Ref. La Ley 2116/2001). Una situación análoga se vivió, años antes en el Reino Unido, donde la doctrina ha subrayado —al igual que en España— la influencia de los medios de comunicación en la adopción de la *Dangerous Dog Act* de 1991 (DDA) En este sentido pueden consultarse los trabajos de HOOD, C. (2000): «Assesing the Dangerous Dogs Act: when does a regulatory law fail», en *Public Law Review* p. 282 para quien «*in public debate the DDA has become a synonym for any unthinking reflex legislative response to media hype*»; o RADFORD, M. (2001): *Animal Welfare Law in Britain. Regulation and responsibility*. Oxford University Press, Oxford, p. 346 para quien la DDA es «*an extempore response by the Government to a series of well-publicized attacks on humans by dogs*»; Vid., asimismo, HUGHES, P. (1998), «Dogs», Research Paper 98/6, 2 January 1998, *Science and Environment Section*, House of Commons Library, p. 8. Esta influencia se analiza en el riguroso estudio realizado desde el *Centre for Animal Welfare and Anthrozoology* de la *University of Cambridge* (UK) por PODBERSCEK, A. (1992): «Dog on a tightrope: the position of the dog in British society as influenced by press report on dog attacks (1988 to 1992)», *Anthrozoos*, Vol. VII, núm. 4, pp. 232-241. En el citado trabajo, el autor hace un seguimiento del tratamiento que el ataque de perros a humanos otorgaron 5 de los principales periódicos británicos justo antes e inmediatamente después de la publicación de la DDA (años 1988 a 1992). Del mismo autor, puede consultarse también «Rage síndrome in our's dogs mind?» (2004) Appleby (editor), *The APBC Book of Companion animal Behavior*. Souvernir Press, London.

impactantes ataques que perros a humanos (especialmente niños) (12), algunos de ellos con fatal desenlace.

La precipitación (13) con que se actuó con el fin de proveer una regulación que terminara con el vacío existente y «pacificara» la opinión pública, tuvo como resultado la publicación de disposiciones ambiguas, polémicas y fuertemente contestadas (14). Tal precipitación no pasó desapercibida durante la tramitación parlamentaria de la LAPP, durante la cual se llegó a decir que era una norma dirigida «*ser un gesto*» con el fin de «*reclamar la atención de ciertos colectivos y a quedar bien ante una determinada demanda social que a resolver el problema*» (15). En su gestación se aprecia una importante

(12) En el Reino Unido, noticias sobre ataques de perros a personas pueden encontrarse en *The Economist* de 10 de febrero de 1991, pág 30; *The Times* de 9 de mayo de 1991, p. 24; *The Times* de 14 de mayo de 1991, p. 15; *The Independent* de 14 de mayo de 1991, p. 4; *The Guardian* de 20 de mayo de 1991, p. 22; *The Times* de 20 de mayo de 1991, p. 3.

(13) En España el Proyecto de Ley se tramitó por el procedimiento de urgencia. La presión social que subyace tras la tramitación del proyecto se puede apreciar en el mismo acto de su presentación, al anunciar el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación anuncia que él se recogen «*todos los aspectos que han sido demandados insistentemente por la sociedad en los últimos meses...*» (DSCD 21 de octubre de 1999, núm. 266, p. 14149). Asimismo, en el debate del Proyecto el Ministro comienza su intervención señalando que «*el Gobierno se ha sensibilizado ante el clima de inquietud social originado a raíz de las agresiones protagonizadas por ciertas razas de perros, que han proliferado últimamente en nuestro país, agresiones que han sufrido y pueden sufrir sobre todo los niños y que, como todos conocemos, en unos casos han causado lesiones importantes y en otros, desgraciadamente, han llegado a provocar la muerte*» (DSCD 21 de octubre de 1999, núm. 266, p. 14223). En el caso inglés, como señala RADFORD, M. (2001:p. 346), la tramitación de la DDA en los Comunes se realizó en un solo día, habiendo sido publicada apenas cuatro días antes. Sobre la tramitación de la DDA vid. Hansard Society for Parliamentary Government, *Making the Law. The Report of the Hansard Society Commission on the Legislative Process* (1992) Ap. 6. Críticas a la DDA pueden encontrar en TUCKER, D.(1996): «*Dangerous Dogs Act 1991: Law bites dog*», *Criminal Law Review*, pp. 568-571.

(14) Así, en el caso español, durante los debates se dijo que se trataba de un proyecto que llegaba «*tarde y mal*» (Grupo Mixto, DSCD 21 de octubre de 1999, núm. 266, p. 14224) presentado, en palabras del Sr. López Garrido, «*para cubrir el expediente*». La enmienda a la totalidad de dicho grupo se basó en que era imposible «*arreglar los múltiples descosidos (...) mediante enmiendas al articulado*».

Por su parte, el grupo socialista fundamentó su veto al proyecto en que «*en él no se establece una regulación general que responda a las necesidades y expectativas sociales que demanda esta materia, de manera que (con él) no se podrán alcanzar los objetivos que se requieren en el ámbito de una legislación socialmente avanzada, global y actualizada sobre el perro como animal de compañía que garantice tanto la seguridad de las personas y la responsabilidad de sus tenedores o dueños así como el derecho a disfrutar de la compañía de este animal*» (BOCG-CD núm. 184-3, de 26 de octubre de 1999, p. 12). Ciertamente, el argumento del grupo socialista puede considerarse acertado y su propósito loable. No obstante su rechazo es justificado en cuanto dicha propuesta rebasa el concreto ámbito del proyecto (los perros peligrosos) yendo «*mas allá*».

(15) DSCG-CD núm. 266, de 21 de octubre, p. 14.227.

falta de consenso que se materializó en la presentación de tres enmiendas a la totalidad (16).

La cuestión es preocupante desde el momento en el que el legislador español no tomó nota de la experiencia suministrada en otros países, singularmente, el Reino Unido, donde la *Dangerous Dogs Act (DDA)*, promulgada ocho años antes, se considera un triste ejemplo de lo que «no debe ser» una ley (17).

Pues bien, el Estado concibe la LAPP como instrumento de armonización con el fin de articular una norma aplicable en todo el territorio nacional y, si bien es cierto que se refiere —principalmente— a los perros, lo que con ella se pretende es trazar el marco general para que la tenencia de ciertos animales que puedan ser, en su caso, peligrosos no cause mal alguno a las personas u otros animales. Esta Ley suscita múltiples interrogantes. A alguno de ellos se hace referencia a continuación.

A) Sobre el carácter «básico» de la LAPP

Una de las cuestiones que pueden plantearse respecto de la LAPP es la relativa a si tiene carácter de norma básica. Para resolver este punto debe estarse a lo dispuesto en la disposición final primera de la misma que predica esta cualidad de los artículos 4 y 9.1, en los que se regula, respectivamente, el «comercio» y las «obligaciones en materia de seguridad ciudadana e higiénico sanitarias», dictados al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 y 16, en los que se atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de planificación general de la actividad económica y bases y coordinación general de la sanidad, previsiones que, por tanto, habrán de ser objeto de desarrollo por las CCAA que hayan asumido competencias en la materia. Por tanto, no pretende agotar la regulación, sino tan sólo establecer un marco orientativo general en el que se deberá desenvolver la actuación de las demás Administraciones territoriales (art. 3.2)

B) La LAPP como «norma comprometida con el bienestar animal»

Otro de los aspectos que se subrayó más insistentemente en la defensa del proyecto de ley es que ésta se hace eco de las voces que demandan un mayor compromiso del legislador en la protección del bienestar de los animales.

(16) Los grupos Mixto, Socialista y Federal de Izquierda Unida.

(17) HOOD, C. (2000: p.282) señala que «*it is a truth universally acknowledged that the United Kingdom's Dangerous Dogs Act 1991 (...) is a cardinal example of poor, ill-thought-out regulation*». En el mismo sentido, RADFORD, M. (2001: p. 346).

No obstante, a mi juicio, nada en ella permite calificarla como especialmente comprometida con este fin ya que las únicas medidas en este sentido son, por una parte, la obligación que el artículo 9 impone a los criadores o tenedores de mantener a los animales que se hallen bajo su custodia en «*adecuadas condiciones higiénico-sanitarias*» y con los «*cuidados y atenciones necesarios de acuerdo con las necesidades fisiológicas y características propias de la especie o raza*», (obligaciones que por lo demás son sumamente imprecisas y difícil de exigir en su aplicación concreta) y, por otra, la exigencia de que el transporte de los animales se realice respetando la normativa sobre bienestar animal.

4. El RD 287/2002, de 22 de marzo

La LAPP no resuelve cuestiones fundamentales de las que depende directamente su aplicación, como cuáles son los animales que deben considerarse potencialmente peligrosos; la cuantía del seguro de responsabilidad civil; o la forma en la que se deben identificar los animales. Es por esto que una de las principales críticas que puede hacerse es su limitada utilidad ya que, al querer abarcarlo todo, en realidad no hace nada, limitándose a recoger unas formulaciones genéricas desprovistas de toda eficacia práctica. El resultado de esta imprecisión fue que sus disposiciones resultaron completamente inútiles por inaplicables.

Con el fin de paliar esta situación, y ante la pasividad de la Administración Central, algunas CCAA dictaron normas reglamentarias de desarrollo que hiciesen posible la efectiva aplicación de la LAPP (18). Lo anómalo de la situación condujo a que el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de abril de 2000, en la que se resolvía un supuesto de responsabilidad por las lesiones graves causadas por perros, reclamara un desarrollo eficaz de la LAPP, haciendo notar que situaciones como la que provocó su pronunciamiento debían «*alertar a los órganos de la Administración competentes para dictar las medidas preventivas necesarias, que deben tener presencia eficaz en la sociedad*». Finalmente, con un lapso de más de dos años desde la entrada en vigor de la LAPP, se dicta el RD 287/2002, de 22 de marzo, en el que se desarrollan alguna de sus prescripciones. Este RD establece el catálogo de los animales de la especie canina que pueden ser incluidos dentro de la

(18) Tal es el caso del Decreto valenciano 145/2000, de 26 de septiembre —DOGV núm. 3850, de 4 de octubre— sobre tenencia de perros potencialmente peligrosos, en el que se constata la ineficacia de las previsiones de la LAPP o el Decreto gallego 90/2002, de 28 de febrero, aprobado apenas unos días antes a la publicación del RD estatal, por el que se regula la tenencia de los animales potencialmente peligrosos y se crea el registro de identificación de animales de compañía y potencialmente peligrosos y de adiestradores caninos.

categoría de animales potencialmente peligrosos; establece los requisitos que se subordina la obtención de la licencia; la cuantía mínima del seguro de responsabilidad civil por los posibles daños causados a terceros y las medidas mínimas de seguridad para el adecuado manejo y custodia de los animales potencialmente peligrosos. Sus previsiones son susceptibles de ser precisadas, ampliadas o mejoradas por las CCAA.

5. Normas autonómicas

Como quiera que el RD 287/2002 no agota la regulación de la materia y, por otra parte, la propia LAPP contiene una serie de previsiones cuyo desarrollo se encomienda a las CCAA, con posterioridad a su promulgación las CCAA han dictado normas en las que se desarrollan sus contenidos.

En ciertos casos el legislador regional va más allá dictando normas que sobrepasan dicho objetivo al pretenderse, además, clarificar y unificar el marco normativo vigente en el respectivo ámbito territorial. Una de ellas es Decreto vasco 101/2004, de 1 junio (19), en el que se regula la tenencia de animales de la especie canina en esta comunidad, con el fin de *«dotar de la mayor claridad y certidumbre posible al aplicador de las diferentes normativas confluyentes en la materia»* con esta norma se pretende regular *«con más detalle la tenencia de perros en general»* contribuyendo, por lo que a los peligrosos se refiere *«al logro de los objetivos de la seguridad pública que sirven de base a la normativa estatal»* con este fin en este texto se refunden *«la normativa estatal y la autonómica transponiendo algunos artículos de la primera y realizando las oportunas remisiones a la misma»* (20).

6. Normativa local

Por lo que se refiere a las entidades locales, los Ayuntamientos, como ocurre desde las primeras disposiciones en la materia, han seguido dictando ordenanzas, de modo que en la actualidad rara es la Corporación que no dispone de normas al respecto. Como se ha indicado páginas atrás, la propia LAPP atribuye a las CCAA y a las EELL el desarrollo de sus previsiones al señalar

(19) Sustituye el anterior Decreto 66/2000, de 4 de abril.

(20) También pueden citarse el Decreto catalán 170/2002, de 11 junio, por el que se aprueban medidas en materia de perros considerados potencialmente peligrosos que se justifica en la necesidad de *«dotar de seguridad jurídica al régimen aplicable en Cataluña, de manera que particulares y administraciones implicadas tengan un marco normativo claro»*. Dicho Decreto amplía los mecanismos de control *«no sólo a las personas propietarias de los perros, sino también a las que los lleven por espacios públicos»* y el Decreto madrileño 30/2003, de 13 de marzo, con los que se pretende dar cumplida observancia a las obligaciones que la LAPP encomienda a las CCAA.

en su art. 3.2 que «*Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales serán competentes según los respectivos Estatutos de Autonomía y legislación básica de aplicación para dictar la normativa de desarrollo*». Por añadidura, sus competencias resultan de lo previsto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, donde se atribuye los Ayuntamientos la intervención (entre otros supuestos) en el ejercicio de la función de policía cuando existiese perturbación de la tranquilidad ciudadana con el fin de restablecerla o conservarla (art. 1.1).

III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Una de las cuestiones más discutidas durante la tramitación parlamentaria de la LAPP fue la falta de título del Estado para adoptarla, y la subsiguiente posible invasión de las competencias autonómicas. El Estado apelaba para su adopción a su competencia exclusiva en materia de «*seguridad pública*», título que para el grupo parlamentario vasco resultaba «*sorprendente*» al ser la LAPP una norma que versa sobre «*animales, producción y sanidad animal*», materia sobre la que —argumentaba este grupo— era posible una regulación autonómica en virtud del título competencial ganadería (art. 148.1.7) (21). Cataluña, por su parte, esgrimió las competencias asumidas por esta Comunidad en materia de protección y seguridad de las personas y bienes.

Para entender esta polémica debe tenerse en cuenta que, como se ha indicado al inicio de este trabajo, con anterioridad a la LAPP y ante la falta de regulación específica para el sector, algunas CCAA ya habían adoptado normas sobre perros potencialmente peligrosos. Además, como se ha dicho, tales normas se concebían como complemento de la normativa autonómica sobre protección de los animales domésticos. No obstante, su análisis ha puesto también de manifiesto que esta regulación era muy deficiente, fraccionaria y de escasa utilidad práctica a lo que debe añadirse que sólo algunas Comunidades autónomas disponían de esta regulación específica (Cantabria, Cataluña, Madrid y Valencia) no existiendo norma alguna a nivel nacional.

Era precisa, en definitiva, una regulación a nivel estatal de esta materia y el título más adecuado para ampararla, a pesar de las críticas que a la uti-

(21) En la defensa en el Congreso de la enmienda núm. 11 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) el Sr. Iñaki Anasagasti Oleabaga argumento que: «*El proyecto de norma no puede ampararse en el artículo 149.1.29, ya que su objeto deriva del título autonómico en materia de ganadería.*

De este modo, entendemos viene a trastocarse el sistema de distribución competencial mediante el abuso del título competencial que impide el ejercicio de las legítimas competencias de otros titulares» [BOCG-CD núm. 184-3, 26 de octubre de 1999, p. 13].

lización del merecío por parte de algunas CCAA, es el relativo a la seguridad pública. Así se deduce a la luz de la extensión que al mismo ha venido dando el TC para quien *el concepto de seguridad pública del artículo 149.1.29 de la Constitución, (...) debe entenderse (...) considerándolo grosso modo como el conjunto de actividades dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y el mantenimiento de la tranquilidad y del orden ciudadano*» [STC 123/1994, de 18 de diciembre]. Si bien *«no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de «seguridad pública», pues si así fuera, la práctica totalidad de las normas del Ordenamiento serían normas de seguridad pública, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto* (22) (...) *el ámbito normativo de la materia «seguridad pública» se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano*» [SSTC 148/2000, de 1 de junio y 104/1989, de 8 de junio].

De lo expuesto resulta que si bien en principio la invocación del título seguridad pública no parece adecuada para amparar una normativa estatal sobre animales domésticos en general (23), *sí lo es* en el caso que nos ocupa, siempre que *«las medidas respondan a las finalidades específicas de la seguridad pública»* (24). Es decir, este título puede legitimar la actuación estatal, siempre que en el caso que el fin esencial de la norma sea la protección de personas y bienes, el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadanos, lo que acontece en el supuesto que ahora se analiza. La propia Exposición de Motivos de la LAPP declara que su objeto es la protección de las personas y bienes frente a otros animales potencialmente peligrosos *«sin perjuicio de las competencias que de acuerdo con sus Estatutos tengan atribuidas las CCAA en materia de personas y bienes y mantenimiento del orden público»*. Por tanto, el recurso a este título no cercena las competencias autonómicas por cuanto no se trata de una competencia *exclusiva* (25) del Estado sino *concurrente* con las CCAA, de manera que aquéllas con competencia en materia de protección de personas y bienes podrán dictar normas para regular los aspectos no previstos por la normativa estatal y proceder a su desarrollo reglamentario, siempre y

(22) STC 148/2000, de 1 de junio, FJ 6.

(23) Vid. PÉREZ MONGUIÓ, J.M.^o (2005): *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 194 y ss.

(24) STC 148/2000, de 1 de junio, FJ 9.

(25) Como es sabido, a pesar del encabezamiento del artículo 149.1 de la CE, no todos sus apartados recogen una competencia «exclusiva del Estado». En este precepto contiene, en realidad, una combinación de materias y de potestades, así como materias competencia exclusiva del Estado junto con otras compartidas o concurrentes con las CCAA. Sobre este punto vid. BLANCO ESTEVE, A (1981): «Sobre el concepto de competencias exclusivas», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 29, pp. 307-317.

cuando respeten lo en ella establecido lo que, además, explica la legitimidad de las normas adoptadas por éstas con anterioridad a la LAPP, cuya validez no ha sido cuestionada en ningún momento por el Estado. Esta conclusión resulta avalada, demás, por el dato de que la propia LAPP otorga un muy relevante papel a las CCAA y a las EELL (de conformidad con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos y en la LRBRL), de cuya actuación dependerá, en gran medida, el éxito de sus postulados.

IV. EL POLÉMICO CONCEPTO DE «ANIMAL POTENCIALMENTE PELIGROSO»

1. La tendencia expansiva de la LAPP

El artículo 2 de la LAPP, establece que *«con carácter genérico se consideran animales potencialmente peligrosos todos los que perteneciendo a la fauna salvaje, siendo utilizados como animales domésticos o de compañía, con independencia de su agresividad, pertenecen a especies o razas que tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños en las cosas»*.

Igualmente se prevé que tendrán la calificación de potencialmente peligrosos *«los animales domésticos o de compañía que reglamentariamente se determinen, en particular los pertenecientes a la especie canina, incluidos dentro de una tipología racial que por su carácter agresivo, tamaño o potencia de mandíbula tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños en las cosas»*.

De lo dispuesto en este artículo resulta que tendrán la consideración de potencialmente peligrosos: a) los animales pertenecientes a la *fauna salvaje* que *«sean utilizados como animales domésticos o de compañía»* (26) y b) los animales *domésticos o de compañía* que se determinen reglamentariamente y, c) en especial, los pertenecientes a la especie canina.

Llama la atención la gran amplitud con que se han delimitado el ámbito objetivo de la LAPP, al incluir no sólo los perros —a diferencia de lo que

(26) Crítica PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o (2006): *Animales potencialmente peligrosos*. Bosch, Barcelona, pp. 46 y 47 esta primera clasificación por entender que en ella se produce *«un error técnico que desconoce la clasificación tripartita de los animales desde los tiempos del Derecho Romano (...) que los agrupa en animales salvajes, domesticados y domésticos. Por tanto —añade este autor— un animal no puede ser salvaje y doméstico a la vez pertenecerá a una categoría u otra (de manera que) técnicamente es incorrecto manifestar que un animal será utilizado como animal doméstico, porque la domesticidad no es una función sino una característica. Las funciones serán, por ejemplo, la compañía, la carga, el abasto o el transporte.*

ocurre en el Reino Unido donde se optó por elaborar una norma que hiciese referencia específicamente a aquéllos sin incluir animales de otras especies—, a los animales domésticos en general, sino prácticamente todos los animales, ya que se hace referencia tanto a la «*fauna salvaje*» como a los «*domésticos*» y «*de compañía*». Es por ello que una de las principales críticas que pueden achacársele es su gran ambigüedad que impide discernir con claridad cuáles son los animales concernidos.

2. Animales pertenecientes a la fauna salvaje

El primer apartado del artículo 2 de la LAPP califica como potencialmente peligrosos a los animales pertenecientes a la fauna salvaje.

Para precisar a que tipo de animales quiere hacer referencia el legislador debe partirse de que dentro del concepto «fauna» —entendido como el «*conjunto de los animales de un país o región*» (27)— se distinguen tres categorías según la índole e instintos de los animales: una primera en que se incluyen los fieros (*ferae*), una segunda que abarca los mansos (*domestica*) y un último grupo relativo a los amansados (*mansuefacta*).

Salvajes o fieros son los animales que vagan libremente por la tierra, por el aire o por el mar, huyen de la de la presencia y de la compañía del hombre y no pueden ser ocupados sino por la fuerza. En esta clase se comprenden todos los que no estén en poder de los hombres de cualquier naturaleza que sean.

En la clase de los domesticados o amansados entran todos los que siendo fieros o salvajes por naturaleza han sido ganados por el hombre (28) que los ha acostumbrado a su compañía, adquiriendo muchos de ellos la costumbre de volver a la morada del poseedor (mientras conservan esta costumbre se asimilan a los mansos o domésticos según el art. 465 del Código Civil).

Por último, son mansos o domésticos los que nacen y se crían bajo el poder del hombre como las gallinas, bueyes, caballos, cerdos, gatos, etc. (29).

Esta clasificación procede del Derecho Romano de donde pasó al Fuero Real y a las Partidas (Ley 17 y siguientes, Título 28, Partida 3ª), y es la base

(27) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (22ª edición).

(28) En esta categoría se podrían incluir, por ejemplo, los animales utilizados en los circos.

(29) *Vid.* HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (1998), «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», en *Actualidad Penal* núm. 17, p. 352. No obstante, a pesar de que este concepto parece claro, en alguna jurisprudencia menor se recoge un concepto singularmente restringido de animal doméstico. Este es el caso de la SAP de Segovia de 15 de septiembre de 1998, que no considera animal doméstico a un caballo a los efectos previstos en el antiguo artículo 632 del Código Penal.

de las disposiciones vigentes que se refieren a los animales considerados como bienes (cosas) (30) y a los medios legales para adquirir y perder su propiedad.

Hasta aquí no hay problema. La dificultad surge en cuanto que en el derecho español no existe, a día de hoy, un concepto jurídico de fauna salvaje (31), si bien «*existe una representación cultural colectiva de este tipo de animales, de los que pueden ser arquetipos las grandes fieras como el león o el tigre*» (32) (SAP de Cádiz de 16 de julio de 2004).

Partiendo de que los animales salvajes son los que vagan libremente por la tierra, por el aire o por el mar, huyen de la de la presencia y de la compañía del hombre y no pueden ser ocupados sino por la fuerza, debe tenerse en cuenta que *no todo* animal concebido como tal puede ser capturado. Existen algunos cuya conservación se considera prioritaria, prohibiéndose o limitándose su aprehensión o protegiéndose especialmente la perturbación de su hábitat (33).

(30) Como dice MUÑOZ MACHADO, S. en «Los animales y el Derecho», capítulo incluido en MUÑOZ MACHADO, S. *et al.* (1999), *Los animales y el Derecho*. Thomson-Civitas, Madrid, p. 47, «*para los Códigos Civiles, fuera del mundo de las personas, naturales o ficticias, solo existen las cosas. Y si los animales no son personas, aunque sean ficticias, solo pueden ser en la vida jurídica, cosas*», el Derecho, además, no modula distintos tratamientos dependiendo del tipo de cosa que se trate. Se establece, por lo tanto, una equiparación, sin duda injusta, entre todas las cosas sobre las que recae un régimen jurídico uniforme sin acogerse la distinción, admitida sin discusión por la doctrina, entre cosas muebles y semovientes.

(31) Algunas definiciones muy genéricas pueden encontrarse, por ejemplo en el art. 3 de la Ley 22/2003, de 4 de julio de la Generalidad de Cataluña (BOE núm. 189, de 8 de agosto), sobre Protección de los animales, que en su artículo 3 diferencia las siguientes categorías de animales: doméstico, de compañía, fauna salvaje autóctona y no autóctona, de compañía exótico, asalvajado, abandonado y salvaje urbano.

(32) Como curiosidad, advertir que los términos animal «salvaje» y «silvestre» se utilizan como sinónimos (así por ejemplo la Ley catalana 22/2003, de 4 de julio sobre Protección de los Animales habla de animales «salvajes» mientras que la Ley andaluza 8/2003, de 28 de octubre se refiere a los animales salvajes. Del mismo modo la Directiva 1999/22/CE, del Consejo, de 29 de marzo (DOCE L 94, de 9 de abril) se refiere al mantenimiento de animales «salvajes» en parques zoológicos, mientras que la norma interna de trasposición (la Ley 31/2003, de 27 de octubre) se rubrica de «conservación de la fauna *silvestre* en los parques zoológicos». La Real Academia de la Lengua Española define el animal salvaje (por remisión al fiero) como «*el que vagando libre por la tierra, el aire o el agua, es objeto adecuado para la apropiación, caza o pesca*», y el silvestre como el «*criado naturalmente y sin cultivo en selvas o campos*».

(33) Sobre las distintas manifestaciones de la tutela administrativa de las distintas especies, *vid.* MARTÍN MATEO, R. (1995): «La protección de la fauna y la flora», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 41 (1995), p. 647 y ss. *Vid.* también LÓPEZ RAMÓN (1980), *La protección de la fauna en el Derecho español*. Instituto García Oviedo, Sevilla. Y del mismo autor (1981), «Aspectos organizativos de la protección de la fauna silvestre», *Revista Española de Derecho administrativo* núm. 30, pp. 505 a 527.

En algunos casos la prohibición es relativa —limitada a ciertas épocas del año o zonas con el fin de favorecer la procreación (34)— mientras que en otros es absoluta o se condicionada a la previa obtención de autorización administrativa. Por tanto, para conocer qué especies de la fauna salvaje pueden poseer los particulares deberá estarse a lo dispuesto en diversas normas internacionales, comunitarias, estatales o autonómicas.

Entre las primeras (35) pueden citarse la Convención de Ramsar de 1971 sobre protección de humedales de importancia internacional, en cuanto hábitat de especies acuáticas (36); el Convenio internacional de especies amenazadas de la flora y fauna silvestres [más conocido por sus siglas en inglés «CITES» (37)] hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (38); el Convenio de Berna de 1979, sobre conservación de la vida silvestre y el medio natural (39); el Convenio de Bonn de 23 de junio de 1979, sobre conservación de especies migratorias de animales silvestres (40) o el Convenio sobre biodiversidad, firmado en Río de Janeiro en 1992 (41).

Entre las disposiciones comunitarias deberán tenerse en cuenta particularmente la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la Conservación de las Aves Silvestres («Aves Silvestres») (42), así como la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, sobre Conservación de los Hábitats Naturales y de la Fauna y Flora Silvestres («Hábitats») (43), en las que se prohíbe la captura, mantenimiento y comercio de gran número de especies, con ciertas excepciones para la investigación, educación, cría, repoblación o reintroducción de ejemplares (44). Igualmente debe considerarse

(34) Este es el sentido de las medidas protectoras contenidas en las Leyes de caza y pesca, en las que la protección se realiza en base a criterios exclusivamente antropocéntricos. Uno de los principales avances de la LCEN consistió en concebir la protección de la fauna salvaje «por su valor intrínseco como componente o eslabón de la biodiversidad». Sobre este particular, *vid.* NIETO GARRIDO, E (2001): *La protección de la fauna salvaje en el Ordenamiento jurídico español*. Lex Nova, Valladolid, p. 57

(35) Sobre la evolución de la normativa internacional y comunitaria sobre protección de la fauna salvaje, *vid.* HAVA GARCÍA, E (2001): *Protección jurídica de la fauna y flora en España*. Trotta, Madrid, pp.61 y ss. y NIETO GARRIDO, E (2001): pp. 61 y ss.)

(36) Ratificada por España por Instrumento de 18 de marzo de 1982.

(37) *Convention on International Trade in Endangered Species*.

(38) Ratificado por España el 16 de mayo de 1986.

(39) Ratificado por España el 13 de mayo de 1986.

(40) Ratificado por España el 22 de enero de 1985.

(41) Ratificado por España en 1994.

(42) DOCE L 103, de 25 de abril de 1979.

(43) Incorporada al Ordenamiento español por RD 1997/1995, de 7 de diciembre.

(44) La primera se traspone al Ordenamiento jurídico español por la LCEN de forma que no ha dejado de merecer importantes críticas por la doctrina. Por su parte, la directiva «Hábitats» se traspone por RD 1997/1995, de 7 de diciembre.

el Reglamento 338/1997/CE, del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (45) que aplica el convenio CITES en el ámbito comunitario (46) y el RD 1739/1997, de 20 de noviembre que establece las medidas de aplicación del CITES y del Reglamento 338/1997.

La Resolución de 5 de mayo de 1998 (47), de la Dirección General de Comercio Exterior, establece el modelo de documento de inspección de especies protegidas y designa los *Centros y Unidades de Asistencia Técnica e Inspección de Comercio Exterior* (CATICES) (48) a quienes corresponde la emisión de los permisos y certificados contemplados en el Reglamento 338/1997.

Las denuncias por posibles incumplimientos en la aplicación del CITES deben hacerse al Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA). Los permisos de importación y exportación de ejemplares o especies incluidas por su nombre científico en los Anexos vigentes del Convenio son competencia del Servicio CITES, de la Subdirección General de Inspección, Certificación y Asistencia Técnica del Comercio Exterior, dependiente de la Secretaría General de Comercio Exterior. El control de que la entrada y salida de animales se produce con la documentación precisa corresponde al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal Tributaria.

Por lo que a las normas estatales se refiere deben citarse leyes de Caza (49), Pesca, Zoos (50), del Patrimonio Natural y la Biodiversi-

(45) BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997. Este Reglamento sustituye el 3626/1982/CEE (DOCE L 384, de 31 de diciembre). Como hace notar HAVA GARCÍA, E. (2000: p.99), este último «trataba de asegurar la aplicación uniforme de los instrumentos de política comercial previstos en el CITES a los intercambios realizados entre los Estados Miembros y terceros países, de modo que no afectaran a la libre circulación de productos vigentes en la Comunidad, al tiempo que ordenaba la adopción de medidas de conservación más estrictas en el interior de su territorio. Así, amplió considerablemente el ámbito de aplicación del CITES, añadiendo dos nuevos anexos (...) y endureció en algunos casos los requisitos exigidos para realizar operaciones de importación o exportación entre los Estados miembros de la CEE y terceros Estados».

(46) Obliga a los Estados miembros a disponer de instalaciones adecuadas para el albergue y cuidado para los casos de importación de especímenes vivos de gran número de especies prohibiendo la exposición pública con fines comerciales de especímenes de las especies enumeradas en su anexo A (salvo en caso de concreta excepción justificada por fines educativos, de investigación o cría).

(47) BOE de 26 de mayo de 1998.

(48) Antes *Servicio Oficial de Inspección, Vigilancia y Regulación de las Exportaciones* (SOIVRE).

(49) El artículo 23.2 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, prevé que «Serán objeto de especial protección las especies de interés científico o en vías de extinción, las beneficiosas para la agricultura, las hembras y crías de todas aquellas que tengan un señalado valor cinegético y aquellas otras afectadas por convenios internacionales suscritos por el Estado español».

(50) Ley 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos

dad (51) o Contrabando (52), y finalmente, el Código Penal (53), donde se tipifican determinadas conductas contra la fauna salvaje (54).

Sin perjuicio de reconocer la importancia de todas las disposiciones citadas, es menester hacer hincapié en el importante avance que supuso, primero la ley 4/1989, de 27 de diciembre de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres y, posteriormente, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, al diseñar un régimen jurídico de protección aplicable, en general, a todas las especies de la flora y fauna que viven en estado silvestre en el territorio español con especial atención a las especies autóctonas. Concretamente, el art. 52 de esta última dispone que: «*Queda prohibido dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, sea cual fuere el método empleado o la fase de su ciclo biológico.*

Esta prohibición incluye su retención y captura en vivo, la destrucción, daño, recolección y retención de sus nidos, de sus crías o de sus huevos, estos últimos aun estando vacíos, así como la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior.

Para los animales no comprendidos en alguna de las categorías definidas en los artículos 53 y 55, estas prohibiciones no se aplicarán en los supuestos con regulación específica, en especial en la legislación de montes, caza, agricultura, pesca continental y pesca marítima».

Con el fin de otorgar la protección adecuada a las especies que se adscriben a cada una de las categorías mencionadas se crea el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, al que se añadirán los que, en su caso, puedan crear las Comunidades Autónomas al amparo de lo dispuesto en el artículo 55. Dicho catálogo es un registro público de carácter administrativo y alcance nacional.

En definitiva, de lo expuesto con anterioridad resulta que no son susceptibles de apropiación por los particulares aquellos animales salvajes o silvestres que sean objeto de protección especial en virtud de lo dispuesto en normas comunitarias, estatales, regionales u otras normas o convenios internacionales.

(51) Que deroga la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

(52) LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Contrabando. El artículo 2 f) de esta Ley se remite al CITES y al Reglamento 3626/1982/CEE, como normas jurídicas que han de integrar sus disposiciones.

(53) LO 10/1995, de 23 de noviembre (BOE de 24 de noviembre).

(54) El Capítulo IV del Título XVI (arts. 332 a 340) enumera los delitos contra la flora, la fauna y los animales domésticos. Por su parte, el artículo 632 regula las faltas.

Independientemente de ello, debe apuntarse que aunque la posesión de un animal salvaje o silvestre pueda estar «legalmente» permitida, en la mayoría de los casos, lo más aconsejable será no apartar al animal del hábitat que le es propio, y ello no sólo porque fuera del mismo es muy probable que no viva mucho tiempo, sino porque, por desgracia, comienzan a ser frecuentes los abandonos de animales salvajes y «exóticos», lo que produce importantes consecuencias adversas sobre la fauna autóctona (que, en algunos casos, conduce, incluso, a su desaparición) amén de los efectos negativos sobre la salud humana. Por ende, como quiera que no todos los animales pertenecientes a la fauna salvaje pueden objeto de apropiación esta circunstancia debiera haberse especificado por el legislador con el fin de evitar confusiones y problemas innecesarios. Por ello, hubiera sido recomendable (55) la sustitución en todo el texto de la LAPP de las referencias a los animales de la fauna salvaje por una remisión a una regulación específica prohibitiva o restrictiva de su tenencia. La referencia a la fauna salvaje en general, no hace más que confundir al parecer alentar o, cuando menos, consentir, la posesión y comercio de animales cuya posesión está, en muchos casos, especialmente proscrita. La única previsión a este respecto es la contenida en el último apartado del artículo 4 de la LAPP donde se prevé que *«Cuando las operaciones descritas en los apartados anteriores (importación, exportación, tránsito o transporte) se refieran a animales incluidos en las clasificaciones de especies protegidas, les será de aplicación, además, la legislación específica correspondiente»*.

3. Animales domésticos o de compañía. Especial referencia a los animales de la especie canina

Si bien la delimitación inicial del objeto de la LAPP puede plantear algunos problemas, de la lectura del resto de sus preceptos resulta que ésta se refiere a los animales pertenecientes a una especie concreta: la canina. No obstante, de la lectura de las intervenciones que se produjeron durante la discusión del Proyecto de Ley, se advierte que el legislador quiso mantener las referencias a los animales de la fauna salvaje en con el fin de cubrir aquellos casos en los que los daños provinieran de éstos (56) (en particular, se hizo mención a los animales de los circos). Sea como fuere, lo cierto es que muchas de las obligaciones que contiene la LAPP son de difícil aplicación a otro tipo de animales que no sean los perros (obligación de uso de bozal y correa, etc.)

(55) Como recomendó insistentemente el Grupo Mixto durante toda la tramitación del proyecto.

(56) Por ejemplo serpientes, camaleones, pájaros exóticos, peces, etc.

A) Los ingredientes de la agresividad. El irresoluble debate entre raza o educación

Uno de los problemas fundamentales a la hora de promulgar la LAPP fue el de cuál era el factor clave que hacía un animal —un perro— peligroso si la educación que éste recibiera o la raza.

Si se parte de que lo esencial es la educación, resulta que las medidas a adoptar debieran ser semejantes a las previstas en el caso de las armas de fuego ya que el animal sería un simple instrumento cuyo comportamiento está totalmente condicionado o subordinado a lo que sobre él se proyecte. Pero si, por el contrario, se concluye que existen animales que, por naturaleza —*per se*— son más peligrosos que otros, entonces debería de indagarse cuáles sean éstos y tomarse medidas para su control o exterminio. Partiendo de que esta última solución es socialmente inaceptable (57) y materialmente impracticable, la única alternativa posible sería la de limitar las condiciones de tenencia de estos animales imponiendo especiales obligaciones a los propietarios.

Aceptada esta solución el problema surge, entonces, en cuanto no existen estudios científicos que demuestren que, en efecto, hay unas razas más peligrosas que otras (58). Por lo que a España se refiere, del propio debate del parlamentario se deduce que el legislador no tenía muy claro como enfocar esta cuestión. En un principio la Exposición de Motivos del Proyecto (párrafo 5) recogió que la peligrosidad canina dependía de factores «*ambientales no genéticos*» (es decir educación, ambiente en el que se criara el animal) por lo que se consideraba que «*cualquier perro, de cualquier raza convenientemente adiestrado, puede presentar un peligro*» (59). Sin embargo, tras la discusión parlamentaria se consideró que lo más adecuado era modificar la redacción de este apartado, de manera que en el texto definitivo de la LAPP puede leerse que la peligrosidad canina depende *tanto* de factores ambientales *como* genéticos.

Con esta opción se permite, al menos, que puedan seleccionarse individuos singulares dentro de un determinado grupo sin que todos, por el simple

(57) En el Reino Unido, en un principio la *Home Office*, barajó la posibilidad de ordenar el sacrificio obligatorio de todos los Pit Bull. No obstante, esta opción fue descartada en cuanto hubiera supuesto la exterminación de más de 10.000 animales. La solución, por tanto, fue ofrecer la posibilidad de mantener dichos animales aunque bajo las estrictas condiciones que se recogen en el texto de la DDA, *Vid.* HOOD, C. (2000: p. 288).

(58) Muestra de la debilidad de este argumento es que una raza pueda considerarse peligrosa en Inglaterra y no en España (por ejemplo el Rotweiler es considerado raza peligrosa en este último país y no en el Reino Unido) o, más aún, el que dicha consideración varíe de una Comunidad Autónoma a otra, o, incluso entre municipios dentro de una misma provincia.

(59) BOCG-CD núm. 184-1, 27 de septiembre de 1999, p. 2.

hecho de pertenecer a una raza o cruce de razas, se consideren *de facto* peligrosos [solución esta última que, sin embargo, fue la adoptada por el legislador británico (60)], sino que, simplemente pueden llegar a serlo, «tienen esa *potencialidad*» (que podía llegar a desarrollarse por diversas causas). Para evitar los daños que en tal momento —paso de la mera posibilidad al hecho— pudieran causar, se consideró necesario adoptar ciertas medidas «preventivas», subordinando su tenencia al cumplimiento de ciertos requisitos particulares.

El legislador español, consciente de lo espinoso del problema, eludió la delimitación de razas concretas difiriendo esta labor a un posterior desarrollo reglamentario. Dicha omisión no puede imputarse a un mero descuido sino a una decisión consciente anunciada al presentarse el proyecto y plasmada posteriormente en el texto definitivo (art. 2.2) (61).

De este modo, el legislador español se aparta de la fórmula empleada en el Reino Unido, mucho más estricta, donde la determinación de los perros concernidos se hizo desde el principio en una norma de máximo (la DDA) con el propósito de erradicar del Reino Unido determinados tipos de razas.

B) Las previsiones del RD 287/2002, de 22 de marzo

A diferencia de lo que se hizo en el Reino Unido (62) —donde la enumeración de las razas peligrosas se hizo desde un primer momento en una norma de máximo nivel— en España, la LAPP difiere dicha labor a una norma de rango infralegal. No obstante, la LAPP no especificó más, por lo que se planteó el problema de si dicha delimitación debía realizarla el propio Estado

(60) DDA S (1). Sobre las razas prohibidas en el Reino Unido *vid.* DEFRA (1999), *Types of dogs prohibited in Great Britain*. DEFRA Publications, London, 2003 y BROOMAN, S.; LEGGE, D. (1999): *Law relating to animals*. Cavendish Publishing Limited, London.

(61) Es decir, maneja criterios tan vagos como el «tamaño» o la «potencia de la mandíbula» (¿qué tamaño debe tener? ¿qué potencia?) o el «carácter agresivo del animal» (¿cuando debe entenderse que un animal tiene carácter agresivo? ¿cuando demuestra gran valor? ¿cuando ataca sin motivo?). Para PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o: (2006: p. 48), la especificación de estas circunstancias parece dejar clara la referencia a los llamados «perros de presa». En cambio para MATA ÁLVAREZ, M (2000: p. 5), «Régimen jurídico...», los caracteres mencionados no son exclusivos de tales razas en cuanto «los perros que tradicionalmente se han utilizado para las peleas no sobrepasan los 18-20 kg, ni los 30-35 centímetros de alzada, precisamente por cuanto estas características de peso y talla son las que les hacen maniobrar con mayor agilidad y *Revista Española de Administración Pública* en el ring». Tampoco la potencia de mandíbula es exclusiva de los perros de presa, pues otros perros de raza pequeña —como el Fox Terrier o el Teckel— gozan de gran potencia mandibular.

(62) La opción del legislador británico fue mucho más radical que la del Español, pues la DDA contiene medidas dirigidas a la erradicación de ciertas razas de perros de su territorio (concretamente, dichas razas son: pit bull terrier, tosa japonés, el dogo argentino y el fila brasileño) y, por otro, medidas dirigidas a evitar que cualquier perro pueda causar daño cuando se encuentre en un lugar público.

mediante un reglamento ejecutivo o, por el contrario era competencia de las CCAA. Finalmente, se optó por la primera opción (lo que resulta más aconsejable desde el punto de vista de la uniformización (63), y sin perjuicio de que las CCAA puedan añadir, como así ha sucedido, otras razas) aprobándose el RD 287/2002, de 22 de marzo en el que se desarrollaban alguna de las prescripciones de la LAPP. En dicho RD se aborda, por fin, el problema de la enumeración concreta de razas que debían entenderse afectadas por lo dispuesto en la regulación sobre animales potencialmente peligrosos.

En efecto, el artículo 2 del mismo dispone que: «A los efectos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 50/1999, tendrán la consideración de perros potencialmente peligrosos:

a) Los que pertenezcan a las razas relacionadas en el anexo I del presente Real Decreto y a sus cruces.

b) Aquellos cuyas características se correspondan con todas o la mayoría de las que figuran en el anexo II.

A ello se añade que tendrán «en todo caso» la consideración de perros potencialmente peligrosos —aunque no se encuentren incluidos en los citados anexos— aquellos que manifiesten «un carácter marcadamente agresivo o que hayan protagonizado agresiones a personas o a otros animales».

Por tanto, se distinguen en esta disposición los siguientes supuestos: a) los perros de las razas mencionadas en el anexo I; b) los que reúnan la mayoría de las características del anexo segundo; c) y, finalmente, aquellos otros cualesquiera que hayan protagonizado agresiones o ataques a personas o a otros animales. El cuadro se cierra mediante el establecimiento de una serie de exclusiones y excepciones al régimen general. En el primer supuesto (exclusiones) se incluyen los perros y animales que, aun encuadrados en alguno de los anexos antes indicados, pertenezcan a las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, Policía Local y empresas de seguridad con autorización especial.

Por otra parte, se recoge la posibilidad de que se establezcan excepciones (art. 11 de la LAPP) al cumplimiento de «determinadas obligaciones» (que no se especifican) cuando se trate de organismos públicos o privados que utilicen estos animales con una *función social* (por ejemplo, perros lazarillo (64) y perros

(63) En el mismo sentido PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o: (2006:p.49).

(64) Vid. RD 3.250/1983, por el que se regula el uso de perros guía para deficientes visuales y la Orden de 18 de junio de 1985. Algunas CCAA han dictado disposiciones específicas mientras que otras regulan esta materia en la normas generales sobre la supresión de barreras arquitectónicas. El RD 1570/2007, de 30 de noviembre, modifica el RD 287/2002 con el fin de excluir específicamente del anexo II los canes que, pese a resultar afectados —en principio— por

utilizados en el rescate de personas, o con fines terapéuticos o asistenciales); explotaciones agrarias que utilicen perros de guardia, defensa y manejo de ganado así como las actividades de carácter cinagético (si bien se matiza que en ningún caso podrán dedicarse a las actividades ilícitas contempladas en la Ley) (65); y, por último, cuando se trate de pruebas de trabajo y deportivas con fines a la selección de ejemplares que participan en las mismas y que están autorizadas y supervisadas por la autoridad competente, con exclusión de los ejercicios para peleas y ataque, según lo dispuesto en la Ley.

a) Razas enumeradas

Conforme a lo expuesto, para conocer que perros son los afectados por la normativa de animales potencialmente peligrosos, habrá que estar, en primer lugar, a lo dispuesto en los citados anexos del Reglamento.

En el primero de ellos se contiene una enumeración de las razas (66). No se trata de una lista cerrada ya que la disposición final segunda del RD faculta al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación pueda proceder en cualquier momento a la inclusión de nuevas razas.

En relación con este apartado puede criticarse, en primer lugar, la absoluta falta de rigor científico en los criterios que fundan dicha selección pues no existe, a día de hoy, consenso entre los expertos sobre las razas que deban considerarse *per se* peligrosas (67), en lo único que parece existir acuerdo

lo dispuesto en el Anexo II sean perros guía o perros de asistencia acreditados y adiestrados en centros oficialmente reconocidos, conforme a la legislación autonómica o estatal o que se encuentren en fase de instrucción para adquirir dicha condición

(65) Durante la tramitación del proyecto se hizo notar que esta excepción (perros que vayan a ser utilizados en explotaciones agrarias para labores de «guardia, defensa y manejo de ganado») podría propiciar el mantenimiento de perros en dichas explotaciones con el fin de ser adiestrados para la pelea. Por ello se introdujo específicamente la previsión de que «en ningún caso puedan dedicarse a las actividades ilícitas contempladas en la Ley». En cualquier caso, la excepción resulta criticable en cuanto dichos perros, que pertenecen a alguna de las razas previstas como potencialmente peligrosas, se excepcionan del régimen general simplemente por estar en explotaciones agrarias, lo que no tiene sentido alguno.

(66) Curiosamente, como hace notar PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o (2006: p.51), no se introduce ninguna raza española (como el Presa canario o el Presa mallorquín)

(67) Un estudio llevado a cabo en la Universidad de Queensland incluyen entre las razas implicadas en un mayor número de ataques a los humanos las siguientes: Pit Bull Terrier, Bull Terrier, American Staffordshire Terrier, Pastor Alemán, San Bernardo, mestizos, Labrador, Cocker Spaniels, perros pastores, Doberman y Poodle (vid. PODBERSCEK, A.; BLACKSHAW, J. K. (1990), «Dog bites: why, when and where?», Aust. Vet. Practit. 20 (4), Dec 1990, p. 184. Sin embargo, en otro estudio realizado por los mismos autores, «A survey of dogs bites in Brisbane, Australia», Aust. Vet. Practit 23 (4), Dec. 1993, p. 179, las razas que habían protagonizado mayor número de ataques resultaron ser las siguientes: Australian Cattle dog, Pastor Alemán y cruces, Bull Terrier y cruces, Labrador y

es en la dificultad de llegar a resultados indiscutibles, dificultad derivada, en gran medida, de la falta de estadísticas disponibles y de fiabilidad del método utilizado (68). También es reprochable que se aluda, junto los animales de dichas razas, a los ejemplares que pudieran obtenerse mediante «*sus cruces*». Una interpretación estricta del precepto, podría llevar a la conclusión que el animal será peligroso si sus padres —ambos— pertenecen a una raza catalogada, pero no si uno de ellos está incluido en la enumeración y no el otro (69) (por ejemplo, cruce de pastor alemán —no incluido— con Rotweiler). Por ello puede considerarse más acertada la técnica utilizada por el Decreto Valenciano 145/2000, de 26 de septiembre (70), que se refiere a los cruces entre razas catalogadas entre sí «*o con otras razas obteniendo una tipología similar*».

En cualquier caso, habrá que estar a lo que al respecto dispongan las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Particularmente, estas últimas han venido elaborando ordenanzas sobre la materia en las que se amplía el número de razas consideradas potencialmente peligrosas.

b) Los criterios del anexo II

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 b) LAPP también se consideraran potencialmente peligrosos los canes que reúnan *todas o la mayoría* (es decir, 5) de las características que se enumeran en el anexo II, a saber: a) fuerte musculatura, aspecto poderoso, robusto, configuración atlética, agilidad, vigor y resistencia; b) marcado carácter y gran valor; c) pelo corto; d) perímetro torácico comprendido entre 60 y 80 centímetros, altura a la cruz entre 50 y 70 centímetros y peso superior a 20 Kg.; e) cabeza voluminosa, cuboide, robusta, con cráneo ancho y grande y mejillas musculosas y abombadas. Mandíbulas grandes y fuertes, boca robusta, ancha y profunda; f) cuello ancho, musculoso y corto; g) pecho macizo, ancho, grande, profundo, costillas arqueadas y lomo

cruces, Australian Kelpie y cruces, Doberman, Fox Terrier y cruces, Cocker Spaniels, Welsh Corgi, Dachshund, otros cruces de Terrier y mestizos. Ello lleva a la conclusión de que no siempre las agresiones se producen por perros de las mismas razas sino que aquéllas son el resultado de diversos condicionantes.

(68) LOCKWOOD, R. (1995): «The ethology and epidemiology of canine aggression», en SERPELL, J (ed.) *The domestic dog its evolution, behaviour and interactions with people*. Cambridge University Press, Cambridge, p. 136

(69) Ello sin perjuicio de que, en su caso, el animal quede sujeto a esta regulación al reunir las características del anexo II del RAPP al que inmediatamente nos referiremos.

(70) PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o (2002): «La nueva situación en la tenencia de perros tras la aparición del Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de animales potencialmente peligrosos», *Animalia* núm. 142, p. 68.

musculado y corto; h) extremidades anteriores paralelas, rectas y robustas y extremidades posteriores muy musculosas, con patas relativamente largas formando un ángulo moderado.

Como en el caso de las razas incluidas en el anexo primero, la disposición final segunda autoriza al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación a modificar las características que se enumeran en este anexo.

Sin embargo, la aplicación de los inexactos y vagos criterios contenidos en este anexo resulta extraordinariamente difícil y conduce a una absoluta inseguridad para los propietarios al ser muy complicado conocer si un ejemplar (por reunir el número de características precisas) debe considerarse afectado por esta regulación. Ante el silencio del RD, la evaluación deberá realizarse por veterinarios debidamente habilitados, lo que conduce a una dispersión en la apreciación, razones por las que el Anexo citado es más que criticable.

c) Los criterios supletorios: el carácter «*marcadamente agresivo*» o el «*haber protagonizado agresiones*» con anterioridad

Por último, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento tendrán la consideración de perros potencialmente peligrosos aquellos que, cualquiera que sea su raza, tengan o tengan un carácter «*marcadamente agresivo*» o hayan protagonizado ataques con anterioridad.

Por lo que respecta al primero de los criterios mencionados, surge la cuestión de cuándo y quien debe establecer que un perro tiene un carácter «*marcadamente agresivo*». El art. 2.3 del Reglamento prevé que en estos supuestos «*la potencial peligrosidad deberá ser apreciada por la autoridad competente atendiendo a criterios objetivos, bien de oficio o bien tras haber sido objeto de una notificación o una denuncia, previo informe de un veterinario, oficial o colegiado, designado o habilitado por la autoridad competente autonómica o local.*»

No se precisa si la autoridad competente ha de ser local o autonómica, aunque parece que la opción más adecuada es la primera. Por lo demás, aunque la apreciación deba de realizarse conforme a criterios «objetivos» el precepto citado habla del «*carácter agresivo*» o «*haber protagonizado ataques con anterioridad*». Como estas pautas se utilizan de forma disyuntiva, podría entenderse un perro debe calificarse como peligroso si en él concurre una u otra condición, además, con esta diferenciación se complica aún más la determinación de cuando debe entenderse que un perro es marcadamente agresivo en cuanto parece que puede atribuírsele dicha condición sin que sea preciso que haya atacado. Por lo demás, respecto al criterio de haber protagonizado «ataques» con anterioridad se plantea, puesto que se habla de ataques en

plural, si no es sufriente uno solo. A este respecto puede reproducirse lo que se dijo páginas atrás al comentar esta fórmula utilizada antes por el legislador catalán, lugar al que me remito.

Finalmente, se requiere «*previo informe de un veterinario, oficial o colegiado, designado o habilitado*», sin ulterior precisión, lo que conduce a una nueva incertidumbre debiendo entenderse que serán las CCAA las que hayan de precisar estas cuestiones.

Como es de suponer, las principales críticas a la enumeración de razas contenidas en el RD 287/2002, provinieron de las personas que, por uno u otro motivo, tenían relación con alguna de las razas incluidas en la enumeración (71). Contra dicho RD se interpuso recurso contencioso-administrativo, primero por el Colegio Oficial de Veterinarios de Barcelona —al que se adhirió la Asociación para la defensa de los derechos del Animal— y después por la Asociación de Veterinarios Especialistas en Pequeños Animales (AVEPA). Ambos fueron desestimados por el TS en sus sentencias de 15 de Julio y 29 de septiembre de 2003 respectivamente.

La AVEPA fundó su impugnación, básicamente, en que la raza de un perro no es determinante de su peligrosidad ya que esta depende de «la educación que le hayan proporcionado sus propietarios o poseedores junto con las circunstancias en que vive y ha crecido» (por tanto, según esta tesis, la peligrosidad depende de factores ambientales y educacionales) de manera que un perro no es peligroso «por tener el pelo corto, mucho valor o el cuello ancho». A juicio de la AVEPA las características que se establecen en el anexo II, en relación con el artículo 2.1 b) del Real Decreto para considerar que un perro es potencialmente peligroso «carecen de rigor científico». Además, para esta Asociación, dichos preceptos infringen el art. 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (donde se recoge el principio de jerarquía de las disposiciones reglamentarias) en la medida que el Reglamento recoge un concepto de perro peligroso que no se ajusta al contenido en la LAPP.

En la resolución de este recurso el TS no tuvo conveniente en aceptar el argumento fundamental esgrimido por la parte recurrente de que un perro no es potencialmente peligroso por pertenecer a una raza sino por la educación que le proporcionen sus propietarios y las circunstancias en las que el animal vive y ha crecido. Entiende el TS que el hecho de que en el anexo I se incluyan unas razas si y otras no, no es determinante de la nulidad de

(71) Para quienes detrás de esa lista basada en aparentes razones científicas se escondían importantes motivaciones económicas. Este argumento que también se ha esgrimido en el Reino Unido, *vid.* BUTCHER, R.; DE MEESTER, R.; DADFORD, M (2002): «Dangerous dogs, are we getting it right?», *European Journal of Companion Animal Practice*, Vol. 12, núm. 1, p. 41.

las disposición, así como tampoco puede considerarse que dicha mención produzca la «estigmatizar» las razas que recoge. Recuerda la posibilidad de que la Administración pueda, si lo estima conveniente, modificarlo o incluso derogarlo con posterioridad. Idéntico razonamiento realiza respecto del anexo II ya que el mismo «tiene el mismo fundamento y cumple idéntica función (de) establecer las características que configuran la tipología racial que define a los canes potencialmente peligrosos» insistiendo en que «la raza, e incluso la posesión de esas características no los hace peligrosos, pero por una u otra razón si poseen esa peligrosidad en potencia». Por los argumentos expuestos, tampoco estima que el Reglamento infrinja, como argumentaba la recurrente, el principio de jerarquía normativa proclamado en el artículo 51 de la LRJAP, en cuanto que se limita a cumplir el mandato de la ley

En relación con el pronunciamiento del TS pueden comentarse una serie de aspectos:

En primer lugar, aunque el Alto Tribunal haya subrayado que la inclusión de una raza en el catálogo de las potencialmente peligrosas no implica que «*todos los ejemplares de la misma están bajo sospecha*», es innegable que existen una serie inevitable de consecuencias reflejas que afectan a todos los animales calificados como potencialmente peligrosos, consecuencias que abarcan desde pérdidas económicas para las personas relacionadas con el sector, o la desconfianza social hacia los animales afectados, hasta el aumento de abandonos de los perros de alguna de las razas calificadas como potencialmente peligrosas (72). Por otra parte, en relación con el argumento de que la elaboración de listas de animales potencialmente peligrosos no cuenta con respaldo científico, ha convenirse que dicha alegación no es irrazonable. Los estudios que pretenden evaluar la posible peligrosidad de un animal han venido gravitando en torno a dos aspectos esenciales: la naturaleza y la educación de los animales. Dentro de la naturaleza se han considerado el tamaño del perro, la raza o el sexo, mientras que en el segundo (la educación) se incluye la socialización, el ambiente, y el adiestramiento o educación. En cualquier caso, estas variables no dejan de ser muy polémicas sin que ninguna de ellas, individualmente considerada, haya podido demostrarse como determinante de la agresividad. En efecto, en relación con el tamaño, a pesar de lo que en un primer momento pudiera pensarse que la agresividad de un perro es directamente proporcional a su tamaño, diversos estudios han constatado que no son siempre los perros más corpulentos los que protagonizan el mayor número o

(72) Según un estudio realizado por la asociación «El Refugio», el aumento del abandono de estos perros está directamente relacionado con el coste económico que lleva aparejado la superación del test psicotécnico y la suscripción del seguro de responsabilidad civil, imprescindibles para la obtención de la licencia www.elrefugio.org/cannoticias/5000abandonos.htm.

los más graves episodios, sino que son muy numerosos los casos en que los ataques son protagonizados por perros de talla mediana (73).

Por último, debe advertirse que el sexo del animal podría haberse tenido en cuenta como elemento que influye en su agresividad, en cuanto existen estudios en los que ha quedado demostrado que los machos y, en particular, los no esterilizados, presentan una mayor agresividad que las hembras (74), lo que se achaca a la mayor presencia de testosterona (75), por tanto, una medida preventiva posible podría consistir en la esterilización de aquellos ejemplares singulares que pudieran considerarse potencialmente peligrosos o que hubieren protagonizado algún episodio de agresión.

V. LOS REQUISITOS PARA LA TENENCIA DE ANIMALES POTENCIALMENTE PELIGROSOS

1. La licencia: justificación y naturaleza

Las consecuencias de que un animal sea calificado como potencialmente peligroso es que su tenencia, comercio (art. 4 LAPP) o adiestramiento exige el cumplimiento de ciertos requisitos que no deben observarse respecto de los perros que no tienen esta calificación (76).

En efecto, la tenencia o el ejercicio de las actividades anteriormente mencionadas exigen la *previa obtención* por el interesado de una licencia cuyo otorgamiento corresponde al Ayuntamiento del municipio donde el solicitante tenga su residencia o, con previa constancia de éste, de aquél donde el interesado realice la actividad de comercio o adiestramiento. No obstante, es posible que un perro tenga la consideración de potencialmente peligroso porque demuestre un carácter agresivo o haya protagonizado ataques con anterioridad (art. 2.2 del RD 287/2002), en estos casos debe entenderse, como es lógico, que la licencia debe obtenerse en el momento en que el ejemplar se haya cualificado como potencialmente peligroso, ya que antes carecía de esta consideración. Para estos casos, la disposición adicional segunda del RD

(73) PODBERSCEK, A. L; BLACKSHAW, J. K. (1998: p. 182)

(74) WILLIS, M. B., «Genetic aspects of dog behaviour with particular reference to working ability», en SERPELL, J. (1995: pp. 60-61).

(75) PODBERSCEK, A.L; BLACKSHAW, J.K. (1998: p. 182).

(76) Una de las principales críticas que se hacen a este sistema es el derivado de que la licencia se vincule a la tenencia de un animal concreto, lo que no parece tener demasiado sentido. En esta línea señala PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o (2006: p. 91) que «*resulta absurdo (...) someter a una persona a la obtención de una licencia para cada animal potencialmente peligroso que desee tener*» por lo que, según este autor, resultaría más adecuado el exigir, no tantas licencias como animales se posean, sino la obligación de suscribir un número equivalente de pólizas de seguro.

287/2002, dispone que. «(...) el titular del perro al que la autoridad competente haya apreciado potencial peligrosidad dispondrá del plazo de un mes a contar desde la notificación de la resolución dictada a tales efectos, para solicitar la licencia administrativa».

Respecto a la conveniencia de obtención de esta licencia por los particulares, no hay duda de que su exigencia está plenamente justificada en la necesidad de compatibilizar el derecho a la tenencia de estos animales con el respeto a otros derechos (vida o integridad física de las personas que entren en contacto normal o accidental con ellos) así como otros bienes constitucionalmente protegidos (seguridad y orden público, disfrute de otros animales que puedan verse atacados por aquellos, etc.).

En el caso de los comerciantes no puede considerarse que la exigencia de la previa licencia para el ejercicio de su actividad pueda ser vulnerar el derecho a la libertad de empresa, pues como señaló el Defensor del Pueblo en su informe correspondiente al año 2000 «la libertad de empresa tiene que coexistir con la observancia de otros principios y derechos proclamados en la CE por lo que debe interpretarse de acuerdo con los límites que constitucionalmente le han sido impuestos (STC 147/1986, de 25 de noviembre).

Por tanto, las empresas dedicadas al comercio de animales potencialmente peligrosos no pueden encontrarse en situaciones diferenciadas respecto del resto de los ciudadanos a quienes se reconocen ámbitos de libertad concreta, pero no un ámbito de libertad absoluta, de forma que no todas las modificaciones de la concreta libertad de esos empresarios se tiene que situar en el marco del artículo 48».

En cuanto a su naturaleza (77), esta licencia se ajusta a la acepción más clásica de la autorización (es decir, declarativa de un derecho preexistente sin conferir ninguno *ex novo*), se trata, además, de una licencia reglada y personal: es reglada por cuanto su otorgamiento o denegación constituye un acto debido, de manera que necesariamente ha de otorgarse o denegarse según que la pretendida actuación se adapte o no a la ordenación aplicable [SSTS de 2 y 4 de junio de 1997; 12 de mayo de 1997; 16 de abril de 1997; 27 de enero de 1997; 28 de noviembre de 1995; 26 de septiembre de 1995; 17 de julio de 1995; 14 de abril de 1993]. Es, además, una licencia *personal* que se otorga en atención a las especiales cualidades que concurren en el solicitante y, por esta razón intransmisible. Ha de renovarse cada cinco años (art. 3.3 del Reglamento), perdiendo su vigencia en el momento en que desaparezcan de las condiciones que condicionan su otorgamiento (art. 16 del RSCL), estando

(77) Sobre esta materia *vid.* PARADA VÁZQUEZ, R. (2004): *Derecho administrativo*, vol. I. Marcial Pons, Barcelona, pp. 392 y ss.

obligado su titular a comunicar al órgano competente del municipio que la haya expedido, cualquier variación de los datos que figuren en la licencia en el plazo de 15 días desde la fecha en que se haya producido.

2. Requisitos para su obtención

Conforme a lo establecido en los artículos 3 de la LAPP y 3 del Reglamento, para que pueda otorgarse la licencia en el solicitante deberán concurrir los siguientes requisitos:

A) Mayoría de edad

La exigencia e la mayoría de edad, supone una mayor posibilidad de solvencia económica del titular de la licencia y, por tanto, una garantía para favorecer la efectividad de la indemnización en el caso de reclamación de responsabilidad por daños causados por el animal (78).

B) No tener antecedentes penales

En segundo lugar, el otorgamiento de la licencia exige no haber sido condenado por determinados delitos (79) (homicidio, lesiones, torturas, contra la libertad o integridad moral, libertad sexual, salud pública, asociación con banda armada o narcotráfico) (80) o estar privado por resolución judicial del derecho a la tenencia de animales potencialmente peligrosos o sancionado por infracciones graves o muy graves con alguna de las sanciones accesorias previstas en el artículo 13.3 de la LAPP (81), lo que se acreditará mediante

(78) Vid. RAMOS MAESTRE, A. (2000): «Responsabilidad civil por daños causados por animales de compañía. Incidencias de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. —Coord.— (2000), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Dykinson, Madrid, p. 678.

(79) No será impedimento par la obtención o renovación de la licencia, haber sido sancionado con la suspensión temporal de la misma siempre que en el momento de la solicitud la sanción haya sido cumplida íntegramente. La ausencia de tales antecedentes se acreditara mediante el certificado negativo expedido por el Registro correspondiente

(80) Con relación a esta enumeración, no hay duda que tras la la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, por la que se modifica el Código Penal en determinadas materias debería añadirse a los delitos mencionados el relativo al maltrato de animales domésticos que tras la citada reforma se tipifica por primera vez en su artículo 337.

(81) Conforme a lo previsto en dicho artículo son: confiscación, decomiso, esterilización, o sacrificio del animal, clausura del establecimiento y suspensión temporal o definitiva de la licencia para la tenencia de animales potencialmente peligrosos o del certificado de capacitación de adiestrador.

los oportunos certificados negativos expedidos por los registros correspondientes (82). Con relación a esta enumeración, no hay duda que tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, por la que se modifica el Código Penal en determinadas materias, impide igualmente obtener la licencia el haber sido condenado por el delito de maltrato de animales domésticos, tipificado por primera vez tras la citada reforma en el artículo 337 (83).

C) Aptitud física y psicológica

En tercer lugar, es preciso tener las aptitudes físicas y psicológicas precisas para la tenencia de animales potencialmente peligrosos, lo que se acredita mediante la obtención de sendos certificados. Dichos certificados se emitirán tras la realización de las pruebas correspondientes por los centros de reconocimiento debidamente autorizados (84) a que hace referencia el RD 2272/1985, de 4 de diciembre (85), que determina las aptitudes psicofísicas que deben poseer los conductores de vehículos y regula los centros de reconocimiento destinados a verificarlas, si bien se permite que las CCAA puedan acordar que puedan emitirse por técnicos facultativos titulados en medicina y psicología respectivamente. En cualquier caso, estos certificados tendrán la validez de un año a contar desde su expedición de modo que transcurrido dicho plazo sin haberse instado la iniciación del procedimiento administrativo para la

(82) El certificado negativo de antecedentes penales se obtiene de un Registro dependiente del Ministerio de Justicia; mayores problemas plantea la obtención del certificado que acredite la ausencia de sanciones administrativas, al existir —como se ha dicho— registros locales y autonómicos, lo que evidencia la conveniencia de un Registro central informatizado. A lo que debe añadirse, además, son todavía pocos los registros autonómicos que se han creado.

(83) En relación con el delito de maltrato de animales domésticos, *vid.*, entre otros: TORRES FERNÁNDEZ, M^o E. (2011), «Revisión crítica de los tipos dedicados al maltrato de animales en el Código Penal vigente, tras la LO 5/2010 (Ref. La Ley 14936/2010)»; GUZMÁN DALBORA, J. L. (2002): «El delito de maltrato de animales», en Díez Ripollés, J. L. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, pp. 1319 a 1350; SERRANO TÁRRAGA, M^o D. (2005)., «La reforma del maltrato de animales en el Derecho penal italiano», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* núm. 26, pp. 239-262; SÁNCHEZ PARRA, F. J (2006): «La falta de maltrato a los animales del artículo 632.2 del Código Penal: notas jurisprudenciales de las Audiencias provinciales andaluzas», *Revista General de Derecho Penal* núm 6 (2006); GODOY SUÁREZ, M.: (2006), «Breves apuntes sobre el maltrato de animales en el artículo 337 del Código Penal», *VVAA Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. . Colex, Madrid, pp. 545 a 554; REQUEJO CONDE, C. (2007), «El delito de maltrato a los animales» (Ref. *La Ley* 1507/2007).

(84) Conforme a la disp. ad. 1^o del RD 287/2002, la realización de las pruebas necesarias para la obtención de los certificados de capacidad física y de aptitud psicológica por dichos centros, se adecuarán, en lo que resulte de aplicación, a lo previsto en el anexo IV del RD 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

(85) BOE núm. 294, de 9 de diciembre.

obtención de la licencia, deberá de obtenerse un nuevo certificado. Su coste se abonará por el interesado en los casos, forma y cuantía que disponga la respectiva Comunidad Autónoma (art. 6.3 del RD 287/2002)

D) Suscripción de seguro de responsabilidad civil

Por ultimo, el otorgamiento de la licencia se subordina a la suscripción por parte del solicitante de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños que el animal pueda causar a terceras personas con una cobertura no inferior a 120.000 euros, si bien, en algunas CCAA se fija una cantidad superior (86). La existencia de este seguro pretende afianzar el cobro de la indemnización en caso de reclamación en vía civil, lo que supone una mayor garantía a la víctima al ampliarse la legitimación pasiva a la compañía aseguradora.

La falta de suscripción de este seguro no aparece en el cuadro de infracciones graves o muy graves, por lo que podría entenderse que por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.4 de la LAPP, constituye una infracción leve. No obstante, la jurisprudencia ha venido interpretando que en estos casos resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 636 del CP que prevé la pena de multa de uno a dos meses para los que realizasen actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente (87).

E) Procedimiento para su otorgamiento

La licencia debe otorgarse por el Ayuntamiento del municipio de residencia del solicitante o, con previa constancia de éste, por aquel en el que se realiza la actividad de comercio o adiestramiento una vez comprobada la concurrencia de los requisitos anteriormente expuestos. La falta de licencia constituye una infracción muy grave sancionable con multa de hasta 15.025 euros.

A falta de previsiones específicas, el procedimiento por el que se concede o deniega la licencia se habrá de regirse por las disposiciones generales contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP).

(86) Así, por ejemplo, es de 150.000 euros en Cataluña conforme a lo establecido en el art. 3 del Decreto 170/2002, de 11 de junio, en el que se regulan las medidas en materia de perros considerados potencialmente peligrosos en esta Comunidad (DOGC núm. 3663, de 25 de junio)

(87) Vid. SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2002 y SAP de Madrid 383/2003 (Sección 4ª), de 16 julio.

VI. REGISTRO E IDENTIFICACIÓN DE ANIMALES POTENCIALMENTE PELIGROSOS

La inscripción e identificación del animal es fundamental para que pueda exigirse la responsabilidad correspondiente en caso de daños causados por éste. Asimismo, la inscripción cumple un relevante papel de información, permitiendo conocer la población de ejemplares existentes, sirviendo, entre otras cosas, para decidir la adopción de las medidas adecuadas en relación con las cuestiones que puedan suscitarse. Deben distinguirse dos tipos de Registros: el *municipal*, que se organizará en cada Ayuntamiento y donde deberán inscribirse necesariamente los canes que tengan la consideración de potencialmente peligrosos y el *autonómico*, que tiene como finalidad el constituirse en una base de datos regional donde se recojan todos los datos que obran en los registros municipales de la correspondiente Comunidad Autónoma. La organización de los primeros es competencia municipal y la de los segundos corresponde a la Comunidad Autónoma. No aparece prevista, pese a ser altamente recomendable, la creación de un Registro Central informatizado.

Como la identificación, la inscripción es obligatoria y deberá de solicitarse por el titular de la licencia dentro de los quince días siguientes a su obtención. La inscripción deberá hacerse en el Registro del ayuntamiento donde el adquirente tenga su residencia habitual.

En el momento de la inscripción se abrirá una hoja para cada animal (que se cerrará en el momento de su muerte o sacrificio certificado por veterinario o autoridad competente) en la que se hará constar, como mínimo (puede ampliarse por tanto), los datos personales del tenedor, las características del animal que hagan posible su identificación, el lugar de residencia del animal y las funciones a las que se va destinar (compañía, guarda, defensa, etc.). Asimismo, deberá hacerse constar el certificado de sanidad en el que se acredite su situación sanitaria. En su caso, se indicará cualquier incidente en que se hubiese visto implicado el animal a lo largo de su vida, así como su venta, traspaso donación o pérdida. Las autoridades encargadas del Registro deberán notificar inmediatamente a las autoridades judiciales o administrativas competentes cualquier incidente que conste en el Registro para su valoración y adopción, en su caso, de las correspondientes medidas cautelares.

La inscripción tiene un efecto limitado a la Comunidad Autónoma correspondiente, de manera que en caso de traslado del animal a otra diferente por un periodo superior a tres meses exigirá que el propietario efectúe las *inscripciones oportunas* en los correspondientes registros municipales (art. 6.6 de la LAPP). El Registro es público, pudiendo ser consultados sus datos por todas las Administraciones públicas y autoridades competentes así como aquellas

personas físicas o jurídicas que acrediten un interés legítimo persona física o jurídica que acrediten un interés legítimo (88).

Por su parte, los adiestradores deberán comunicar trimestralmente al Registro Central la relación de clientes que han hecho adiestrar un animal potencialmente peligroso, lo que se anotará en la hoja registral correspondiente indicando el tipo de adiestramiento recibido.

El incumplimiento del deber de inscripción constituye una infracción grave que podrá ser sancionada con multa de hasta 2.409 euros y, en su caso, las sanciones accesorias que se prevén en el artículo 13.3 de la LAPP (89). Por otra parte, la falta de comunicación de la venta, traspaso, donación, muerte, pérdida o robo (que deberá hacerse en el plazo de 48 horas desde que se haya tenido conocimiento del suceso) constituye infracción leve sancionable con multa de hasta 300'51 euros.

Con el fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones en ella recogidas, la LAPP exige que los perros potencialmente peligrosos estén identificados con el chip correspondiente, microchip que se exige a todo perro y no solo para los perros peligrosos (en cambio no se especifica si es obligatorio para los demás animales salvajes ni para los demás domésticos). Es evidente que, como se ha indicado, la exigencia de responsabilidad sólo puede ser efectiva si el animal puede relacionarse con una persona física o jurídica, y el medio para lograrlo es que el animal esté identificado y que sus datos figuren en el Registro correspondiente. Demostrada la relación dominical o posesoria es muy difícil que el propietario eluda su responsabilidad por las consecuencias de actuación del animal. No puede olvidarse que el art. 1905 del Cc hace responsable de los daños causados por éste al poseedor o del que él se sirve, incluso en el supuesto de que «se escape o extravíe».

Sin embargo, a pesar del avance que puede representar la implantación de esta medida su eficacia es muy limitada ya que, hasta el momento, no existe un chip homologado que permita su lectura en cualquier comunidad autónoma. No obstante, esta medida se adoptó ante la imposibilidad de implantar otra más fiable y asequible desde el punto de vista económico (90). Tampoco se ha especificado el plazo en el que debe procederse a la identificación, con

(88) Considerándose interés legítimo a estos efectos, el que ostenta cualquier persona física o jurídica que desee adquirir un animal de estas características (art. 6.3 de la LAPP).

(89) Confiscación, decomiso, esterilización o sacrificio del animal, clausura del establecimiento y suspensión temporal o definitiva de la licencia para la tenencia de animales potencialmente peligrosos o del certificado de capacitación del adiestrador.

(90) El Grupo parlamentario de Coalición Canaria propuso la identificación mediante microchip homologado para todo el territorio nacional (enmienda núm. 33). Por su parte, el Grupo parlamentario federal de Izquierda Unida, propuso la creación de un Registro Central informatizado, lo que facilitaría la localización de los propietarios.

lo que puede entenderse que, supletoriamente, debe aplicarse lo dispuesto en la normativa sobre protección de animales donde se fija un plazo que oscila entre uno y tres meses. Finalmente, la identificación no se exige como requisito previo a la inscripción, bastando los datos a que hace referencia el artículo 6 de la LAPP, a los que se ha hecho cumplida referencia. El incumplimiento de esta obligación es constitutiva de infracción grave sancionable con multa de 300'52 a 2.404 euros.

VII. INFRACCIONES Y SANCIONES

Por último el artículo 13 de la LAPP recoge las infracciones y sanciones en la materia. En él se distinguen entre infracciones muy graves, graves y leves.

Se consideran infracciones muy graves: a) Abandonar un animal potencialmente peligroso, de cualquier especie y cualquier perro. A estos efectos se entiende por animal abandonado tanto aquel que vaya preceptivamente identificado, como los que no lleven ninguna identificación sobre su origen o propietario, siempre que no vayan acompañados de persona alguna (91); b) Tener perros o animales potencialmente peligrosos sin licencia; c) Vender o transmitir por cualquier título un perro o animal potencialmente peligroso a quien carezca de licencia; d) Adiestrar animales para activar su agresividad o para finalidades prohibidas; e) Adiestrar animales potencialmente peligrosos por quien carezca del certificado de capacitación; f) La organización o celebración de concursos, ejercicios, exhibiciones o espectáculos de animales potencialmente peligrosos, o su participación en ellos, destinados a demostrar la agresividad de los animales.

Son infracciones graves: a) Dejar sueltos a estos animales o no haber adoptado las medidas necesarias para evitar su escapada o extravío; b) Incumplir la obligación de identificación del animal o de inscripción en el registro; c) Hallarse el perro potencialmente peligroso en lugares públicos sin bozal o no sujeto con cadena; d) El transporte de animales potencialmente peligrosos con vulneración de la normativa aplicable sobre bienestar animal, adoptándose las medidas precautorias que las circunstancias aconsejen para garantizar la seguridad de las personas, bienes y otros animales, durante los tiempos de transporte y espera de carga y descarga; e) La negativa o resistencia a suminis-

(91) Una consideración particular de esta infracción puede encontrarse en PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o, *Animales potencialmente...*, op. cit., pp. 169 a 173. Debe tenerse en cuenta que el art. 631.2 del CP (tras la reforma realizada por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre) configura como falta el abandono de animales domésticos al prever: «*Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de 10 a 30 días*». Asimismo debe tenerse en cuenta que el art. 333, también del CP.

trar datos o facilitar la información requerida por las autoridades competentes o sus agentes, en orden al cumplimiento de funciones establecidas en la Ley, así como el suministro de información inexacta o de documentación falsa. La sanción prevista en estos casos es la multa de 50.001 hasta 400.000 pesetas (301 a 2409).

Como cláusula residual (92) o de cierre, se prevé que el incumplimiento de cualquiera otra de las obligaciones establecidas en la LAPP no tipificadas como graves o muy graves tendrá la consideración de infracción leve. Las infracciones leves serán castigadas con multa de 150 a 300 euros.

El artículo 13.8 de la LAPP dispone que se considerarán responsables de las infracciones quienes por acción u omisión hubieran participado en la comisión de las mismas, al propietario o tenedor o, en su caso, al titular del establecimiento, local o medio de transporte en que se produzcan los hechos y, en este último caso, además, al encargado del transporte. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos de las Comunidades Autónomas y municipales competentes en cada caso (93) y deberá ejercerse con arreglo a lo dispuesto en la LRJAP y el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la autoridad competente podrá acordar la incautación del animal hasta tanto la autoridad judicial provea acerca del mismo debiendo dar traslado inmediato de los hechos al órgano jurisdiccional competente.

Por último, se establece que la responsabilidad de naturaleza administrativa prevista en este artículo, se entiende sin perjuicio de la exigible en las vías penal y civil. A éstas se hace referencia en el siguiente epígrafe.

(92) Como señala PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o (2006: p. 169), aunque podría argumentarse que este tipo de cláusulas infringen el principio de tipicidad, resultan aceptables «*si su fundamento deriva de forma indirecta de la necesidad de definir las sanciones, ya que en estos casos la sanción se encuentra definida en la norma*».

(93) En principio el art. 25.2 de la LRRL, atribuye al municipio competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades autónomas, en materia de seguridad pública. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las competencias en esta materia son ejercitadas, según los casos, por las CCAA y EELL, por lo que, unas u otras, ejercerán la potestad sancionadora. Así por ejemplo, el Decreto del País Vasco 101/2004, distingue entre las infracciones relativas al certificado de capacitación y adiestramiento y la homologación de los cursos de formación para los adiestradores (cuya sanción corresponde al Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno vasco) y las restantes (competencia de la autoridad municipal).

VIII. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

La normativa sobre animales potencialmente peligrosos tiene carácter *administrativo*, su objeto es la regulación de la intervención de la Administración Pública en el control de la tenencia de cierto tipo de animales, las obligaciones que conlleva su tenencia y las responsabilidades que el incumplimiento de sus previsiones pueden acarrear. La LAPP articula, por tanto, las infracciones y sanciones de éste carácter que se derivan del incumplimiento de lo en ella previsto.

No obstante, junto a la responsabilidad de este carácter, los daños causados por de animales potencialmente peligrosos puede también ser exigida en vía civil y penal (art. 13.9 de la LAPP), De este modo, la LAPP pretende conseguir una mayor coordinación entre los distintos órdenes jurisdiccionales. Así resulta de la obligación que su artículo 6.4 impone a las autoridades judiciales y administrativas, a cuyo tenor *«cualesquiera incidentes producidos por animales potencialmente peligrosos a lo largo de su vida, conocidos por las autoridades administrativas o judiciales, se harán constar en la hoja registral de cada animal»* (94).

1. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil del dueño por los daños causados sus animales se contempla, con carácter general, en los artículos 1905 y 1906 del Código Civil.

En el primero de los artículos citados se prevé que *«El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido»*.

Este precepto ha sido calificado como el *«más duro y exigente del texto civil en orden a la reclamación de responsabilidad por la producción de daños»* (95) . En él se recoge uno de los supuestos más claros de responsabi-

(94) La SAP de Valencia de 21 de agosto de 2000, ha señalado la obligación que concierne al Juzgado de Instrucción *a quo* que ha de ejecutar la sentencia de comunicar al Ayuntamiento u órgano competente el incidente protagonizado por el perro denunciado a fin de que se inscriba en su hoja registral y se impongan, en su caso, las sanciones administrativas accesorias que correspondan (confiscación, decomiso, esterilización o sacrificio del perro y suspensión temporal o definitiva de la licencia de su propietario para la tenencia de animales de este tipo).

(95) *Vid.* RAMOS MAESTRE, A.: (2000: p. 674). De la misma autora, *vid.* también «Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables»: (1997), en *Revista de Derecho privado* núm. 81 en especial, pp. 722 y ss.

lidad objetiva de nuestro ordenamiento (96) de manera que para su aplicación no se requiere la concurrencia de culpa o negligencia bastando la condición demostrada de dueño.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con este artículo en varias ocasiones. Una de las sentencias más significativas es la de 12 de abril de 2000 (97), en la que el Alto Tribunal aborda la responsabilidad de los dueños de una explotación agropecuaria por los daños causados a unos niños que jugaban en sus cercanías al escaparse los perros mastines empleados en la vigilancia de aquélla.

En esta sentencia el Alto Tribunal deja claros algunos extremos que condicionan la aplicabilidad del artículo 1905 (98), y que pueden exponerse del siguiente modo:

En primer lugar, se subraya que la responsabilidad que dimana de este artículo es aplicable a la *posesión de toda clase de animales* (y no solo a los domésticos), siempre y cuando el animal se encuentre sometido al control o la titularidad de alguien. Ello significa que, tratándose de animales salvajes, para que pueda surgir responsabilidad es necesario que se encuentren en cautividad (zoológicos, circos, etc.), por tanto, no hay duda que esta responsabilidad también deriva de los daños que puedan ser causados por los perros en general y los «potencialmente peligrosos» en particular.

En segundo lugar, basta la utilización en provecho propio de los animales para que surja la obligación de resarcir (99). El precepto establece una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad de manera que, el hecho de tener y disfrutar del animal en interés propio entraña riesgos que el propietario debe asumir (100) (de ahí que sea decisivo que los daños hayan sido causados por animales identificados). Como se ha dicho, la obligación de identificación se exige expresamente en el caso de perros potencialmente peligrosos en el párrafo 2 del art. 5 de la LAPP en el que se prevé que: «*En el caso de animales de la especie canina la identificación, con la debida garantía, es obligatoria*

(96) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986): *Derecho civil español, común y foral* (13^o ed.). Reus, Madrid, p. 972.

(97) En esta sentencia se aborda la responsabilidad de los dueños de una explotación agropecuaria, por los daños causados a unos niños que jugaban en sus cercanías al escaparse los perros mastines empleados en la vigilancia de aquélla.

(98) FJ 1^o.

(99) Vid. también SSTS de 14 de mayo de 1963; 14 de marzo de 1968; 28 de abril de 1983; 28 de enero de 1986.

(100) Por ello la sentencia no estima la pretensión de los recurrentes, en la que estos intentaron eximirse de responsabilidad alegando que fue el hijo quien soltó a los perros causantes de los daños, no ellos.

sin excepciones» (101) pudiendo conocerse los datos relativos al animal y su tenedor, resultarán de la inscripción en el Registro.

En tercer lugar, como se ha indicado, se considera que en este artículo se contempla uno de los supuestos más claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro Ordenamiento (102), de manera que sólo es precisa una *causalidad material* sin que sea precisa la concurrencia de culpa o negligencia por parte del poseedor.

Por último, para que el poseedor quede exonerado de responsabilidad civil por el daño causado por el animal, debe acreditar que el daño proviene de fuerza mayor o de culpa del que lo haya sufrido. Si el daño proviene de culpa del que lo haya sufrido, si concurre, además, culpa o negligencia del poseedor del animal, deberá apreciarse si se trata de un supuesto de concurrencia de culpas [STS 848/2007, de 12 de julio], con la consiguiente rebaja de la cuantía indemnizatoria, haciéndose cada parte cargo de la indemnización en proporción a su contribución en la producción del daño. Para la valoración de los daños podrán aplicarse el sistema de valoración legal de los daños corporales derivados de vehículos a motor como criterio orientativo [STS 751/2008, de 30 de julio].

Finalmente, este artículo se aplica también a los daños causados por animales que irrumpen súbitamente en carreteras (103), o a las lesiones sufridas a consecuencia de coces de caballos.

Por otra parte, el artículo 1906 recoge una regla especial aplicable a las especies cinegéticas al prescribir que: «*El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las heredades vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla*» (104). En particular, por lo que a la responsabilidad por el atropello de especies

(101) El hecho de que la identificación se prevea como obligatoria «sin excepciones» para los animales de la especie canina, hace surgir dudas sobre la obligación de identificación de los «demás animales» a los que se refiere el apartado 5.1 de la LAPP, a cuyo tenor: «*Los propietarios, criadores o tenedores de los animales a los que se refiere la presente Ley tendrán la obligación de identificar y registrar a los mismos en la forma y mediante el procedimiento que reglamentariamente se determine*».

(102) SSTs de 3 de abril de 1957; 26 de enero de 1972 ; 15 de marzo de 1982; 31 de diciembre de 1992; 10 de julio de 1995;

(103) Esta jurisprudencia tiene algunas excepciones, como ocurre en el caso de que los accidentes hayan sido causados en autopistas o carreteras sobre las que la Administración Pública tiene un deber de vigilancia y protección de los accesos para impedir el acceso de aquellos

(104) Como señala MUÑOZ MACHADO, S.: (1999: p. 57) «*quedan, pues, al margen de este precepto del Código los daños ocasionados con ocasión del ejercicio de la caza que se regulan en la legislación especial de caza*» (art. 33 de la Ley de caza de 1970).

cinagéticas se refiere, debe tenerse en cuenta la reciente modificación por Ley 17/2005, de 19 julio, del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 marzo (105) por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad (LTSV) que introduce un sistema de responsabilidad compartida entre el conductor, el titular de la carretera y el del coto (106).

En una valoración (107) de este recién instaurado sistema se estima que beneficia a los propietarios de caza y a las CCAA —que son los que hasta ahora tenían que asumir el pago de las indemnizaciones— y perjudica a los automovilistas que serán presumirán responsables como regla general como se desprende de la amplia dicción de la LTSV (que habla del incumplimiento de «normas de circulación» sin más precisiones).

2. Responsabilidad penal

Por su parte, a la responsabilidad penal hace referencia el artículo 631.1 del CP a cuyo tenor: «*Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de 20 a 30 días*». Se trata de una infracción de riesgo, de manera que si las lesiones o daños que el precepto trata de prevenir llegan a causarse, los resultados se sancionarán por separado conforme a la infracción correspondiente (108).

Debe tenerse en cuenta el problema que plantea este artículo en su relación con el 13.2 a) de la LAPP que, como se ha indicado, considera infracción grave el «*dejar suelto un animal potencialmente peligroso o no haber adoptado las medidas necesarias para evitar su escapada o extravío*» (lo que se sancionará con multa de 300'52 a 2.409 euros)

El tenor de uno y otro precepto es muy similar. No obstante, existe, de entrada, una importante diferencia entre ambos. En efecto, para que el supuesto sea subsumible en el tipo penal se exige que los animales (feroces o dañinos) se dejen sueltos «*o en condiciones de causar mal*». No obstante, un elemento de confusión se introduce al exigir que se trate de animales «*feroces o dañinos*» ¿Debe entenderse existe una asimilación entre el concepto de animal poten-

(105) BOE núm. 63, de 14 de marzo.

(106) Vid. Disp. Adic. 9º.

(107) NORMA, N. (2005):, «Culpabilidad a tres bandas», en *Tráfico* núm. 175 (noviembre-diciembre), p. 36

(108) VALDECABRES ORTIZ, Mº I. (1996): *Comentarios al Código Penal de 1995* (vol. III), en VIVES ANTÓN, S. (coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2181.

cialmente peligroso (de acuerdo con la concepción que de los mismos se ha ofrecido en la primera parte de este trabajo) y animal feroz o dañino?

Sin ánimo de profundizar en esta cuestión, que excede del ámbito de este trabajo, debe señalarse que la jurisprudencia ha venido interpretando, a los efectos del artículo 631 del CP, que los perros adquieren la condición de «feroces o dañinos» en el momento en que atacan aunque sea sólo una vez, pues «*dañino es el perro que acomete sin ser excitado para ello (...), de manera que tal carácter se infiere «del propio hecho dañoso, sin que sea precisa la habitualidad»* (109).

De ello, entiendo, puede inferirse que el artículo 631 del CP sólo entrará en juego cuando se «*deje suelto o en condiciones de causar mal»* a un can que cuente en su haber con *antecedentes de ataques de personas o animales*, o que tenga *un carácter marcadamente agresivo* (lo que lo cualifica como feroz o dañino), supuestos en los que la infracción administrativa quedaría subsumida en el tipo penal sin que, en virtud del principio *non bis in ídem*, puedan aplicarse pena y sanción de forma acumulativa. Para el resto de los supuestos a los que hace referencia el artículo 2 del RD 287/2002 (110), deberá estarse a lo previsto en el artículo 13.2 a) de la LAPP (el perro es sólo «potencialmente peligroso» pero no tiene la condición de feroz o dañino) y en el art. 1905 del Cc (111).

Por lo demás, el apartado décimo del artículo 13 de la LAPP precisa que «*en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la autoridad competente podrá acordar la incautación del animal hasta tanto la autoridad judicial provea acerca el mismo, debiendo dar traslado de los hechos al órgano jurisdiccional competente»*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLANCO ESTEVE, A. (1991): «Sobre el concepto de competencias exclusivas», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 29, pp. 307-317.

(109) SSTs de 22 de junio de 1889, 22 de febrero de 1947 y 7 de mayo de 1952.

(110) Recordar que el art. 2 del RD287/2002, prevé que «*Tendrán la condición de perros potencialmente peligrosos: a) Los que pertenezcan a las razas relacionadas en el anexo I del presente RD y a sus cruces (Pit Bull Terrier; Staffordshire Bull Terrier; American Staffordshire Terrier; Rottweiler; Dogo Argentino; Fila Brasileño; Tosa Inu; Akita Inu); b) Aquellos cuyas características se correspondan con todas o la mayoría de las que figuran en el Anexo II.*

2. *En todo caso, aunque no se encuentren incluidos en el apartado anterior, serán considerados perros potencialmente peligrosos aquellos animales de la especie canina que manifiesten un carácter marcadamente agresivo o que hayan protagonizado agresiones a personas o a otros animales».*

(111) En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 6 de marzo de 2006.

- BUTCHER, R.; DE MEESTER, R.; DADFORD, M. (2002): «Dangerous dogs, are we getting it right? *European Journal of Companion Animal Practice*, Vol. 12, núm. 1, pp. 41 a 63.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986): *Derecho civil español, común y foral* (13ª ed.). Reus, Madrid.
- DEFRA (2003): *Types of dogs prohibited in Great Britain*. DEFRA Publications, London.
- GODOY SUÁREZ, M. (2006): «Breves apuntes sobre el maltrato de animales en el artículo 337 del Código Penal», en *VVAA Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Colex, Madrid, pp. 545 a 554.
- GUZMÁN DALBORA, J. L. (2002): «El delito de maltrato de animales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, pp. 1319 a 1350.
- HANSARD SOCIETY FOR PARLIAMENTARY GOVERNMENT (2002): *Making the Law. The Report of The Hansard Society Commission on the Legislative Process*.
- HAVA GARCÍA, E. (2000): *Protección jurídica de la fauna y flora en España*. Trotta, Madrid, 2000.
- HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (1994): *La protección penal de los animales en España, Documentación Jurídica* núm. 79. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica, Madrid.
- (1998): «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal* núm. 17, pp. 343 a 362.
- HOOD, C. (2000): «Assessing the Dangerous Dogs Act: when does a regulatory law fail», en *Public Law Review*, pp. 282-305.
- HUGHES, P. (1998): «Dogs», Research Paper 98/6. Science and Environment Section. House of Commons Library. London.
- LOCKWOOD, R. (1995): «The ethology and epidemiology of canine aggression», en SERPELL, J (ed.) *The domestic dog its evolution, behaviour and interactions with people*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, pp. 132-138.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (1980): *La protección de la fauna en el Derecho español*. Instituto García Oviedo, Sevilla.
- (1981): «Aspectos organizativos de la protección de la fauna silvestre», *Revista Española de Derecho administrativo* núm. 30, pp. 505 a 527.
- MARTÍN MATEO, R. (1995): «La protección de la fauna y la flora», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 41, pp. 647 y ss.

- MATA ÁLVAREZ, M. (2000): «Régimen jurídico sobre la tenencia de animales potencialmente peligrosos: consideraciones en torno a la problemática que presentan determinados preceptos de la Ley 50/1999», *Revista Científica de Alumnos de Derecho*, Asociación Cultural Universitaria «Cum Laude» de Universidad de Jaén núm. 5 pp. 16-34.
- MUÑOZ MACHADO, S (1999): «Los animales y el derecho», en MUÑOZ MACHADO, S. *et al.*, *Los animales y el Derecho*. Civitas, Madrid, pp. 13 a 100.
- NIETO GARRIDO, E (2001): *La protección de la fauna salvaje en el Ordenamiento Jurídico Español*. Lex Nova, Valladolid.
- NIETO GARRIDO E., (2003): «Novedades legislativas en materia de fauna silvestre y parques zoológicos», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 119 pp. 348 a 373.
- NORMA, N. (2005): «Culpabilidad a tres bandas», *Tráfico* núm. 175 (noviembre-diciembre), pp. 36-40.
- PALMER, J. (2001): *Animal Law* (3rd ed.). Shaw & Sons, Kent.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (2004): *Derecho administrativo* (vol. I). Marcial Pons, Barcelona.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o (2005): *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho administrativo*. Bosch, Barcelona.
- (2006): *Animales potencialmente peligrosos*. Bosch, Barcelona, 2006.
 - (2002): «La nueva situación en la tenencia de perros tras la aparición del Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de animales potencialmente peligrosos», en *Animalia* 142, pp. 66-70.
 - (2002): «Los animales potencialmente peligrosos: de la alarma social a un peligroso olvido». *Problemas de la Ley 50/1999 dos años mas tarde*, en *Animalia* 140, pp. 64-70.
- PODBERSCEK, A. (1998): «Dog on a tightrope: the position of the dog in British society as influenced by press reports on dog attacks (1998 to 1992)», *Anthrozoos*, Vol. 7, num. 4, pp 232– 241.
- (2004): «Rage Syndrome: in our dog's mind? Appleby (editor), *The APBC Book of Companion Animal Behaviour*, Souvenir Press, London.
- PODBERSCEK, A.; BLACKSHAW, J.K (2004): «Dog bites: Why, When and Where? *Australian Veterinary Practitioner*, Vol. 20 (4), pp. 182-187.
- PODBERSCEK, A. (1993): «A survey of dogs bites in Brisbane, Australia», *Aust. Vet. Practit.* 23 (4), pp. 178-183.

- RADFORD, M. (2001): *Animal Welfare Law in Britain. Regulation and responsibility*, Oxford University Press, Oxford.
- RAMOS MAESTRE, A. (2000): «Responsabilidad civil por daños causados por animales de compañía. Incidencias de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Dykinson, Madrid.
- (1997): «Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables», en *Revista de Derecho privado* núm. 81, pp. 698-738
- REQUEJO CONDE, C. (2007): «El delito de maltrato a los animales», *Diario La Ley* núm. 6690 .
- SÁNCHEZ PARRA, F. J. (2006): «La falta de maltrato a los animales del artículo 632.2 del Código Penal: notas jurisprudenciales de las Audiencias provinciales andaluzas», en *Revista General de Derecho Penal* núm 6.
- SERPELL, J. (1995): *The domestic dog its evolution, behaviour and interactions with people*. Cambridge University Press, Cambridge, UK.
- SERRRANO TÁRRAGA, M^o D. (2005): «La reforma del maltrato de animales en el Derecho penal italiano», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* núm. 26, pp. 239-262.
- TORRES FERNÁNDEZ, M^o E. (2011): «Revisión crítica de los tipos dedicados al maltrato de animales en el Código Penal vigente, tras la LO 5/2010 (Ref. La Ley 14936/2010).
- TUCKER, D. (1996): «Dangerous Dogs Act 1991: Law bites dog», *Criminal Law Review*, pp. 568-571.
- VALLDECABRES ORTIZ, M^o I. (1996): *Comentarios al Código Penal de 1995* (vol. III), en VIVES ANTÓN, S. (coord.). Tirant lo Blanch, Valencia.
- VIGURI PEREA, A. (2000): «Algunas notas sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos» (Ref. La Ley 2116/2001).
- WILLIS, M. B. (1995), «Genetic aspects of dog behaviour with particular reference to working ability», en SERPELL, J. (ed.), *The domestic dog its evolution, behaviour and interactions with people*. Cambridge University Press, Cambridge, UK.

DEBATES

PROHIBIDO REGAR: ¿EXPROPIACIÓN O DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD NO INDEMNIZABLE? (*) (**)

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS HECHOS.– III. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.– IV. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. V. POSICIÓN QUE SE ADOPTA: 1. A falta de reglas, buenos son los principios. 2. Beneficios y costes sociales derivados de indemnizar una restricción de la propiedad: A) Beneficios. B) Costes. 3. Por qué la prohibición de extraer de un acuífero sobreexplotado agua para regar constituye una delimitación de la propiedad no indemnizable.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Tomando como ejemplo ilustrativo la jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo en relación con la prohibición de extraer de un acuífero sobreexplotado agua para regar, el presente estudio pone de relieve la insuficiencia de los criterios usualmente empleados para distinguir entre expropiaciones y delimitaciones de la propiedad no indemnizables, y esboza una propuesta alternativa basada en el análisis de los costes y beneficios sociales que se derivan de indemnizar.

Palabras clave: Derecho de aguas; aguas subterráneas; acuífero sobreexplotado; expropiación; delimitación de la propiedad no indemnizable.

ABSTRACT: Spanish courts have not been able to develop a clear and consistent case-law concerning the distinction between (compensable) takings and (non compensable) regulations. Cases concerning restrictions on withdrawing groundwater from an over-exploited aquifer can serve to illustrate this point, and to propose an alternative approach, which stresses the social costs and benefits of requiring compensation.

Key words: takings; non compensable regulations; over-exploited aquifer; groundwater; water Law.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 4 de julio de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de octubre de 2011.

(**) Este estudio ha sido realizado al amparo del proyecto de investigación «El paradigma medioambiental en el nuevo Derecho urbanístico español» (Plan Nacional de I+D+i, DER 2008-02309), dirigido por el Prof. Dr. D. José María BAÑO LEÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los poderes públicos pueden adoptar y de hecho adoptan constantemente medidas que restringen el derecho a la propiedad privada, que causan notables perjuicios a los propietarios afectados. Uno de los eternos problemas del Derecho público es el de distinguir, de entre esas medidas, cuáles constituyen expropiaciones y cuáles delimitaciones de la propiedad no indemnizables. La distinción tiene importantes consecuencias prácticas. La más relevante es que, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución española, los perjudicados tienen un derecho a ser indemnizados sólo cuando la actuación considerada puede calificarse como una expropiación.

La pega es que ni la Constitución ni otras normas jurídicas equivalentes —v. gr., el artículo 17.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el artículo 1 del Protocolo Adicional número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos— definen lo que es una expropiación o una delimitación de la propiedad no indemnizable. Y ni la jurisprudencia ni la doctrina españolas han elaborado criterios claros y consistentes que permitan colmar cabalmente esa laguna. Todo el mundo es más o menos consciente de ello. Todos sabemos que el problema «no se ha resuelto hasta el momento de modo muy solvente» (2), que se echa en falta «un sistema robusto y fiable que permita diferenciar claramente las intervenciones delimitadoras de las expropiatorias» (3), que la jurisprudencia es aquí «cuando menos confusa» (4), que nuestros Tribunales han empleado criterios de distinción insuficientes desde el punto de vista teórico (5), y que «sería deseable que [su] doctrina... se orientara en lo sucesivo hacia criterios mejor fundados» (6). El propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer implícitamente que las críticas no andan del todo desencaminadas, al señalar que el límite entre expropiación y delimitación «no es siempre fácil de determinar» (7).

El caso de las prohibiciones de extraer agua para riego de un acuífero sobreexplotado, el famoso acuífero número 24, del Campo de Montiel, puede

(2) Fernando REY MARTÍNEZ (1994a), *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, p. 381.

(3) Ferran PONS CÀNOVAS (2004), *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, p. 86.

(4) Mar AGUILERA VAQUÉS (2008), «Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*regulatory takings* v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, coord. Marc CARRILLO, Madrid, CEPC, vol. 2, p. 947, n. 18.

(5) Fernando REY MARTÍNEZ (1994b), «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 4, p. 197.

(6) REY MARTÍNEZ (1994a: 405).

(7) STC 170/1989, de 19 de octubre (FJ 8).

servirnos para ilustrar el problema, algunos de los argumentos —poco convincentes— aducidos tradicionalmente al objeto de resolverlo y, finalmente, nuestra propuesta al respecto.

II. LOS HECHOS

En virtud del Real Decreto 393/1988, de 22 de abril (8), el Consejo de Ministros declaró provisionalmente la sobreexplotación del acuífero del Campo de Montiel, con los efectos previstos en el artículo 171.4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (aprobado por Real Decreto 849/1986, de 22 de abril), a saber: la paralización de todos los procedimientos de autorización de investigación o de concesión de aguas subterráneas; la suspensión del derecho de apertura de nuevas captaciones; la paralización de todos los procedimientos de modificación de características de las concesiones de aguas subterráneas; y la constitución forzosa de la Comunidad de Usuarios del acuífero (9).

Adicionalmente, el Gobierno estableció que, desde la entrada en vigor del Real Decreto 393/1988 (que se produjo un día después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado), quedaban suspendidas las extracciones de aguas subterráneas con destino a regadíos dentro del perímetro del acuífero hasta el 31 de diciembre de 1988.

Como fundamento jurídico habilitante para adoptar estas medidas, el Gobierno aducía el artículo 56 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas [equivalente al art. 58 del vigente Texto Refundido de esta Ley], de acuerdo con el cual:

«En circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el Organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público-hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión».

En opinión del Gobierno, concurrían las circunstancias previstas en este precepto para la adopción de las referidas medidas. En la exposición de motivos de la disposición se notaba cómo el progresivo proceso de extracción

(8) BOE núm. 100, de 26 de abril de 1988, p. 12705.

(9) Sobre el contexto en el que se enmarca esta disposición, vid. Francisco DELGADO PIQUERAS (1992), *Derecho de aguas y medio ambiente*, Tecnos, Madrid, pp. 320 y ss.

de aguas subterráneas del mentado acuífero había propiciado situaciones de sobreexplotación estacional. Y el problema se había agravado como consecuencia de la evolución del régimen hidrológico del año a la sazón corriente, con precipitaciones escasas en la región, lo que hacía que los manantiales presentaran caudales muy mermados. El Gobierno esgrimía cierto estudio hidrogeológico que se estaba llevando a cabo, en el que se indicaba claramente que se hacía precisa una intervención urgente de la Administración, así como otro informe en el que se aconsejaba la suspensión cautelar de las extracciones de aguas del acuífero por medio de pozos y con destino a regadíos, habida cuenta de que resultaban incompatibles —máxime tal y como se estaba desarrollando el año hidrológico— con los aprovechamientos preexistentes en la zona de manantiales y corrientes superficiales, tradicionalmente utilizados para abastecimientos urbanos y riegos.

En años posteriores, semejantes prohibiciones fueron establecidas mediante diversas resoluciones de la Dirección General de Obras Hidráulicas.

Numerosos titulares de derechos de propiedad de aguas subterráneas procedentes del referido acuífero exigieron una indemnización por los perjuicios que indudablemente les habían ocasionado todas esas prohibiciones. Desestimadas en la vía administrativa primero y en la primera instancia judicial después las pretensiones de los afectados, los casos llegaron al Tribunal Supremo.

En las dos primeras Sentencias dictadas por el Alto Tribunal sobre la materia, de 30 de enero (rec. 742/1993) y 14 de mayo de 1996 (rec. 382/1994), se estimaron los recursos de casación interpuestos y se declaró el derecho de los actores a obtener una indemnización (10).

Debe notarse, sin embargo, que esta última resolución contaba con un jugoso voto particular firmado por el Magistrado Jesús Ernesto PECES MORATE, que preludeaba el giro jurisprudencial que se produciría mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999 (rec. 6965/1994). A partir de entonces se consolida la doctrina según la cual las referidas prohibiciones constituyen delimitaciones de la propiedad no indemnizables (11).

(10) Vid. un comentario crítico a estas dos Sentencias en Ignacio BARRIOBERO MARTÍNEZ (1997), «La sobreexplotación grave de los acuíferos», *Revista de Administración Pública*, 144, pp. 219 y ss.

(11) Vid. las SSTs de 22 de mayo de 2000 (rec. 870/1993), 19 de septiembre de 2000 (rec. 3255/1996), 31 de octubre de 2000 (rec. 4484/1993), 15 de noviembre de 2000 (rec. 4388/1996), 20 de enero de 2001 (rec. 6048/1996), 27 de abril de 2001 (rec. 184/1997), 19 de julio de 2001 (rec. 6998/1994), 22 de septiembre de 2001 (rec. 2441/1997), 17 de octubre de 2002 (rec. 838/1995), 18 de diciembre de 2001 (rec. 6567/1997), 22 de enero de 2002 (rec. 2408/1995), 20 de febrero de 2003 (rec. 9357/1998), 13 de octubre de 2003 (rec. 6420/1998), 30 de junio de 2004 (rec. 2640/2000), 21 de octubre de 2004 (rec. 3407/2000),

Y ésta es la solución que luego consagra la disposición adicional segunda.2 *in fine* de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas:

«Los derechos de aprovechamiento del artículo 52.2 y los derechos sobre aguas privadas a que se refiere la disposición transitoria tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, estarán sujetos a las restricciones derivadas del plan de ordenación para la recuperación del acuífero o las limitaciones que en su caso se establezcan en aplicación del artículo 56, en los mismos términos previstos para los concesionarios de aguas, sin derecho a indemnización».

III. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tanto la jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo como la posterior giran alrededor del mismo eje argumental: el de la singularidad (o generalidad) de la prohibición. Recordemos que el artículo 1 de la todavía vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 define esta figura como una «*privación singular* de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos», y que el mismo criterio ha utilizado ocasionalmente nuestro Tribunal Constitucional para distinguir entre medidas expropiatorias y regulaciones de la propiedad no indemnizables. En la jurisprudencia emanada en relación con el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios, por ejemplo, el Tribunal Constitucional estima que el artículo 33.3 CE, al remitirse a lo dispuesto en las leyes, «tuvo en cuenta» el concepto de expropiación forzosa previsto en dicho artículo. Sin embargo, en las medidas legislativas cuestionadas no concurría

«el dato de la privación singular propia de toda expropiación, que implica una sustracción o ablación de un derecho, como «sacrificio especial» impuesto a uno o varios sujetos por razones de utilidad pública o interés social, pero no —como en la jubilación anticipada— una limitación, delimitación o regulación —general— del contenido de un derecho, que no les priva del mismo,

2 de noviembre de 2004 (rec. 5158/2000), 2 de noviembre de 2004 (rec. 6732/2000), 5 de noviembre de 2004 (rec. 6312/2000), 19 de noviembre de 2004 (rec. 2173/2001), 31 de enero de 2005 (rec. 4046/2001) y 19 de octubre de 2005 (rec. 4987/2001). Vid., también, los AATS de 8 de febrero de 2002 (rec. 4270/2000), 27 de septiembre de 2002 (rec. 3708/2000), 25 de noviembre de 2002 (rec. 3407/2000), 25 de noviembre de 2002 (rec. 5158/2000), 2 de diciembre de 2002 (rec. 4215/2000), 13 de diciembre de 2002 (rec. 6307/2000), 20 de diciembre de 2002 (rec. 6312/2000), 7 de marzo de 2003 (rec. 2173/2001), 20 de marzo de 2003 (rec. 4986/2001), 24 de abril de 2003 (rec. 4043/2001), 8 de mayo de 2003 (rec. 4988/2001) y 29 de mayo de 2003 (rec. 6471/2001), que inadmiten los correspondientes recursos de casación por razón de la cuantía.

sino que lo configura *ex novo* o modificando una situación normativa general anterior» (12).

Este argumento guarda una estrecha relación con otros dos frecuentemente utilizados en similares contextos: el del sacrificio especial y el de la igualdad. Según se dice, la expropiación representa «un sacrificio singular, que afecta a determinados ciudadanos entre todos, supone una ruptura de la igualdad ante los beneficios y las cargas públicas (arts. 14 y 31 de la Constitución), ruptura que habrá de ser restablecida mediante una indemnización» (13), que hace que «la carga pública que la extinción de la propiedad supone no recaiga sobre la sola persona del afectado y se reparta entre toda la colectividad, a través del sistema fiscal que nutre los fondos de que la indemnización procede» (14).

Pues bien, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996 consideran que la prohibición de extraer agua con destino a riego supone una privación singular y, en consecuencia, constituye una expropiación:

«El Real Decreto 393/1988... se refiere a una cuestión muy particular y... sólo afecta a un determinado número de personas y de bienes. Por otra parte, se limita a suspender, durante un periodo de tiempo... las extracciones de aguas subterráneas con destino a regadíos dentro del perímetro definido en el anexo que contiene. Es indudable que esto no tiene nada que ver con una legislación general sobre jubilación anticipada, o relativa al cese del personal recaudador» (STS de 30 de enero de 1996).

«No podemos admitir tampoco que... no se haya producido una privación singular de derechos por haberse impuesto la prohibición de regar a una generalidad de usuarios, puesto que solamente sufrieron tal privación los titulares de aprovechamientos de aguas subterráneas con destino a regadíos incluidos en la

(12) STC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6). Vid., también, las SSTC 129/1987, de 16 de julio (FJ 4); y 41/1990, de 15 de marzo (FJ 4). Las SSTC 108/1986, de 29 de julio (FJ 22); 99/1987, de 11 de junio (FJ 6); 129/1987, de 16 de julio (FJ 4); 70/1988, de 19 de abril (FJ 3), y 100/1989, de 5 de junio (FJ 4), no obstante, declararon incidentalmente que los eventuales efectos negativos —consistentes en la «frustración de expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos»— ocasionados por las reformas, «de no ser corregidos, [podían] merecer algún género de compensación», lo que propició que muchos de los afectados formularan pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, que acabaron siendo desestimadas por el Tribunal Supremo. Vid. al respecto Fernando GARRIDO FALLA (1989), «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, 118, pp. 35 y ss.; María Jesús GALLARDO CASTILLO (1994), «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador», *Revista de Administración Pública*, 133, pp. 343 y ss.

(13) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II, p. 246.

(14) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 226). Vid., también, la STS de 3 de abril de 2009 (rec. 11221/2004).

delimitación fijada por el Real Decreto que ordena la suspensión temporal de las extracciones, de manera que se produjo una lesión individualizada a determinados usuarios, la cual ha de conllevar una adecuada compensación» (STS de 14 de mayo de 1996).

En cambio, la línea jurisprudencial que se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999 afirma justamente lo contrario: que dicha prohibición tiene carácter general y, por consiguiente, no es una expropiación (15).

«El sometimiento de la propiedad privada de las aguas a decisiones administrativas como la adoptada por el Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel constituye una delimitación ordinaria de tal dominio privado. Siempre que esta clase de medidas se adopten con la debida generalidad, como ha sucedido en este caso, no constituyen privación singular de derechos sino tan sólo aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado» (STS de 18 de marzo de 1999).

IV. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Salta a la vista que la argumentación desarrollada por el Tribunal Supremo es muy poco consistente. Con los conceptos «general» y «singular», el Tribunal parece aludir al mayor o menor número de los afectados: las privaciones singulares (expropiaciones) afectan a unas pocas individuos; las generales (no indemnizables), a muchos. Este criterio presenta varias deficiencias. La primera es su relatividad e indeterminación. ¿Dónde está el umbral de lo general? ¿Cuántos son muchos o pocos? ¿Cuántos granos hacen un montón? El Supremo ni siquiera ofrece alguna pauta orientativa que permita concluir una u otra cosa. Sus afirmaciones al respecto son enteramente apodícticas.

El segundo problema es que la pura aplicación de un criterio numérico no es coherente con lo previsto para otros casos por el legislador y la propia jurisprudencia. Hay regulaciones indiscutiblemente generales, cuyo círculo de destinatarios es potencialmente más amplio que el del Real Decreto 398/1988, pero cuya naturaleza expropiatoria nadie pone en duda: sirva como ejemplo la incorporación legislativa al dominio público marítimo-terrestre de los terrenos enclavados en las playas que antes eran de propiedad privada (16). De hecho, el Tribunal Constitucional ha declarado explícitamente que una norma de carácter general puede constituir una expropiación, si desconoce el conte-

(15) La inexistencia de un deber de indemnizar los perjuicios ocasionados por estas restricciones había sido defendida anteriormente por DELGADO PIQUERAS (1992: 211 y ss.).

(16) Vid. la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8.B).

nido esencial del derecho de propiedad (17). Y, al contrario, hay privaciones singulares —como el decomiso y demás medidas previstas en los artículos 127 y siguientes del Código Penal, o la revocación de ciertos actos administrativos declarativos de derechos (18)— que no son consideradas expropiaciones.

La tercera crítica que se le puede hacer al mentado criterio es que en ningún momento se explica cuál es su fundamento jurídico. ¿Por qué razón (de índole constitucional) hay que entender que lo relevante para concluir que nos encontramos ante una expropiación, a los efectos del artículo 33.3 de nuestra Carta Magna, es el número de afectados por la correspondiente privación?

Los criterios del sacrificio especial e igualdad se muestran igualmente inservibles para resolver satisfactoriamente el caso. De un lado, porque prácticamente todas las regulaciones entrañan una cierta desigualdad. En alguna Sentencia, el Tribunal Supremo considera que la prohibición de extracción de agua cuestionada tenía carácter general, uniforme, pues afectaba por igual a todos los regantes del acuífero del Campo de Montiel, tanto a los propietarios de aguas privadas como a los concesionarios de aguas públicas:

«Siendo el agua un recurso único sólo cabe su correcta administración y su explotación racional a través del establecimiento de medidas uniformes para todos los aprovechamientos, ya sean a título de propietario, concesionario o mero usuario, pues lo contrario supondría beneficiar a unos en perjuicio de los otros, de manera que si al titular de aguas subterráneas de propiedad privada se le permitiese continuar con los riegos no sólo haría uso del agua de su propiedad sino que se beneficiaría del resto del agua en detrimento de los no regantes, cuyo sacrificio posibilita que el recurso único no se agote, y, por consiguiente, al compensar económicamente a aquél por la prohibición de regar temporalmente, se le deja absolutamente indemne de un coste que experimentan el resto de los concesionarios o usuarios de las aguas, quienes, para evitar que el recurso desaparezca, dejaron de regar y además se verían obligados a indemnizar a quien se está beneficiando, igual que ellos, del ahorro del agua» (19).

(17) En la STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 11), se afirma que «la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente». Vid., también, las SSTC 204/2004, de 18 de noviembre (FJ 5); y 112/2006, de 5 de abril (FJ 10).

(18) Vid. el art. 22 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, así como el art. 26.2 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. Cfr. Blanca SORO MATEO (2009), «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, 15, pp. 61-80.

(19) Vid., entre otras, las SSTs de 20 de febrero de 2003 (rec. 9357/1998) y 19 de octubre de 2005 (rec. 4987/2001).

Pero el Tribunal Supremo pasa por alto que la prohibición cuestionada trataba de manera evidentemente desigual a quienes destinaban el agua subterránea del acuífero para el riego y quienes le daban otros usos, como el abastecimiento de la población. La Administración dejaba indemnes a éstos últimos, que podían seguir utilizando su agua, en detrimento de aquéllos, que debían suspender las extracciones y, a fin de cuentas, soportar el coste de la sobreexplotación del acuífero.

Debe notarse, por otro lado, que la jurisprudencia nunca ha considerado indemnizables absolutamente todos los sacrificios impuestos por los poderes públicos a determinados individuos o grupos de personas. Recordemos que no toda desigualdad de trato está proscrita por la Constitución, sino sólo aquella «que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable» (20). Cabría entender, por consiguiente, que el principio de igualdad ante las cargas públicas únicamente exige la compensación de los sacrificios que suponen una diferencia injustificada, discriminatoria. El problema es que el Tribunal Supremo nunca ha explicado los criterios en virtud de los cuales ha de precisarse si existe o no dicha justificación, a los efectos del artículo 33.3 de la Constitución.

V. POSICIÓN QUE SE ADOPTA

1. A falta de reglas, buenos son los principios

En ausencia de reglas constitucionales que precisen los lindes que separan las expropiaciones de las delimitaciones de la propiedad no indemnizables, no hay más remedio que servirse a estos efectos de principios jurídicos generales como los que la norma suprema consagra en sus artículos 31.2 («eficiencia y economía» en el gasto público), 33.1 («derecho a la propiedad privada»), 9.3 («seguridad jurídica»), 45 («los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales»), 46 («los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran»), etc. Y es claro que la solución prescrita por el conjunto de todos esos principios sólo puede determinarse mediante una ponderación, sopesando los costes y beneficios que para cada uno de aquéllos entrañan las alternativas consideradas en el caso concreto.

(20) Vid., entre otras, las SSTC 76/1990, de 26 de abril (FJ 9); 253/2004, 22 de diciembre (FJ 5), y 38/2007, de 15 de febrero (FJ 8), así como la STEDH de 12 de marzo de 2009 (*Gütl c. Austria*, 49686/1999, § 34).

Los criterios de eficiencia y economía en el gasto público (art. 31.2 CE), por ejemplo, se oponen a que el Estado emplee ineficiente y antieconómicamente sus recursos en el pago de indemnizaciones. Y es obvio que, para determinar si tales criterios han sido respetados, habrá que analizar los costes y beneficios sociales que comporta compensar o no compensar las restricciones de la propiedad.

Cabe entender, asimismo, que el derecho a la propiedad privada, como todos los derechos garantizados por la Constitución, constituye un principio, un mandato de optimización que obliga a los poderes públicos a realizar algo valioso —v. gr., a proteger la libertad de usar y disponer de ciertos bienes— en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes (21). De acuerdo con esta concepción, habría que indemnizar *en principio* todas las restricciones de la propiedad impuestas en aras del interés general, si bien este contenido *prima facie* del derecho puede ser limitado —es decir, la indemnización puede ser excluida— en la medida en que ello resulte útil, necesario y proporcionado para alcanzar un fin legítimo, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente (art. 45 CE) o del patrimonio histórico (art. 46 CE). Ya veremos más adelante que estos y otros bienes constitucionalmente protegidos pueden salir perjudicados o beneficiados en función de la solución que se adopte. Para resolver este conflicto entre principios constitucionales y determinar si procede resarcir habrá que efectuar, por consiguiente, una ponderación, habrá que averiguar y sopesar los costes y beneficios que para todos ellos se desprenden de las soluciones consideradas, en vista de las concretas circunstancias de cada caso.

Éste viene a ser el criterio empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para abordar la cuestión. El artículo 1 del Protocolo adicional número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

(21) Esta concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, formulada inicialmente por Robert ALEXYS (1994), *Theorie der Grundrechte*, Shurkamp, Frankfurt am Main, pp. 75 y ss., ha tenido un enorme éxito, cuando menos en el mundo jurídico iberoamericano. Vid., entre otros, Gloria Patricia LOPERA MESA (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211 y ss.; Carlos BERNAL PULIDO (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid; Agustín José MENÉNDEZ y Erik Oddvar ERIKSEN (eds.) (2010), *La argumentación y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid; Laura CLÉRICO, Jan R. SIECKMANN y Daniel OLIVER LALANA (coords.) (2010), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada; Jan R. SIECKMANN (ed.) (2011), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de adoptar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

El Tribunal de Estrasburgo ha interpretado este precepto en el sentido de que las «interferencias» del Estado en el derecho de propiedad, además de estar previstas por la ley y perseguir un interés público, deben ser proporcionadas, deben «lograr un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales del individuo»; «debe haber una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido por la medida que priva a una persona de su propiedad». Y, a estos efectos, «las disposiciones compensatorias contenidas en la legislación aplicable son esenciales para evaluar si la medida cuestionada respeta el requisito del justo equilibrio y, especialmente, si imponen una carga desproporcionada sobre los recurrentes»; «la privación de la propiedad sin el pago de una cantidad razonablemente relacionada con su valor constituirá normalmente una interferencia, y la falta total de compensación puede considerarse compatible con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 sólo en circunstancias excepcionales» (22). Viene a decirse, en fin, que una restricción del derecho de propiedad debe compensarse [es decir, debe considerarse un equivalente funcional de lo que en el Derecho español sería una expropiación a los efectos del art. 33.3 CE (23)] cuando la falta de una indemnización arrojaría sobre el ciudadano afectado una carga desproporcionada, excesiva, que rompería el justo equilibrio que ha de haber entre todos los intereses legítimos en juego. En caso contrario, no haría falta compensar, es decir, se trataría de lo que en el Derecho español suele denominarse una delimitación de la propiedad no indemnizable. Para determinar si la falta de compensación incurre en semejante desproporción habrá que ver, pues, cuáles son los costes y beneficios que para los intereses generales y la protección de los derechos del individuo entrañan las alternativas consideradas. Cabe afirmar, con otras palabras, que existe una expropiación cuando los beneficios sociales de indemnizar superan a sus costes. En caso contrario, nos hallamos ante una delimitación de la propiedad no indemnizable.

(22) Vid., entre otras, la STEDH de 23 de noviembre de 2000 (*ex-rey de Grecia y otros c. Grecia*, 25701/94, § 89) y la STEDH (Gran Sala) de 30 de junio de 2005 (*Jahn y otros c. Alemania*, 46720/99, 72203 y 72552/01, §§ 93 y ss.). Sobre esta jurisprudencia, vid., por todos, Javier BARCELONA LLOP (2011), «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 185, 2011, pp. 49 y ss.

(23) Sobre la conveniencia de efectuar una traducción no literal, sino «funcional», de doctrinas, reglas y conceptos jurídicos en el contexto del Derecho comparado, vid. Susana DE LA SIERRA MORÓN (2004), *Una metodología para el Derecho comparado europeo*, Civitas, Madrid, pp. 106 y ss.

2. Beneficios y costes sociales derivados de indemnizar una restricción de la propiedad (24)

A) Beneficios

La obligación de indemnizar funciona, por de pronto, como una suerte de *seguro* contra el riesgo de sufrir (ciertas) privaciones (25). Al diseminar el coste del eventual sacrificio entre todos los contribuyentes, la Administración pública es capaz de soportarlo más eficientemente que los propietarios afectados, que a falta de compensación tendrían que asumirlo ellos solos.

El deber de compensar también proporciona a los propietarios un *incentivo* para realizar ciertas actividades, para trabajar e invertir en la adquisición, mantenimiento, conservación y mejora de cosas. Los beneficios sociales de esta compensación dependerán, principalmente, de dos factores. En primer lugar, de si las actividades e inversiones consideradas son beneficiosas o nocivas para la sociedad; parece claro que la indemnización resulta pertinente sólo en el primer caso. En segundo lugar, de lo elásticamente que respondan dichas actividades e inversiones frente a una privación no indemnizada.

Dicho deber de compensar *disminuye la resistencia* que los titulares de los bienes que se sacrifican podrían oponer a la realización de proyectos de interés público, mitiga el riesgo de que los propietarios potencialmente afectados por la privación de sus bienes lleven a cabo actividades socialmente indeseables (v. gr., ejercer presión sobre las autoridades competentes, por medios legales o incluso ilegales) con el fin de evitarla.

El deber de indemnizar también *reduce el riesgo de que las autoridades competentes coaccionen* a los ciudadanos. Si no existiera tal deber, los titulares de la potestad de sacrificar sin compensación los derechos de los particulares podrían sentir la tentación de abusar de la misma en beneficio propio, amenazando a ciertas personas con ejercerla para el caso de que éstas no se plegasen a sus exigencias (26).

El deber de indemnizar, finalmente, *disminuye el riesgo de que los poderes públicos actúen excesiva e ineficientemente su potestad* de privar a los ciudadanos de sus derechos por supuestas causas de interés público. Si no hubiera que

(24) Puede verse un análisis más pormenorizado de estos costes y beneficios sociales en nuestro trabajo (2012) «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012..

(25) Ésta sería la principal función de tal deber, según Lawrence BLUME y Daniel L. RUBINFELD (1984), «Compensation for Takings: An Economic Analysis», *California Law Review*, 72, pp. 571 y ss.

(26) Abraham BELL y Gideon PARCHOMOVSKY (2010), «The Hidden Function of Takings Compensation», *Virginia Law Review*, 96, p. 1695.

pagar un justiprecio, las autoridades competentes podrían sentirse inclinadas a abusar de esa potestad, realizando proyectos cuyos costes sociales (soportados por unos pocos ciudadanos, políticamente poco influyentes) superan a sus beneficios para la comunidad (concentrados en dichas autoridades, en sus votantes o en grupos de interés muy poderosos) (27). Tal puede ser un riesgo ciertamente serio, en la medida en que las víctimas de una expropiación constituyen frecuentemente un grupo ocasional de personas (para las cuales éste es un «juego de una sola tirada») cuyos incentivos y habilidad para influir sobre las autoridades son mucho más reducidos que los de los individuos que promueven la privación, quienes frecuentemente constituyen grupos de presión bien organizados que participan repetidas veces en el «juego».

La magnitud de este riesgo de abusos depende de varios factores. De entre ellos cabe destacar, en primer término, la capacidad de influencia que sobre dichas autoridades tengan los sujetos afectados por la privación: a menor capacidad, mayor riesgo. Cabe esperar, por ello, que el peligro revista singular intensidad cuando las víctimas no forman parte del círculo de quienes votan o dan soporte político a los gobernantes encargados de acordar la privación, por ejemplo porque son extranjeras (28). Y este peligro se agravará, seguramente, cuanto menor sea el número de perjudicados, cuanto más *singular* sea la ablación, permaneciendo todo lo demás constante.

El riesgo aumentará, en segundo término, cuanto mayor sea la discrecionalidad —o, si se quiere decir así, el margen de apreciación— de que las autoridades competentes dispongan a los efectos de precisar si el correspondiente proyecto es de interés público.

En tercer lugar, también tendrán cierta relevancia los beneficios netos que las autoridades competentes —o los grupos capaces de presionarlas— puedan extraer de las correspondientes medidas ablatorias. Todas, absolutamente todas, las actuaciones de los poderes públicos —incluidos los llamados «actos

(27) Vid., por todos, Richard A. POSNER (2007), *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, pp. 58 y 59; BELL y PARCHOMOVSKY (2010: 1672 y ss.).

(28) Nótese que el TEDH consideró, inicialmente, que el art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 del CEDH (y, en concreto, el inciso relativo a los «principios generales del Derecho internacional») sólo garantizaba el derecho de los expropiados a obtener una indemnización si éstos eran extranjeros respecto del Estado expropiante. Para justificar esta desigualdad entre extranjeros y nacionales se aducía, entre otras razones, que «*non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption*». SSTEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros c. Reino Unido*, 8793/79, § 63) y 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros c. Reino Unido*, 9006/80 y 9262, 9263, 9265, 9266, 9313 y 9405/81, § 116). Como advierte Luis María DIEZ-PICAZO (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, p. 449, el Derecho internacional «siempre ha previsto normas tendentes a salvaguardar la propiedad de los extranjeros, tradicionalmente más expuesta a la arbitrariedad de todo Estado que la de sus propios súbditos».

desfavorables», tales como las expropiaciones, delimitaciones de la propiedad, sanciones, etc. — deben reportar algún tipo de beneficio o utilidad para alguien: la Administración, por imperativo constitucional, debe actuar siempre al servicio de los intereses generales (art. 103.1 CE), y lo mismo vale decir para el legislador. Pero debe notarse que el círculo de los individuos beneficiados por una actuación pública puede ser más o menos amplio. Y cuanto más diseminados, entre una multitud de personas, queden los beneficios derivados de un proyecto público, menos a cuenta les saldrá a cada una de ellas presionar a quien corresponda para que lo lleve a cabo. Cuanto más se concentren sobre uno o unos pocos individuos dichos beneficios, por el contrario, más rentables les resultarán sus esfuerzos encaminados a realizarlo, y más peligroso será no indemnizar. De ahí la tesis defendida por varios autores y alguna resolución judicial según la cual uno de los criterios a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos frente a una expropiación es el de la existencia de un *beneficiario*. Existe un beneficiario —según esta doctrina— cuando el sacrificio en que la expropiación consiste tiene como correlato la obtención de un beneficio o enriquecimiento por una tercera persona (29) o, dicho con otras palabras, cuando los beneficios derivados de la operación expropiatoria se concentran sobre una persona o un grupo muy reducido de personas.

B) Costes

La obligación de pagar indemnizaciones expropiatorias hace necesario incrementar la *presión fiscal*, lo que genera costes de gestión y disminuye, hasta cierto punto, los incentivos económicos que la gente tiene para llevar a cabo las actividades socialmente valiosas objeto de gravamen, como trabajar, intercambiar cosas, etc.

La determinación del importe del justiprecio constituye muchas veces un arduo y disputado problema, que debe dilucidarse a través de un costoso *procedimiento*. Estos costes procedimentales serán tanto más elevados cuanto mayor sea el número de propietarios afectados.

Pero lo que sobre todo interesa señalar, en relación con el caso que estamos considerando, es que el derecho a ser indemnizado puede *estimular* económicamente la realización por parte de su titular de inversiones y, en

(29) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II, pp. 247 y 248; Juan Antonio CARRILLO DONAIRE (2003), *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid, pp. 97 y 98; PONS CÀNOVAS (2004: 85); David BLANQUER (2010), *Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II, pp. 685 y ss.; Santiago MUÑOZ MACHADO (2011), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Iustel, Madrid, t. IV, pp. 838 y ss. En la jurisprudencia, vid. la STS de 14 de marzo de 2006 (rec. 624/2002).

general, de *actividades socialmente ineficientes*, indeseables (30). Las inversiones hechas por los propietarios con el fin de adquirir, conservar y mejorar sus bienes pueden echarse a perder si el gobierno sacrifica los mismos por una causa de interés público. Si aquéllas fueran compensadas, los propietarios tenderían a invertir por encima de lo que sería socialmente óptimo, pues no tendrían en cuenta el riesgo de que las mismas se malograrán por una causa de interés público. Ese riesgo lo pagarían los contribuyentes.

Imaginemos que una persona está barajando la posibilidad de construir una nave industrial en un terreno de su propiedad. La construcción le costaría 1.000.000 euros y le permitiría ingresar 1.200.000 euros. El problema es que hay una probabilidad del 0,5 de que, nada más terminada la construcción y antes de que comience a ser amortizada, el terreno sea expropiado y la nave demolida para llevar a cabo cierto proyecto de interés público. Es evidente que, desde el punto de vista del bienestar social, la nave no debería ser construida, pues su utilidad social esperada es negativa (-400.000 euros) (31). Pero si el propietario sabe que se le abonará el coste de la construcción en caso de que le sea expropiada (pongamos, a efectos meramente ilustrativos, que la indemnización sólo cubre el daño emergente y no el lucro cesante), lo normal es que decida acometer la inversión, pues la misma le resultará económicamente rentable (los beneficios esperados netos que para él se derivan de ella son de 100.000 euros) (32). Si, por el contrario, sabe que no se le pagará, se abstendrá de construirla, en la medida en que la utilidad esperada privada de la nave es negativa (-400.000 euros) (33). Ni que decir tiene que a la sociedad no le conviene indemnizar la frustración de estas inversiones que son ineficientes desde un punto de vista *ex ante*, pues de esa manera las está incentivando.

Supongamos ahora que el Gobierno español prohíbe importar plasma sanguíneo de cierto país y ordena la destrucción de todos productos derivados de tal plasma importados desde allí. La razón esgrimida es que las medidas de seguridad adoptadas para obtener y procesar la sangre se consideran insuficientes para proteger adecuadamente la salud. Si las empresas que han adquirido estos productos no tienen derecho a ser indemnizadas por su destrucción, tratarán de evitar comprar e importar plasma sanguíneo y sus derivados de países donde existe un nivel similar de seguridad. Si, por el contrario, tuvieran derecho a obtener una compensación, seguirían comprando plasma sanguíneo

(30) Vid. Lawrence E. BLUME, Daniel L. RUBINFELD y Perry SHAPIRO (1984), «The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?», *Quarterly Journal of Economics*, 99, pp. 71 y ss.

(31) $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5$.

(32) $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 + (1.000.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5$.

(33) $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5$.

procedente de tales países, comercializando o utilizando en España un producto que es inaceptablemente inseguro de acuerdo con nuestros estándares. Éste no es un resultado que podamos considerar positivo.

Si en estos y otros casos semejantes el Gobierno no está obligado a indemnizar, habrá un riesgo de que intervenga excesivamente. Pero parece claro que dicho riesgo es mucho menos serio que el que entraña la importación de plasma sanguíneo inseguro. La actividad privada regulada es más peligrosa que la actividad pública reguladora. Cuando tal ocurre, no debería indemnizarse.

El deber de indemnizar hace que el riesgo de la adopción de las medidas requeridas por el interés público (v. gr., la destrucción de productos peligrosos) recaiga sobre el Gobierno, lo que encarece su acción reguladora, pudiendo inhibirla hasta cierto punto y provocando que su volumen no alcance el que sería socialmente óptimo. Por otro lado, abarata y estimula la realización de las actividades privadas reguladas, propiciando que el volumen de las mismas supere el que sería óptimo para el bienestar social.

La regla de la no indemnización, por el contrario, carga el riesgo de la adopción de tales medidas sobre los individuos que llevan a cabo las actividades reguladas, encareciéndolas y provocando un cierto efecto inhibitor sobre las mismas. Pero también hace que al Gobierno le resulte más barato tomar aquellas medidas, lo que puede propiciar un exceso de regulación.

La pertinencia de una u otra regla dependerá de cuál de las dos actividades —la regulada o la reguladora— sea más peligrosa y, por lo tanto, convenga controlar para que no se realice en exceso. Si la que llevan a cabo los particulares encierra mayores riesgos para la comunidad, convendrá no indemnizarles. Si la regulación pública resulta más peligrosa, será preferible compensarles.

3. Por qué la prohibición de extraer agua de un acuífero sobreexplotado para regar constituye una delimitación de la propiedad no indemnizable

A la vista de cuanto se ha dicho, parece claro que en este caso no procede indemnizar, principalmente porque ello supondría dar a los regantes un perverso incentivo para efectuar inversiones socialmente ineficientes.

Analicemos los beneficios sociales de una regla que obligara a compensar. Pudiera pensarse que esta regla tiene al menos la ventaja de que hace recaer el coste de los eventuales daños derivados de la prohibición de regar sobre la Administración estatal, que por lo general es menos aversa al riesgo que los regantes y, por consiguiente, puede soportarlo mejor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los sistemas de seguros privados permiten asegurar y com-

pensar daños de una manera más eficiente (34). De un lado, porque engendran menos costes de gestión. De otro, porque proporcionan una cobertura ajustada a las singulares preferencias de cada uno de los propietarios. Imaginemos que varios de los regantes son grandes empresas que aquí se comportan de manera prácticamente neutral frente a dicho riesgo. Dado que no les cuesta nada asumirlo, ningún beneficio social se derivaría de asegurarlas forzosa e íntegramente contra el mismo mediante la referida regla. Los contribuyentes les estaríamos pagando un seguro contra un riesgo que pueden soportar sin coste alguno y frente al cual ellas nunca se asegurarían.

Es cierto que la falta de compensación por el sacrificio del derecho a regar engendra ciertos peligros: 1º) las potenciales víctimas pueden dedicarse a realizar actividades socialmente indeseables (v. gr., sobornar a las autoridades competentes) con el fin de evitar que se adopte la referida prohibición; 2º) las autoridades pueden coaccionar a los regantes afectados amenazándoles con imponerles tal prohibición; y 3º) se propicia que la Administración ejerza en exceso esta potestad.

Es razonable pensar, sin embargo, que en el presente caso estos riesgos no son muy considerables, fundamentalmente por dos razones. La primera es que el margen de discrecionalidad de que la Administración dispone para declarar sobreexplotado un acuífero y establecer una prohibición de uso como la adoptada en el caso que nos ocupa es relativamente reducido (35). El espacio de maniobra para tomar esta decisión es mucho menor que el disponible para acometer los proyectos de interés público que típicamente conllevan expropiaciones (v. gr., un proyecto de carreteras). Como los afectados tienen la posibilidad efectiva de impugnar dichas medidas y a los Tribunales no les resulta excesivamente complicado comprobar si están objetivamente justificadas —si realmente concurren en cada caso las circunstancias del supuesto de hecho de la norma que permite su adopción (36)—, es difícil que las autoridades puedan coaccionar efectivamente a los usuarios del agua, ya que el mal con el que se les amenaza —las referidas actuaciones— no es demasiado grave, en la medida en que puede combatirse judicialmente con relativa facilidad.

(34) Oriol MIR PUIGPELAT (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, pp. 242 y ss.

(35) Según DELGADO PIQUERAS (1992: 215), «no cabe considerar esta potestad como discrecional o facultativa». En sentido similar, Silvia DEL SAZ (1990), *Aguas subterráneas, aguas públicas*, Marcial Pons, Madrid, p. 237. Según Juan Miguel DE LA CUÉTARA (1989), *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, p. 132, «puede estimarse razonablemente garantizada la objetividad de la declaración... se trata de una calificación con base en hechos, en circunstancias comprobables, en cuantificaciones exactas».

(36) Vid. el art. 171.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril).

Por eso mismo, el riesgo de que se produzcan excesos en el ejercicio de esa potestad no reviste una gran magnitud.

Además, este último riesgo es relativamente reducido por una segunda razón: a diferencia de lo que típicamente ocurre en el caso de las expropiaciones, la prohibición que estamos considerando no implica la transferencia del derecho sacrificado a una tercera persona —el denominado «beneficiario»—. Los caudales de los que los regantes no pueden disponer temporalmente tampoco pueden ser utilizados por otros individuos (37). No hay una persona o grupo reducido de personas que experimente un enriquecimiento especial, un incremento en su patrimonio, como consecuencia de la prohibición, por lo que nadie tiene incentivos demasiado intensos para presionar a las autoridades competentes a fin de que declaren la sobreexplotación del acuífero. Nótese la diferencia existente entre este supuesto y el previsto en el artículo 55.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Aguas, donde puede leerse que el organismo de cuenca:

«Con carácter temporal, podrá también condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Cuando por ello se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 veía una identidad de razón entre ambos supuestos, por lo que venía a entender que el deber de indemnizar establecido en este precepto debía aplicarse analógicamente al caso de los acuíferos sobreexplotados:

«La propia Ley de Aguas... contempla el resarcimiento de los perjuicios generados a unos titulares de aprovechamientos hidráulicos en beneficio de otros cuando, con carácter temporal, se haya condicionado o limitado por el organismo de cuenca correspondiente el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional, por lo que no resulta coherente con tal régimen jurídico considerar como no indemnizables las limitaciones impuestas al dominio privado de las aguas mediante el ejercicio de la potestad conferida al Consejo de Ministros... en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales».

Sin embargo, ya en el voto particular a esta misma resolución, así como en Sentencias posteriores del Tribunal Supremo, se advierte certeramente que hay una diferencia relevante entre ambos casos:

(37) Como dice DELGADO PIQUERAS (1992: 215), «no se trata de privar del agua a unos usuarios para entregarla a otros, sino de racionar el uso que todos hacen del recurso».

«Creemos que no existe equivalencia o paralelismo alguno entre el supuesto contemplado por el artículo 53.2 [hoy, art. 55.2 del Texto Refundido citado] y el previsto por el artículo 56 [hoy, art. 58 del Texto Refundido], ambos de la Ley de Aguas, ya que éste se refiere a circunstancias extraordinarias de sequías, sobreexplotación de acuíferos y similares estados de necesidad, en que no se perjudica a unos titulares de aprovechamientos en beneficio de otros sino que se establecen medidas de carácter general afectantes a todos los que se encuentren en tales circunstancias, y éstas fueron las medidas acordadas por el Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel, sin que supusiesen modificación de caudales en beneficio de unos y perjuicio de otros titulares».

Analicemos ahora los costes de indemnizar los perjuicios ocasionados por la prohibición de riego. Es claro, en primer lugar, que la consideración de esta y otras medidas semejantes como expropiatorias generaría un aumento de la presión fiscal y, sobre todo, significativos costes de gestión, derivados de la tramitación de los procedimientos a través de los cuáles las víctimas exigirían el resarcimiento y se determinaría el importe de los justiprecios. Tales costes serían relativamente elevados, habida cuenta del elevado número de personas afectadas por la prohibición y de que no resulta sencillo precisar la magnitud de los daños ocasionados y de las correspondientes compensaciones.

El deber de indemnizar, en segundo lugar, podría provocar un cierto efecto inhibitorio sobre el ejercicio de la potestad administrativa de declarar sobreexplotado un acuífero y limitar la extracción de agua para riego. Es probable que la Administración se lo piense dos veces antes de adoptar tales medidas, en atención a los desembolsos presupuestarios que las mismas desencadenarían (38). Esa inhibición podría menoscabar de un modo intolerable intereses públicos como los de la protección del medio ambiente (consagrada en el artículo 45 de la Constitución) y los que exigen que el agua se destine preferentemente a otros usos de mayor utilidad (v. gr., al abastecimiento de poblaciones) (39).

Pero, seguramente, el principal coste de una hipotética indemnización viene dado por la circunstancia de que la misma daría a los regantes un acicate económico para efectuar inversiones socialmente ineficientes. En efecto, si los usuarios del agua saben que se les van a resarcir los daños que les ocasione

(38) Como advierte Francisco DELGADO PIQUERAS (2002), en Pedro BRUFAU y M. Ramón LLAMAS (eds.), *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, p. 116, la confirmación legal de la jurisprudencia que niega la indemnización en estos casos «debe favorecer la aplicación de las medidas necesarias para salvaguardar los humedales en grave peligro de desaparición por falta de decisión administrativa a la hora de llevar a la práctica los planes de reordenación tantas veces anunciados».

(39) Vid. el art. 60 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

la prohibición de regar durante un tiempo —daños consistentes, básicamente, en la pérdida de las cosechas y, eventualmente, de las plantas—, se dedicarán a cultivar aquellos vegetales que les resulten más rentables a la vista del agua de que en principio disponen, sin tener en cuenta el riesgo —nada remoto— de que en épocas de sequía o en casos de sobreexplotación del acuífero se les prohíba usar el agua para riego y sus cultivos acaben arruinándose. Y no tendrían en cuenta ese riesgo a la hora de decidir qué plantan, porque serían los contribuyentes y no ellos quienes lo soportarían. La regla de la indemnización propicia que los regantes inviertan en cultivos que requieren más agua de la que probablemente podrán usar y que, por consiguiente, previsiblemente se echarán a perder.

La regla de la no indemnización, por el contrario, propicia que los agricultores tengan en cuenta, a la hora de planificar sus inversiones y decidir qué cultivan, el riesgo de que sobrevengan situaciones de sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o circunstancias análogas que pudieran provocar que dichas inversiones se malograrán. Esta regla les fuerza a internalizar este riesgo. Les proporciona los incentivos adecuados para cultivar aquellos vegetales más rentables en función no de la cantidad máxima de agua que en el mejor de los casos podrían extraer del acuífero, sino de la cantidad que previsiblemente podrán utilizar de manera efectiva, a la vista de la situación hidrológica que cabe razonablemente esperar. Esta regla reduce significativamente el riesgo de que sus cosechas y plantas se echen a perder por falta de agua.

VI. CONCLUSIONES

El caso de las prohibiciones de extraer de un acuífero sobreexplotado agua para regar pone de manifiesto la insuficiencia de los criterios empleados por la jurisprudencia española —y, en particular, los criterios de la singularidad de la privación, la especialidad del sacrificio y la ruptura del principio de igualdad— para determinar si con arreglo al artículo 33 de la Constitución estas y otras medidas ablatorias deben ser indemnizadas o no, esto es, si constituyen expropiaciones o delimitaciones de la propiedad no indemnizables.

A nuestro juicio, la respuesta a esta cuestión exige ponderar los costes y beneficios sociales —para los diversos bienes constitucionales en juego— que se derivan de cada una de las soluciones consideradas. Si los beneficios de indemnizar superan a sus costes, nos encontramos ante una expropiación. En caso contrario, se trata de una delimitación que no es obligado compensar.

Analizados dichos costes y beneficios, es evidente que la prohibición referida no debe considerarse una expropiación, principalmente porque indemnizar a los regantes supondría ofrecerles un potente incentivo pecuniario para realizar

actividades socialmente ineficientes, en concreto para invertir en cultivos que requieren más agua de la que probablemente habrá disponible y que, por esa razón, previsiblemente se echarán a perder. Adicionalmente, el deber de indemnizar podría producir un cierto efecto inhibitor sobre el ejercicio de la potestad administrativa de declarar sobreexplotado un acuífero y adoptar las medidas adecuadas para proteger el medio ambiente y asegurar la utilización racional del agua.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA VAQUÉS, Mar (2008): «Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*regulatory takings* v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, coord. Marc CARRILLO, Madrid, CEPC, vol. II, pp. 939 y ss.
- ALEXY, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte*, Shurkamp, Frankfurt am Main.
- BARCELONA LLOP, Javier (2011): «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 185, 2011, pp. 49 y ss.
- BARRIOBERO MARTÍNEZ, Ignacio (1997): «La sobreexplotación grave de los acuíferos», *Revista de Administración Pública*, 144, pp. 219 y ss.
- BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon (2010): «The Hidden Function of Takings Compensation», *Virginia Law Review*, 96, pp. 1673 y ss.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- BLANQUER, David (2010): *Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II.
- BLUME, Lawrence y RUBINFELD, Daniel L. (1984): «Compensation for Takings: An Economic Analysis», *California Law Review*, 72, pp. 569 y ss.
- BLUME, Lawrence E., RUBINFELD, Daniel L. y SHAPIRO, Perry (1984): «The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?», *Quarterly Journal of Economics*, 99, pp. 71 y ss.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2003): *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid.
- CLÉRICO, Laura, SIECKMANN, Jan R. y OLIVER LALANA, Daniel (coords.) (2010): *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada.

- DE LA CUÉTARA, Juan Miguel (1989): *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid.
- DE LA SIERRA MORÓN, Susana (2004): *Una metodología para el Derecho comparado europeo*, Civitas, Madrid.
- DE VICENTE DOMINGO, Ricardo: «Regímenes especiales de explotación, sobre-explotación y salinización de las aguas subterráneas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 64, 1989, pp. 569 y ss.
- DEL SAZ, Silvia (1990): *Aguas subterráneas, aguas públicas*, Marcial Pons, Madrid.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1992): *Derecho de aguas y medio ambiente*, Tecnos, Madrid.
- (2002), en Pedro BRUFAU y M. Ramón LLAMAS (eds.): *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, pp. 111 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2003): *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012): «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús (1994): «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador», *Revista de Administración Pública*, 133, pp. 343 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2008): *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1989): «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, 118, pp. 35 y ss.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia (2004): «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211 y ss.
- MENÉNDEZ, Agustín José y ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.) (2010): *La argumentación y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Iustel, Madrid, t. IV.
- PONS CÀNOVAS, Ferran (2004): *La incidencia de las intervenciones administrativas en el Derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid.

- POSNER, Richard A.: *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 2007.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1994a): *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, p. 381.
- (1994b): «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 169 y ss.
- SIECKMANN, Jan R. (ed.) (2011): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid.
- SORO MATEO, Blanca (2009): «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, 15, pp. 61-80.

LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN EN LA LEY 3/2009, DE URBANISMO DE ARAGÓN(*) (**)

JOSÉ LUIS CALVO MIRANDA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «ACTUACIÓN DE DOTACIÓN». CARACTERÍSTICAS GENERALES.– III. DISTINCIÓN ENTRE «ACTUACIÓN DE DOTACIÓN» Y «UNIDAD DE EJECUCIÓN». LOS DEBERES DE CESIÓN.– IV. ENTREGA A LA ADMINISTRACIÓN DE UN PORCENTAJE DE LA EDIFICABILIDAD MEDIA PONDERADA. EN LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN, ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «INCREMENTO DE APROVECHAMIENTO OBJETIVO ATRIBUIDO A LA PARCELA» (ART. 134.4.C LUA'2009)?– V. LA GESTIÓN DE LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN.– VI. LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS.– VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto una aproximación al régimen jurídico de las actuaciones de dotación en la Ley de Urbanismo de Aragón. Se trata de una técnica nueva —aunque cuenta con antecedentes en otras legislaciones autonómicas—, introducida a nivel general en la Ley de Suelo de mayo de 2007, actual Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio, que es desarrollada por el legislador aragonés. Su finalidad principal es la de imponer cargas a los propietarios en suelo urbano consolidado por la urbanización. El presente trabajo hace un esfuerzo por distinguir la actuación de dotación de la unidad de ejecución, analiza la problemática de su gestión, propone soluciones que ponderan los intereses generales con los particulares, estudia esta figura en el régimen especial de los pequeños municipios y recapitula, finalmente, las ideas fundamentales de la institución —algunas plasmadas en la norma y otras que deberían positivarse—.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de diciembre de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 20 de abril de 2012.

(**) El presente trabajo se desarrolla dentro de las actividades del grupo consolidado de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón sobre Administración, Economía, Sociedad y Territorio (ADESTER) (Ref. UZ S-62).

La versión publicada tiene su origen en la ponencia presentada en el XVI CURSO DE URBANISMO Y GESTIÓN EN PEQUEÑOS MUNICIPIOS, organizado por la Universidad de Verano de Teruel en colaboración con el Colegio de Arquitectos de Aragón-Delegación de Teruel, septiembre de 2010, enriquecida y ampliada con los debates, el intercambio de experiencias y las inquietudes manifestadas.

Palabras clave: actuaciones de dotación; unidades de ejecución; régimen urbanístico simplificado o de pequeños municipios.

ABSTRACT: This paper seeks an approach to the regulation of public equipment actions in the Town Planning Act of Aragon. This is a new technique, though there are precedents in other regional laws, introduced across the board in the Land Act of May 2007, now codified 2/2008 of 20 June, which was developed by the Aragon's legislator. Its main purpose is to impose burdens on owners in consolidated urban land by urbanization. This paper makes an effort to distinguish the action of urban equipment of the Execution Unit, analyzes the problems of its administration, proposes solutions that balance general and particular interests, studies this figure in the special regimen for small towns and recaps, finally, the fundamental ideas of this figure, some of them embodied in the standard and others that should be enacted.

Key words: public equipment action; Execution Unit; urban simplified regimen or special regimen for small towns.

I. INTRODUCCIÓN

La actuación de dotación es una técnica urbanística introducida en la Ley de Suelo de mayo de 2007, actual Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio. Su finalidad es la de imponer cargas a los propietarios en suelo urbano materialmente consolidado, es decir, suelo consolidado por la urbanización (1).

Para Roger Fernández y Sánchez Casanova la incorporación de las actuaciones de dotación a la Ley estatal vigente debe ser valorada positivamente, pues supone una «*aclaración definitiva a un tema sorprendentemente controvertido por la ambigüedad de su regulación en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, anteriormente vigente, lo que dio pie a interpretaciones jurídico-urbanísticas erróneas (cuando no espurias), que venían a producir enriquecimientos absolutamente injustos para los propietarios y, simétricamente, traslados de costes a la comunidad que vulneraban frontalmente el principio básico del sistema urbanístico español de reparto equitativo de beneficios y cargas en función de las atribuciones de aprovechamiento contenidas en el planeamiento*». En particular, la controversia se debía a «*algunas interpretaciones reduccionistas del apartado primero*» del artículo 14 que «*enten-*

(1) Como detallaremos a lo largo de la exposición, será difícil encontrar una actuación de dotación en suelo no urbanizado porque entonces hay una vis atractiva a favor de las unidades de ejecución en suelo urbano no consolidado. El razonamiento en forma de pregunta es el siguiente: ¿pudiendo delimitar una unidad de ejecución qué razón de ser tiene definir una actuación de dotación si es más fácil de gestionar la primera y las cesiones de los propietarios son mayores en beneficio de la Administración?

dieron que un Suelo Urbano ya urbanizado, es decir, que hubiera alcanzado la condición de solar (o que sólo le faltara para ello algún servicio complementario) ya era un suelo consolidado por la urbanización» y, ello independientemente de que el planeamiento le atribuyera o no aprovechamientos adicionales a los preexistentes o ya patrimonializados. Consecuentemente, estos suelos estaban libres de cualquier deber de cesión o de carga alguna derivado del proceso de ejecución del plan. Se criticaba, por estos autores, que «esta interpretación estaría obviando la realidad dinámica del proceso urbano» (2).

Como idea previa al contenido detallado de esta colaboración es importante recordar un apartado de la Exposición de Motivos de la Ley de Suelo de 2007, TR de 2/2008, en el que el legislador estatal deja clara o, al menos lo intenta, su posición ante las legislaciones autonómicas, dice así: «... 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 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 —recalca el legislador— una Ley urbanística sino una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados... Una Ley, por tanto, concebida a partir del deslinde competencial establecido por el bloque de la constitucionalidad y que podrá y deberá aplicarse respetando las competencias exclusivas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (apartado I, quinto párrafo).

A pesar de esta declaración tan contundente el legislador estatal introduce como novedad la institución de la «actuación de dotación», lo que podemos interpretar como una contradicción en sí misma: una ley no urbanística introduce una institución nítidamente urbanística que perfilará cada legislador autonómico.

(2) Roger Fernández, Gerardo y Sánchez Casanova, Amparo, *Las actuaciones de dotación en la nueva Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo (a propósito del deber de equidistribución en suelo urbano-solar)*, en Revista de Derecho Urbanístico, núm. 235, 2007, pp. 12-14.

Estos mismos autores dan cuenta de que el amparo de la STC 164/2001 «diversas Comunidades procedieron a regular la correcta aplicación del principio de equilibrio entre aprovechamiento y dotaciones, o lo que es lo mismo, del correcto reparto de beneficios y cargas, en la gestión del suelo urbano, distinguiéndose, en este caso, como la más explícita la ya comentada de Castilla-La Mancha», p. 15.

También podemos citar como precedente la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, modificada por la Ley 11/2008, de 28 de noviembre, que establece en los artículos 11, 27 y 137 la categoría de suelo urbano no consolidado para aquellos terrenos a los que la ordenación urbanística atribuya una edificabilidad superior a la previamente existente y la limitación del derecho de los propietarios en tal supuesto al 85% del aprovechamiento de la edificabilidad incrementada ponderada atribuida a la parcela.

También es importante recordar que aunque la Ley de Suelo no es una ley urbanística y, expresamente, huye de la técnica clásica de la clasificación del suelo por considerarla como el origen o, al menos, un factor clave en la «inflación de los valores del suelo... (que) ha fomentado también las prácticas especulativas» (apartado I, párrafo sexto de la Exposición de Motivos), contempla dos situaciones básicas del suelo: suelo urbanizado y suelo no urbanizado. El autor de este trabajo concibe a las actuaciones de dotación como ámbitos de gestión en suelo urbanizado.

Hemos de recordar que la distinción entre suelo urbanizado y suelo no urbanizado coexiste con la clasificación tripartita del suelo (suelo urbano, suelo urbanizable y suelo no urbanizable —art. 11 LUA'2009—), lo que permitirá utilizar indistintamente una y otra terminología cuando sean equivalentes. En particular, el suelo urbano consolidado podemos decir que es un suelo urbanizado (art. 12.3 TRLS'2008).

Finalmente, en cuanto a lo que es la gestión propiamente dicha, hemos de recordar que la ley estatal distingue dentro del concepto genérico de «actuaciones de transformación urbanística», por una parte, las «actuaciones de urbanización» y, por otra, las «actuaciones de dotación»; y dentro de las primeras separa las «actuaciones de nueva urbanización» de las actuaciones que tengan por objeto «reformular o renovar la urbanización» de un ámbito de suelo previamente urbanizado (art. 14 TRLS'2008). Es decir, la actuación de dotación es una actuación de transformación urbanística. No una actuación de urbanización propiamente dicha pero sí exige una gestión urbanística.

En la terminología de la Ley de Urbanismo de Aragón, Ley 3/2009, de 17 de junio, las actuaciones de urbanización se localizan en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable delimitado, mientras que las actuaciones de dotación se circunscriben únicamente al suelo urbano (art. 125 LUA'2009).

II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «ACTUACIÓN DE DOTACIÓN». CARACTERÍSTICAS GENERALES

Es la Ley de Suelo la que nos da un concepto más completo de las actuaciones de dotación. Las define como aquellas que tengan por objeto «incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la nueva ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de éste —del ámbito—» (art. 14.1.b TRLS'08).

A mi juicio, la LUA'2009 no agota las posibilidades legales de desarrollo de esta institución, pues se limita a afirmar que se trata de ámbitos de suelo

urbano en los que el planeamiento incrementa de forma consciente el aprovechamiento urbanístico preexistente, aun cuando el suelo se encuentre completamente urbanizado (art. 13.3 LUA'2009). Lo más destacable de esta regulación es que omite la correlación necesaria entre el incremento consciente de aprovechamiento urbanístico y el incremento de dotaciones públicas. Además, se olvida de hacer referencia al incremento de densidad como contrapartida a la imposición de cesiones públicas o a la renovación de usos si éstos son de mayor valor que el existente.

De la regulación legal parece desprenderse que el origen de las actuaciones de dotación es: 1) el incremento de edificabilidad; 2) el incremento de densidad; o 3) los nuevos usos asignados (siempre que éstos sean de mayor valor, hay que entender).

Las notas fundamentales de la actuación de dotación son:

— Formalmente se clasifican y se califican como suelo urbano no consolidado. Es la única posibilidad legal de imponer cargas a los propietarios (en suelo urbano consolidado no existe equidistribución y las obligaciones de cesión son mínimas como nos recuerda el artículo 35.2 de la LUA'2009). Por ello el primer punto a desarrollar será distinguir las «actuaciones de dotación» de las «unidades de ejecución», pues tanto unas como otras se clasifican como suelo urbano no consolidado (arts. 13 y 125 LUA'2009) (3).

(3) Es oportuno citar la STC 54/2002, de 27 de febrero, que enjuició el artículo único de la Ley del Parlamento vasco 11/1998, de 20 de abril, por la que se determinaba la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, declarando la inconstitucionalidad del mismo en cuanto imponía a los propietarios de suelo urbano consolidado deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico. El Alto Tribunal declaró la incompatibilidad de dicho precepto con el artículo 14 de la Ley estatal 6/1998, del suelo y valoraciones, en estos términos (FJ 5º): «... Sentado lo anterior, basta con la lectura del art. único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998 para concluir que contradice las «condiciones básicas» contenidas en el art. 14 LRSV. En efecto, el art. 14.2 c) LRSV, según se acaba de recordar, únicamente prevé deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano «no consolidado por la urbanización». En cambio, el art. 14.1 LRSV se limita a establecer, como deberes específicos de los propietarios de terrenos en suelo urbano «consolidado», el de completar a su costa la urbanización hasta que alcancen la condición de solar y el de edificarlos en los plazos establecidos por el planeamiento. Ello implica, como se razonó en el F. 20 de la STC 164/2001 que, conforme a dicha norma, los propietarios de suelo urbano «consolidado» no soportan (a diferencia de los propietarios de suelo urbano «no consolidado») deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico, ni siquiera en solares o terrenos ya edificados pero sujetos a obras de rehabilitación... Tenemos, así, que la norma de «condiciones básicas» del art. 14.1 LRSV, dentro del amplio margen de configuración de que dispone el Estado y en línea con las determinaciones expresas de sus antecedentes normativos, determina que todos los propietarios de suelo urbano «consolidado» de España patrimonializan el 100 por 100 del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar.

Este régimen uniforme en el disfrute de la propiedad urbana —sigue argumentando el Alto Tribunal— se quiebra en el territorio del País Vasco, donde según el art. único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998 los propietarios de suelo urbano «consolidado» deben —al

— Las actuaciones de dotación son actuaciones de gestión urbanística, no propiamente de urbanización pero sí requieren de un proceso de gestión. No son actuaciones aisladas. El artículo 125.3 de la LUA'2009 dispone que la gestión urbanística del suelo incluido en actuaciones de dotación «*se efectuará mediante reparcelación material o económica en unidad continua o discontinua*».

— Las cesiones a la Administración actuante tienen su origen en el incremento de aprovechamiento preexistente, según la LUA'2009. Se trata de un incremento consciente del planificador que obliga a reajustar la proporción de las dotaciones públicas a la nueva edificabilidad. Este incremento de aprovechamiento debe ser coherente con la ordenación urbanística del entorno y no puede constituir una reserva de dispensación o un régimen edificatorio singular. Se debe deducir de forma natural del contexto (4).

Para el legislador estatal, también justifica la delimitación de una actuación de dotación tanto el incremento de densidad como «*los nuevos usos asignados*». Hemos de recordar que un incremento de densidad puede no significar un incremento de edificabilidad. Son parámetros urbanísticos diferentes.

Respecto a la posibilidad de delimitar una actuación de dotación con origen en los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística, hemos de entender que éstos tengan un mayor valor en el mercado respecto del uso preexistente. Sólo si existe una plusvalía para el propietario la comunidad puede participar en la misma de conformidad con el mandato constitucional (art. 47 Carta Magna).

— Tienen carácter residual y, a mi juicio, excepcional. Deben interpretarse en sentido estricto.

igual que los propietarios de suelo urbano «no consolidado»— ceder obligatoria y gratuitamente el 10 por 100 del aprovechamiento asignado a sus parcelas o solares (o, en el caso de obras de rehabilitación, el 10 por 100 del incremento de aprovechamiento urbanístico).

Como *obiter dicta*, el Tribunal Constitucional no negó la existencia de posibles plusvalías en el suelo urbano consolidado en estos términos: «*De esta forma, la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal, no excluye «a priori» una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios*» (FD 4°).

(4) Como dice HERVÁS MÁZ, Jorge, *Las actuaciones de dotación y renovación en el suelo urbanizado. La regeneración de la Ciudad*, en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 5, marzo de 2009, Tomo I, «*las actuaciones de dotación como incrementos de edificabilidad que suponen no pueden utilizarse de forma indiscriminada, en cualquier circunstancia y escenario urbanístico*», dando cuenta de la existencia de legislaciones autonómicas que fijan límites máximos a la edificabilidad y/o densidad incluso en el suelo urbano.

La LUA de 2009 sólo establece límites objetivos a la edificabilidad y/o densidad en los Planes Parciales, que operan, principalmente, en el suelo urbanizable, e, indirectamente, en el suelo urbano no consolidado incluido en sectores o unidades de ejecución (arts. 53 y 42, apartados 4 y 5.b).

— Plantean importantes interrogantes en la fase de gestión urbanística. Así por ejemplo, ¿es preciso fijar un sistema de actuación?; ¿es la reparcelación material la regla general frente a la excepcionalidad de la reparcelación económica; o viceversa?; ¿las dotaciones deben cederse urbanizadas?; ¿qué concreto destino urbanístico tiene la cesión de aprovechamiento lucrativo a la Administración?

III. DISTINCIÓN ENTRE «ACTUACIÓN DE DOTACIÓN» Y «UNIDAD DE EJECUCIÓN». LOS DEBERES DE CESIÓN

Las actuaciones de dotación se clasifican como ámbitos de suelo urbano no consolidado. Es determinante, a mi juicio, distinguirlas de las «unidades de ejecución» a la vista de la regulación imprecisa y abierta del artículo 13 de la LUA de 2009.

En efecto, tanto las actuaciones de dotación como las unidades de ejecución son espacios físicos objeto de transformación, es decir, de gestión urbanística. No es necesario planeamiento intermedio, pues es el Plan General el que ordena tanto a unas como a otras (art. 42.1 y 42.3 LUA'2009) (5).

Hemos de afirmar, pues, que ambas se clasifican y se califican como suelo urbano no consolidado. La diferencia está en que las unidades de ejecución se delimitan en suelo urbano cuando es necesaria la «urbanización o reurbanización», en palabras literales del artículo 13.2, segundo inciso, de la LUA'2009: «...Cuando se trate de terrenos ya transformados conforme al artículo anterior, el Plan General podrá atribuirles la condición de suelo urbano no consolidado sometiéndolos al régimen de las actuaciones integradas, cuando resulte necesaria su urbanización o reurbanización mediante la ejecución de actuaciones integradas de urbanización». Por el contrario, las actuaciones de dotación se delimitan en suelo urbanizado cuando el planeamiento incrementa el aprovechamiento preexistente.

Es cierto que si leemos los objetivos de las unidades de ejecución previstos en el artículo 13.2 LUA'2009 podemos observar que alguno de ellos coincide con el de las actuaciones de dotación (incremento de aprovechamiento y obtención de dotaciones) por esta razón, quiero insistir, en que la clave que

(5) La diferencia entre las actuaciones de dotación y los sectores en suelo urbano no consolidado es muy clara y no plantea problemas; en estos últimos es preciso un planeamiento de segundo grado ampliándose la tipología con la LUA'2009, pues ahora pueden delimitarse sectores sujetos a reforma interior a ordenar por PERI o sectores de nueva urbanización a ordenar por Plan Parcial (art. 40.1.a). Novedad importante y muy interesante cuyo análisis escapa del objeto del presente trabajo.

las diferencias es la necesidad o no de «urbanización o reurbanización» (6). Estas finalidades, si las sistematizamos, son:

— Delimitar unidades de ejecución «cuando el Plan General atribuya un aprovechamiento objetivo superior al preexistente» (letra a).

Como sabemos, la esencia de las actuaciones de dotación es, también, que se «incremente el aprovechamiento preexistente» (art. 13.3 LUA'2009), por eso creo que la diferencia está en lo que he hecho hincapié antes.

— Corregir aquellas situaciones en las cuales la urbanización no comprenda todos los servicios precisos (letra b), art. 13.2 LUA'2009).

Es la verdadera esencia de las unidades de ejecución. Son vacíos urbanos, remates de la ciudad o cambios de usos (zona industrial obsoleta a residencial o terciario).

— Corregir aquellas situaciones en las cuales el nivel de dotaciones públicas existentes no tenga la proporción adecuada.

Este objetivo puede coincidir con el de las actuaciones de dotación que mediante el incremento consciente del aprovechamiento existente lo que busquen es obtener dotaciones públicas.

— Finalmente, establecer dotaciones de cesión obligatoria y gratuita.

Debemos reproducir el anterior comentario: también con las actuaciones de dotación se incrementan las dotaciones de cesión obligatoria.

En definitiva, las unidades de ejecución siempre presuponen un suelo que es preciso urbanizar o reurbanizar. Éste es el quid de la cuestión. Se trata de suelos que necesitan obras de urbanización, principalmente, obras de pavimentación exterior. Por eso definiendo en este trabajo que las actuaciones de

(6) HERVÉS MAS, J., «Las actuaciones de dotación y renovación...», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2009, Tomo I, reflexiona sobre la incompatibilidad de las actuaciones de renovación en suelo urbano con las actuaciones de dotación llegando a la conclusión de que una actuación de dotación «nunca debería conllevar ninguna obra de urbanización y si ésta fuera necesaria su entidad debe ser mínima». No obstante, con cita del artículo 102.3 de la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón —en la redacción dada por la Ley 1/2008, de 4 de abril—, llega a afirmar «la posible simultaneidad de las actuaciones de renovación de la urbanización y de dotación». A mi juicio, sin embargo, aun reconociendo que la redacción legal es poco afortunada, la Ley 1/2008 lo que establecía era que en las actuaciones de dotación la Administración adquiría el diez por ciento del incremento del aprovechamiento medio atribuido al ámbito correspondiente mientras que el propietario patrimonializaba el resto. Aprovechamiento que siempre sería superior al previsto para el resto del suelo urbano no consolidado. En cualquier caso, hemos de tener presente que la Ley 1/2008 no dotó de una regulación sustantiva completa a las actuaciones de dotación y su vigencia temporal fue de poco más de un año.

dotaciones se delimitan en suelo materialmente urbanizado; en suelo que no necesita ser urbanizado ni reurbanizado (7).

Hemos de hacer hincapié en que si el suelo no está completamente urbanizado lo apropiado y lo más beneficioso para la Administración es que se delimite una unidad de ejecución en la que las cesiones son mayores y más generosas para los poderes públicos.

En efecto, en todas las actuaciones de transformación urbanística los deberes exigibles se sistematizan en el artículo 16 TRLS 2/2008 y algunas veces son distintos según se trate de actuaciones de urbanización o de actuaciones de dotación. Veámoslo.

Los deberes en ambos tipos de actuaciones son:

a) cesión a la Administración competente del suelo reservado para dotaciones públicas incluidas o adscritas a la actuación (viales, espacios libres, zonas verdes, equipamientos...).

En las actuaciones de dotación la especialidad reside en que la entrega del suelo puede ser sustituida por otras formas del cumplimiento del deber, principalmente, mediante compensación económica.

b) entregar a la Administración, con destino al Patrimonio Público del Suelo, el suelo libre de cargas de urbanización en el que se localice el aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria. El porcentaje de cesión lo determina la legislación urbanística autonómica dentro de una horquilla que se mueve entre el 5 y el 15% de la edificabilidad media ponderada. La LUA de 2009 lo establece con carácter general en un diez por ciento del aprovechamiento medio en el suelo urbano no consolidado (art. 134.3).

En las actuaciones de dotación este porcentaje se entiende referido al incremento de la edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación. En términos de la LUA'2009, la cesión de aprovechamiento lo es del 10% del «*incremento de aprovechamiento objetivo atribuido a la parcela*» (art. 134.4.c). En la exposición subsiguiente veremos que se entiende por «incremento» porque el incremento siempre es de algo y respecto a algo.

c) costear y en su caso ejecutar las obras de urbanización, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación.

(7) En sentido similar se pronuncian A. CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA y J. A. ROSA RUIZ, «Actuaciones de transformación urbanística», en el vol. col. GUTIERREZ COLOMINA y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA (directores): *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 470-473.

Por definición, en las actuaciones de dotación no existen deberes propios de urbanización, pues el suelo ya lo está. Su ejecución física no será necesaria, a salvo la posible creación de nuevos espacios libres, zonas verdes o mejora de la trama viaria.

d) entregar a la Administración las obras e infraestructuras anteriores en cuanto soporte material de la prestación de servicios de titularidad pública.

f) indemnizar por la extinción de los bienes y derechos ajenos al suelo existentes en la actuación.

A los que debe añadirse, como no podía ser de otra forma, el deber general de equidistribución de beneficios y cargas previsto en el artículo 8.1.c) del TRLS'2008 y en la propia Exposición de Motivos de la misma (8).

Estos deberes tienen su reflejo en los artículos 24 y 134 de la Ley Urbanística de Aragón, aplicable tanto al suelo urbano no consolidado como al suelo urbanizable delimitado o sectorizado.

En definitiva, en las actuaciones de dotación el régimen de cesiones gratuitas se flexibiliza en los siguientes aspectos:

1.- La cesión a la Administración del suelo reservado para dotaciones públicas incluidas o adscritas a la actuación puede ser sustituida por otras formas del cumplimiento del deber. En concreto por compensación económica determinada sobre la base de un estudio de mercado y previo informe de los servicios técnicos municipales o comarcales. Se trata de un ingreso finalista destinado a la obtención de suelo para reservas previstas «*en la zona*» (letra e) del artículo 134.d) de la LUA'2009) (9).

Las dotaciones públicas carecen de valor en el mercado porque su edificabilidad es no lucrativa. La edificabilidad lucrativa se incluye en el cálculo del aprovechamiento medio mientras que la de las dotaciones no se tiene en cuenta para determinar el valor urbanístico de un ámbito de desarrollo. Sin

(8) A la vista del artículo 5 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de vivienda protegida de Aragón, puede surgir la duda de si en las actuaciones de dotación existe la obligación de reserva de un porcentaje de edificabilidad residencial con destino a esta tipología edificatoria, pues estamos en presencia de suelo urbano no consolidado. Duda interpretativa que se disipa con el artículo 10.b) del TRLS'2008 que circunscribe la reserva a las actuaciones de urbanización excluyendo a las actuaciones de dotación.

(9) Además de las cesiones para dotaciones, que podemos calificar de locales, si la actuación de dotación se introduce en el Plan General vía modificación puntual de éste y el incremento de aprovechamiento representa también un incremento de la densidad, por aplicación del artículo 79.2 de la LUA'2009, debe recogerse «*la previsión de mayores espacios verdes y libres de dominio y uso público*», preferentemente a ubicar en el propio ámbito de la actuación de dotación, que tendrán el carácter de estándar de sistema general a calcular conforme al artículo 40.1.b.1° de la LUA'2009.

embargo, el legislador crea la ficción legal de que la cesión dotacional en las actuaciones de dotación goza de una edificabilidad lucrativa y de un valor en el mercado (10).

La edificabilidad aplicable a la parcela de suelo dotacional será la mayor de las siguientes (art. 134.4.e LUA'2009):

1.a.– la que resulte de dividir el incremento de edificabilidad total atribuido a la «zona de ordenación» entre la superficie total de las parcelas que reciben aprovechamiento adicional que se encuentren integradas en la misma (en la «zona de ordenación»);

1.b.– la media ponderada de la edificabilidad preexistente en la zona.

Esta edificabilidad lucrativa que, ficticiamente, se atribuye a la dotación dispone de un precio que es el «valor de repercusión del uso atribuido por el planeamiento a la parcela edificable» calculado conforme a las reglas de valoración de la legislación estatal.

Da a entender el precepto que el precio de la dotación o compensación económica se calcula sobre la base del uso principal o dominante atribuido a la parcela que recibe el aprovechamiento adicional, lo que permitirá que cada propietario satisfaga un importe equivalente al uso que puede materializar. Así, por ejemplo, los propietarios de parcelas con destino a vivienda libre abonarán un precio diferente a los propietarios de las parcelas con destino a vivienda protegida. Si la parcela dispone de varios usos, el que se deberá tener en cuenta, como hemos dicho, es el principal.

Un nuevo interrogante se nos plantea al hilo de esta carga urbanística: ¿las dotaciones se ceden urbanizadas?

La respuesta a este interrogante no parece tener excesiva trascendencia si pensamos que el suelo está, por definición, urbanizado. La parcela de cesión dotacional se hallará integrada en el entramado urbano. No obstante, sí la tiene cuando el suelo de cesión lo sea con destino a viales, zona verde o a espacio libre público. En este último supuesto la zona de uso público deberá acondicionarse con jardinería, arbolado, mobiliario urbano (banco, zonas de juegos para niños...), pavimento, etc.; obras que exigen un desembolso económico a los propietarios.

Además, para el caso de que la cesión dotacional se sustituya por su equivalente económico ¿la compensación económica sustitutiva debe incrementarse en los costes teóricos de urbanización?, cabe preguntarse.

(10) La excepción la representa la vivienda social en alquiler que a pesar de gozar de una edificabilidad lucrativa no computa en el cálculo del aprovechamiento medio (art. 54.3.b LUA'2009), rompiendo, a mi juicio, el principio básico de equidistribución de beneficios y cargas.

Al parecer las respuestas son claras y contundentes. El artículo 16 del TRLS'2008 no deja lugar a dudas: es obligación de la promoción y, por consiguiente, de los propietarios, costear y ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación. Lo que omite la LUA'2009 es incluir en el cálculo de la compensación económica sustitutiva los costos de la urbanización, lo que puede explicarse bien como una condonación a favor de los propietarios bien como una laguna legal a suplir conforme a las reglas interpretativas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

2.- La cesión de aprovechamiento que corresponde al municipio por participación en las plusvalías es el diez por ciento del incremento de aprovechamiento objetivo atribuido a la parcela (letra c) del artículo 134.4 LUA'2009).

Esta cesión también puede ser objeto de sustitución económica, según la letra e) del precepto que desglosamos.

Hemos de entender que esta sustitución económica no es posible cuando el aprovechamiento objeto de cesión lo sea con destino a vivienda sujeta a algún tipo de protección pública que permita tasar su precio de conformidad con lo establecido en el artículo 16.b) del TR 2/2008 y en el artículo 108.2 de la LUA'2009. Se trata de una regla general que no admite excepciones. El precepto estatal y básico dice así: *«la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega de suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública»*.

Esta posibilidad legal de transformar tanto la cesión de dotaciones como el aprovechamiento en dinero puede convertir las actuaciones de dotación en una mera técnica recaudatoria en vez de una técnica que permita hacer ciudad. Para evitar esta tentación, el artículo 134.4, letra e, segundo párrafo, de la Ley de Urbanismo prescribe que ambas compensaciones económicas forman parte del patrimonio municipal del suelo y quedan afectas, respectivamente, a la obtención de suelo para reservas dotaciones y a la obtención de suelo para vivienda protegida.

IV. ENTREGA A LA ADMINISTRACIÓN DE UN PORCENTAJE DE LA EDIFICABILIDAD MEDIA PONDERADA. EN LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN, ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «INCREMENTO DE APROVECHAMIENTO OBJETIVO ATRIBUIDO A LA PARCELA» (ART. 134.4.C LUA'2009)?

Es obligación de la promoción en las actuaciones de transformación urbanística (incluyendo, como sabemos, tanto las actuaciones de urbanización como

las de dotación), literalmente: «*entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística*» (art. 16.1.b, *in fine*, TRLS 2/2008).

Dos notas caracterizan a la cesión de aprovechamiento. En primer lugar, que la cesión lo es, siempre, libre de cargas de urbanización, con lo que se elimina la facultad que concedía la Ley 6/1998, de 13 de abril, a los legisladores autonómicos de que dicha cesión lo fuera con costes (art. 14.2.c Ley 6/1998). En segundo lugar, se mantiene una horquilla dentro de la que los legisladores autonómicos pueden moverse a la hora de precisar el porcentaje de cesión (entre el 5 y el 15% de la edificabilidad media ponderada o aprovechamiento medio), de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional recaída en la Sentencia 164/2001, de 11 de julio, a la hora de enjuiciar el artículo 14.2.c) de la Ley de 1998 (11).

De la regulación estatal querría destacar un pequeño matiz: el legislador hace hincapié en que la cesión debe ser «*en suelo*» sobre el que se materializará el aprovechamiento. Y la LUA'2009, en su artículo 24.e), vuelve a insistir en que la cesión lo es de «*suelo libre de cargas de urbanización donde se ubique el aprovechamiento subjetivo correspondiente a la Administración*». A mi juicio, esta previsión no es acertada, pues en las operaciones de equidistribución, tal y como las concebimos, al menos, en esta Comunidad Autónoma, los propietarios participan con superficie de suelo y obtienen a cambio edificabilidad. Es decir, el derecho inicial de los propietarios es proporcional a la superficie de suelo que ostentan y, sin embargo, su derecho final se concreta en edificabilidad homogeneizada (art. 149.a LUA'2009).

Es cierto que toda edificabilidad debe materializarse sobre superficie de suelo, pero no podemos olvidar que uno de los aspectos más valorados de la nueva Ley de Suelo es que distingue entre el suelo, el vuelo y el subsuelo como partes susceptibles de titularidad separada (arts. 8.2, 17.4 y 40 TRLS'2008, entre otros), lo que puede darnos a entender que la edificabilidad que corresponde a un propietario puede concretarse, por ejemplo, en un derecho de vuelo o de subsuelo, exclusivamente. En cualquier caso, lo que está fuera de toda duda es que el aprovechamiento de entrega gratuita a la Administración

(11) Además de esta libertad de elección, la legislación estatal permite, excepcionalmente, reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada. En caso de incremento, éste sólo puede alcanzar un máximo del veinte por ciento del generalmente previsto (art. 16.1.b, párrafo cuarto, TRLS'2008).

puede localizarse en una finca de titularidad compartida, es decir, una finca en pro indiviso o en comunidad de bienes.

A mi juicio, las actuaciones de dotación son un campo propicio en el que materializar estas posibilidades legales. La reparcelación «discontinua» y esencialmente económica puede avocar al operador jurídico a crear condominios sobre las parcelas libres de edificación y a conceder derechos edificatorios sobre parcelas ya construidas (el incremento de aprovechamiento puede atribuirse a un propietario distinto en el reparto de beneficios y cargas) (12).

Retomando el hilo esencial de este epígrafe, debemos preguntarnos: ¿cuándo se produce ese incremento de aprovechamiento que legitima la imposición de deberes urbanísticos de cesión a los propietarios?

Por lógica, ese incremento debe ponerse en relación con el aprovechamiento o edificabilidad atribuida con anterioridad por el planeamiento. Partimos de un aprovechamiento cierto —el que tenía atribuido la parcela— y lo comparamos con el nuevo aprovechamiento que le concede el Plan General.

Sin embargo no es esto lo que dice la LUA'2009. Para el legislador aragonés el aprovechamiento preexistente «se determina —literalmente— por el uso y edificabilidad materializados lícitamente en una parcela concreta de suelo urbano». Es decir, por el aprovechamiento patrimonializado por el propietario. Aprovechamiento que puede ser igual al máximo permitido por el planeamiento anterior o inferior a éste. Piénsese, por ejemplo, en las viviendas unifamiliares de una, dos o tres plantas que todavía quedan en pie en grandes ciudades que coexisten con edificios de cuatro, seis, ocho o más alturas. El aprovechamiento de esa «zona de ordenación urbana» evidentemente es muy superior al materializado por ese propietario que todavía conserva su edificación tradicional. Pues bien, nuestro legislador lo penaliza sin remisión (13).

Podría pensarse que con esta regulación las Cortes están pensando en los solares vacíos incorporando una regla «velada» —se establece al margen del régimen de la edificación forzosa— que fomente la edificación, sin embargo no es así porque se prevé un régimen distinto para los casos de «ausencia de edificabilidad». En este último caso se nos dice que «se computará como tal la media de la edificabilidad del uso mayoritario correspondiente a la zona de ordenación de suelo urbano en que se integre la parcela». Esta expresión

(12) Ejemplo de las posibilidades legales es el artículo 40 TRLS'2008, en sede del derecho de superficie, que permite constituir este gravamen «sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas».

(13) También reitera la Norma Técnica de Planeamiento, aprobada por Decreto 54/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que el aprovechamiento preexistente es el materializado lícitamente en una parcela (art. 7).

tan ambigua puede interpretarse a favor de los titulares de los solares carentes de edificación, por lo que los únicos que se verían penalizados serían los propietarios de parcelas edificadas con construcciones tradicionales que no han consumido todo el aprovechamiento concedido. Una previsión así debe corregirse de forma urgente.

Una hermenéutica que ayudaría a salvar una conclusión tan radicalmente injusta estaría en entender la expresión «ausencia de edificabilidad» en el sentido de parcelas a las que el planeamiento anterior no asignaba edificabilidad. De esta manera, también los propietarios de parcelas vacantes de construcción resultarían penalizados por la disposición de la LUA'2009.

En cualquier caso, somos de la opinión de que el aprovechamiento adicional debe compararse con el asignado por el planeamiento anteriormente vigente excepto en los casos en que el aprovechamiento realmente consumido sea superior y exista título administrativo que lo ampare (14).

Finalmente, nos queda por analizar cómo se calcula la participación del municipio en las plusvalías.

La cesión del diez por ciento se calcula sobre el «*incremento de aprovechamiento objetivo*», no sobre la edificabilidad real. El aprovechamiento objetivo es «*la superficie edificable homogeneizada respecto del uso y tipología característicos*» (art. 131.3 LUA'2009). Es decir, el aprovechamiento objetivo incorpora en su cálculo los coeficientes de homogeneización de usos. Mientras que el aprovechamiento adicional que otorga el Plan General a los propietarios lo es en edificabilidad real o metros cuadrados construidos, la cesión a la Administración lo es en aprovechamiento objetivo. Los términos de comparación son distintos. Se crea así una disfunción para el caso de que el uso al que destine la Administración el aprovechamiento de cesión no coincida con el uso que pueden materializar los propietarios. Es el caso particular de que la Administración venga obligada a destinar la edificabilidad lucrativa a vivienda protegida como parece insinuar el artículo 134.4.e), *in fine*, de la LUA'2009, pues las compensaciones económicas substitutivas se ingresan en el patrimonio municipal del suelo para la «*obtención de suelo para vivienda protegida*».

En cualquier caso, defendemos que una cosa es que la Administración deba destinar preferentemente el aprovechamiento residencial que recibe de

(14) De la misma opinión es RUBIO PÉREZ, José Fernando, «Modificaciones operadas en el ordenamiento urbanístico por la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón», en *Actas de los Decimonovenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, p. 311.

En igual sentido, por referencia a la legislación catalana, se pronuncia LUISET BORRELL, Francesc, «La cesión en suelo urbano del 10% del aprovechamiento, según la legislación de urbanismo de Cataluña», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 13, junio de 2008.

los particulares a la construcción de vivienda protegida y otra que el Plan General deba predeterminar el uso al que destinar necesariamente la cesión de aprovechamiento que resulta de una actuación de dotación. Pensamos que las Administraciones Públicas deben gozar de flexibilidad para dar satisfacción a las necesidades reales de cada momento y lugar conforme a las posibilidades que abre el artículo 111.2 LUA'2009. A mayor abundamiento, la regla urbanística general es que la cesión de aprovechamiento lo es con destino a patrimonio público de suelo sin concretar su uso particularizado (art. 24.e LUA'2009) y la Ley de vivienda protegida de Aragón, en la redacción dada por la Ley 1/2008, dispone expresamente que la cesión de aprovechamiento se hará teniendo en cuenta los distintos usos posibles y no sólo el de vivienda protegida (art. 5.2.f Ley 24/2003 —literalmente, «*totalidad de productos inmobiliarios resultantes de la actuación*»—). No tiene, pues, justificación que en las actuaciones de dotación la cesión de aprovechamiento se prescriba ineludiblemente con destino a la construcción de vivienda protegida.

V. LA GESTIÓN DE LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN

Hemos dicho que una de las notas que caracteriza a las actuaciones de dotación es que se trata de actuaciones de transformación urbanística, no propiamente de urbanización porque el suelo ya está urbanizado, sino porque necesitan de una gestión urbanística. La LUA'2009 en varios artículos, directamente, hace referencia expresa a la reparcelación en la ordenación de las actuaciones de dotación: son los artículos 134.4.d), donde habla de reparcelación discontinua, y 148, donde afirma que es voluntaria la propuesta de reparcelación presentada por los propietarios incluidos en actuaciones de dotación. El más claro es el artículo 125.3 que literalmente dice: «*en el suelo urbano no consolidado incluido en actuaciones de dotación, la gestión urbanística se efectuará mediante reparcelación material o económica en unidad continua o discontinua*».

El primer interrogante al que debemos dar respuesta es si realmente es necesaria una equidistribución.

En principio, la respuesta es afirmativa, pues la actuación de dotación puede incluir una parcela o varias. Si las parcelas son de distinto titular, el reparto equitativo de beneficios y cargas se debe articular a través de una reparcelación. A su vez, cuando son varias las parcelas sujetas a una actuación de dotación éstas pueden ser colindantes o no. Es decir, las actuaciones de dotación pueden ser continuas o discontinuas al igual que las unidades de ejecución en suelo urbano no consolidado, de ahí que el legislador aragonés

hable, unas veces, de «reparcelación discontinua» y otras de «unidad continua o discontinua», como hemos visto.

Somos de la opinión que, únicamente, será necesaria la reparcelación cuando la cesión de dotaciones y/o la cesión del aprovechamiento lucrativo a la Administración lo sea *in natura*, es decir, en suelo y en edificabilidad. Por el contrario, cuando las cesiones se sustituyan por su equivalente económico la gestión puede simplificarse hasta convertirse en una actuación aislada: en el momento de conceder la licencia de edificación. Así lo deducimos de un análisis de lo establecido en el artículo 134.4 LUA'2009, pues la LUA calcula tanto el aprovechamiento de cesión como el suelo dotacional por parcela.

En efecto, nos dice el legislador que la «*parte de suelo dotacional que cada parcela edificable debe aportar al dominio público se determinará multiplicando la cuota media anterior por el incremento de edificabilidad atribuido a dicha parcela*» (letra c) del artículo 134.4).

Ahora bien, ¿cómo se calcula la cuota media? A este interrogante responde la letra a) de este mismo artículo 134.4 LUA'09: «*dividiendo la superficie de suelo de reserva dotacional establecida en la zona de ordenación conforme a lo establecido en el artículo 42.3 por el incremento total de aprovechamiento objetivo establecido por el Plan General, determinado en metros cuadrados construidos, atribuido a las diferentes parcelas integradas en la zona de ordenación*».

Es decir, la «*cuota media de cesión dotacional correspondiente a cada zona de ordenación urbana*» se obtiene, lógicamente, dividiendo la superficie de cesión correspondiente a dicho ámbito por el incremento total de aprovechamiento de ese ámbito.

En el cálculo de la cesión dotacional tiene un papel destacado el Plan General, pues a este instrumento le corresponde delimitar las «zonas de ordenación urbana» y calcular la superficie de suelo de reserva dotacional que corresponde a cada una de las zonas. La superficie de reserva dotacional de cada ámbito tiene que ser proporcional al incremento de aprovechamiento que concede el propio Plan General, por lo que es preciso calcular también este aprovechamiento adicional en metros cuadrados construidos. La escueta previsión del artículo 42.3 de la LUA'2009, que en muchos casos pasa desapercibida, adquiere una trascendencia vital para el desarrollo de las actuaciones de dotación (15).

(15) A mi juicio, es evidente que no pueden aplicarse a las actuaciones de dotación los módulos de reserva previstos para los Planes Parciales que actúan en las zonas de ensanche de la ciudad, esencialmente, en el suelo urbanizable —en suelo que se incorpora por primera vez al proceso urbanístico—. Lo confirma el artículo 42.5 de la LUA'2009 que sólo establece un régimen especial de reservas para los sectores y unidades de ejecución de suelo urbano no consolidado. En

En la regulación de las actuaciones de dotación nos aparece un concepto novedoso cual es el de las «zonas de ordenación urbana» que necesita de una precisión a nivel reglamentario.

En cuando al aprovechamiento lucrativo objeto de cesión gratuita a la Administración, como hemos analizado en el punto anterior, éste se calcula sobre el incremento de «*aprovechamiento objetivo*» concedido por el planificador a cada parcela. Es decir, si el aprovechamiento adicional lo es de un uso cuyo valor en el mercado es superior al uso en el que el Ayuntamiento va a materializar la edificabilidad objeto de cesión, el aprovechamiento debe deshomogeneizarse.

Como técnica alternativa a la equidistribución, ya sea material o económica, cuando exista acuerdo unánime entre todos los propietarios afectados, podría pensarse en articular las cesiones por medio de un convenio urbanístico de gestión sin necesidad de acudir al proyecto de reparcelación.

Finalmente, tenemos que responder al interrogante de si es preciso delimitar un sistema de actuación.

En principio, parece que sí. La reparcelación discontinua y esencialmente económica necesita de una gestión urbanística integrada. Cosa distinta es que el caso concreto nos permita gestionar la actuación de dotación de forma asistemática en el momento mismo de la concesión de la licencia de obras o, en su caso, a través de un convenio urbanístico. En particular, cuando la actuación de dotación sólo incluya una parcela las cesiones deben articularse, inexcusablemente, a través de la licencia de edificación. Asimismo, cuando el Plan General establezca que la cesión de las dotaciones y del aprovechamiento lucrativo se sustituya por una compensación económica, la gestión sistemática no será precisa ni socialmente conveniente, articulándose las cesiones en el momento mismo en que los particulares patrimonialicen el aprovechamiento adicional con la solicitud de la licencia de obras.

En definitiva, parece que la regla general es que las actuaciones de dotación requieren de una gestión sistemática a través de reparcelación física o económica. Esto obliga necesariamente a delimitar un sistema de actuación de

consecuencia, es el planificador el que calcula la reserva dotacional en proporción a la plusvalía que genera el Plan y teniendo en cuenta las necesidades de la zona de ordenación urbana.

Por otra parte, entiendo que nada impide que dentro de una zona de ordenación urbana (ZOU) se delimiten varias actuaciones de dotación que vinculen parcelas que se hallen en una situación equivalente. Así por ejemplo, los solares vacíos y las parcelas con edificaciones en ruina pueden agruparse en una actuación de dotación para a través de una reparcelación material obtener suelo por parte de la Administración. Por el contrario, si se trata de propiedades ya edificadas la técnica de gestión apropiada es la actuación aislada sustituyendo las cesiones en especie por su equivalente monetario en el momento del otorgamiento de la licencia de obras.

entre los cuatro conocidos. Sin embargo, hemos de buscar fórmulas alternativas que faciliten la gestión evitando que propietarios que no van a patrimonializar en vida el aprovechamiento adicional tengan que adelantar las cesiones o su equivalente económico. Además, el legislador debe prever el caso de que las cargas urbanísticas unidas a los costes de materialización del incremento de aprovechamiento sean equivalentes o incluso superiores al valor de esa edificabilidad adicional. Desde un punto de vista técnico, la materialización de ese aprovechamiento adicional que concede el Plan puede exigir derribar la edificación existente, pues la estructura y cimentación del edificio en pie pueden no estar preparadas para una sobre elevación de plantas.

VI. LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS

El punto de partida de nuestro análisis es el Preámbulo de la Ley 3/2009 en el que se plasman las ideas del legislador en relación con la regulación especial del régimen urbanístico de los pequeños municipios. Del apartado IX se pueden extraer las siguientes ideas clave que nos pueden ayudar a llegar a una conclusión:

a) El régimen urbanístico simplificado aparece conformado como una oferta a los municipios para que se doten de un sistema de ordenación y gestión urbanística adecuado a sus necesidades y características.

b) En lo relativo al régimen urbanístico de la propiedad se flexibiliza el régimen de clasificación del suelo y el de reservas para infraestructuras y equipamientos, que pueden incluso eliminarse en lo que afecten al Plan General o a los planes especiales de reforma interior.

c) La ejecución del planeamiento en los municipios con población inferior a dos mil habitantes que cuenten con Plan General puede tener lugar en cualquiera de las formas establecidas en esta Ley, siendo posible en suelo urbano, en todo caso, la ejecución del planeamiento mediante la imposición al propietario de la ejecución previa o simultánea de las obras de urbanización precisas (técnicamente, gestión aislada) y la urbanización en régimen de obras públicas ordinarias financiadas, en su caso, mediante contribuciones especiales.

Estas declaraciones tienen su plasmación en el articulado de la norma —preceptos 286 a 290— y por lo que hace a las actuaciones de dotación nos interesa destacar los aspectos siguientes.

El primero y más importante es que no excepciona el régimen de las actuaciones de dotación en los Planes Generales de los conocidos como pequeños municipios y asimilados. No se encuentra disposición especial alguna que

adapte el régimen general o que lo excluya. Así pues, caben dos interpretaciones: la favorable a su aplicación a los pequeños municipios y la contraria, por suponer una rigidez y una complicación en la fase de gestión que no se corresponde con la filosofía de la Ley de Urbanismo de 2009. En todo caso, lo que sí es pacífico es que las actuaciones de dotación deben venir delimitadas por el Plan General (16).

Si partimos de una aplicación plena de la institución de las actuaciones de dotación en el régimen simplificado de los pequeños municipios tenemos que conjugar esta posibilidad con las siguientes determinaciones especiales.

En primer lugar, el Plan General de los municipios con población inferior a mil habitantes puede adaptar, justificadamente y en función de las necesidades de la población, las reservas exigibles conforme a lo establecido en esta Ley (art. 287.2 LUA'2009). Esta previsión puede permitir, con naturalidad, excluir las cesiones dentro de una actuación de dotación. El municipio respectivo tiene potestad para justificar la innecesariedad de una nueva dotación pública aunque incremente el aprovechamiento en un ámbito de suelo urbanizado. Más aprovechamiento no significa matemáticamente una mayor necesidad de dotaciones públicas, máxime cuando ese incremento no va acompañado de un aumento de la población. En definitiva, como dice el legislador en varias ocasiones, el régimen simplificado está pensado para municipios «*en los que ni hay mercado ni hay negocio, sino simple necesidad personal de consumo*»; municipios de «*escaso dinamismo*» que den «*respuesta a las necesidades de autoconsumo urbanístico y edificatorio*». En este particular la decisión municipal debe prevalecer sobre la de Comunidad Autónoma (art. 49 LUA'2009).

Por otra parte, en los municipios de menos de dos mil habitantes, el aprovechamiento subjetivo equivale al objetivo cuando la urbanización del suelo urbano no consolidado se ejecute en régimen de obras públicas ordinarias sin reparcelación (art. 288.1 LUA'2009). Es decir, en las actuaciones de dotación el municipio puede decidir que la ejecución se haga a través de un proyecto de obras a financiar bien a costa de las arcas locales bien a costa de los particulares mediante contribuciones especiales. En ambos supuestos la repercusión es mínima, pues como hemos dicho las actuaciones de dotación son suelo urbano de hecho. Aquí, nuevamente, la elección de la modalidad

(16) A mi juicio, las actuaciones deberían preverse por el Plan General dentro de un proceso de ejercicio pleno de la potestad de planeamiento y no como consecuencia de una modificación puntual o aislada. El novedoso concepto de «zona de ordenación urbana» es lo suficientemente complejo y resbaladizo como para que el planificador tenga que tener una visión global de su término municipal y no sólo la parcial que le ofrecen las modificaciones aisladas del planeamiento general. Sin embargo, no parece entenderlo así el legislador estatal, pues incorpora la disposición transitoria segunda del TRLS'2008 que obliga a aplicar directamente el régimen de las actuaciones de dotación sin necesidad de revisar el Plan General.

de ejecución entra dentro de las potestades exclusivamente municipales, careciendo de trascendencia supramunicipal, no existiendo aspectos de legalidad sustantiva que controlar (art. 49 LUA'2009).

En efecto, como dice el Preámbulo, *«la ejecución del planeamiento en los municipios con población inferior a dos mil habitantes que cuenten con plan general tendrá lugar en cualquiera de las formas establecidas en esta Ley»* —previsión que se reitera en el artículo 289.1 del texto legal—. La intercambiabilidad de las técnicas de gestión urbanística alcanza a «marginar» la técnica clásica de la reparcelación en estos términos: *«... huyendo nuevamente de planteamientos dogmáticos sobre la propiedad del suelo vinculados a la sacralización de la equidistribución»*. Hasta tal punto llega la postergación de la equidistribución que también se permite a los municipios de menos de cinco mil habitantes acudir al régimen de obras ordinarias frente a la reparcelación (art. 290.1 LUA'2009). Previsión que tiene un alcance muy significativo dada la estructura municipal de la Comunidad Autónoma de Aragón.

A mayor abundamiento, las típicas cuotas de urbanización que son los ingresos con los que se nutren las Administraciones en el sistema de cooperación —y también en el de expropiación con liberación— pueden verse desplazadas por las contribuciones especiales propias de la legislación de haciendas locales (art. 290.5 LUA'2009).

Finalmente, el legislador aragonés apuesta igualmente por una gestión asistemática del suelo urbano *«mediante la imposición al propietario de la ejecución previa y simultánea de las obras de urbanización precisas»* (art. 289.1 LUA'2009).

En definitiva, y volviendo al hilo fundamental de la argumentación, el municipio dispone de un amplio abanico de técnicas de gestión con las que desarrollar, en su caso, las actuaciones de dotación. Dentro de este abanico destaca la previsión de una ejecución física en régimen de obras públicas ordinarias que tiene como consecuencia que el aprovechamiento patrimonializable por el propietario equivale al objetivo establecido por el planeamiento. Es decir, en estos municipios se puede excluir la cesión del diez por ciento del incremento de aprovechamiento en las actuaciones de dotación. Desde luego, lo que no es aconsejable en este tipo de municipios es que la gestión de una actuación de dotación se vincule a una reparcelación ni material ni económica.

Analizada esta regulación particular, podemos concluir que lo más apropiado es exceptuar a los pequeños municipios de la técnica de las actuaciones de dotación. Se trata, como hemos visto en esta exposición, de una fórmula compleja que sugiere numerosos interrogantes. En todo caso, si se defiende la opción opuesta, los municipios, según su población, tienen en sus manos la potestad para excluir tanto la cesión de equipamiento (entendido en sentido

amplio, incluyendo los espacios libres y zonas verdes) como la exoneración de la cesión de aprovechamiento urbanístico objetivo. En el primer caso, basta con que los municipios de menos de mil habitantes justifiquen que el incremento de edificabilidad concedido a los propietarios no exige una mayor previsión de zonas verdes, equipamientos o viario; en el segundo supuesto, los municipios de menos de dos mil habitantes pueden prever que la ejecución física de la actuación de dotación se realizará en régimen de obras ordinarias. Previsión esta última que carecerá prácticamente de consecuencias al estar en presencia de un suelo materialmente urbano y urbanizado.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como síntesis del presente trabajo, podemos formular las siguientes ideas sustantivas sobre esta nueva figura urbanística.

Primera.– Se puede estar de acuerdo en que en el suelo urbanizado los propietarios que se vean favorecidos por un incremento artificial de aprovechamiento urbanístico soporten cargas en forma de cesión dotacional y de edificabilidad lucrativa. Ahora bien, estas cesiones no deberían ser previas al momento mismo de la materialización de ese aprovechamiento adicional sino simultáneas a la concesión de la licencia de obras.

Además, y en todo caso ese aprovechamiento adicional no puede constituir una reserva de dispensación o un régimen urbanístico excepcional, sino que debe ser coherente con el modelo de evolución urbana.

Segunda.– El incremento de aprovechamiento debe compararse con el que concedía el planeamiento anterior. Sólo en los casos en que el aprovechamiento realmente consumido sea superior y exista título administrativo que lo ampare debe atenderse al aprovechamiento preexistente. En particular, no debe darse un trato de favor a los propietarios de los suelos carentes de edificación frente a los propietarios de edificaciones tradicionales que las han mantenido en pie a pesar de que el planeamiento vigente les permitía un aprovechamiento mayor.

Tercera.– El uso que la Administración dé a este aprovechamiento obtenido de forma gratuita no debe venir preestablecido sino que el gestor público debe gozar de flexibilidad para destinarlo a lo prioritario en cada momento. La cesión del diez por ciento del incremento de aprovechamiento objetivo equivaldrá entonces a la edificabilidad real.

Resulta evidente que si el aprovechamiento objeto de cesión gratuita lo es con destino a la construcción de vivienda protegida (como sugiere el artículo 134.4.e, in fine LUA'2009), además de constituir una excepción a la

regla general del artículo 24.e) de la propia LUA, no es posible su sustitución económica mientras no se modifique la legislación estatal y así se contemple de forma expresa. La cesión *in natura* será entonces inevitable.

Cuarta.– En las actuaciones de dotación las cesiones deberían ser simultáneas a la patrimonialización por el propietario del aprovechamiento adicional que le concede el plan. La gestión se convertirá en una actuación aislada que se articularía mediante la cesión de la licencia de obras (art. 128 LUA'09). Las cesiones tanto dotacionales como de aprovechamiento se sustituirían entonces por compensaciones económicas.

Cuando la Administración busque obtener, en todo caso, suelo y edificabilidad deberá vincular parcelas carentes de edificación o con edificaciones en ruina que sean aptas para una reparcelación material.

Quinta.– Vía reglamentaria debería aclararse que las actuaciones de dotación no son de aplicación a los municipios sujetos al régimen urbanístico simplificado previsto en el título séptimo de la Ley vigente. Si las unidades de ejecución, que son la regla general en el urbanismo actual, se consideran por el legislador como una excepción en estos pequeños municipios, las actuaciones de dotación deberían estar excluidas.

En cualquier caso, las actuaciones de dotación en los pequeños municipios no conllevan siempre la cesión de aprovechamiento a la Administración por cuanto el aprovechamiento subjetivo correspondiente al propietario equivale al objetivo establecido por el planeamiento. A este respecto, no podemos olvidar que el suelo afecto a una actuación de este tipo está urbanizado, por lo que es suficiente con que el Plan General disponga que se ejecutarán en régimen de obras ordinarias a financiar, por ejemplo, con contribuciones especiales (art. 288.1 LUA'2009).

Asimismo, el Plan General de municipios de menos de mil habitantes puede determinar justificadamente que la actuación de dotación no imponga a los propietarios la cesión de suelo dotacional si las necesidades públicas están suficientemente cubiertas (art. 287.2 LUA'2009).

LA COMISIÓN BILATERAL DE COOPERACIÓN ARAGÓN-ESTADO(*)

LUIS LATORRE VILA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO.– III. LAS COMISIONES BILATERALES DE COOPERACIÓN: 1. Origen y evolución. 2. Regulación legal vigente. 3. Los nuevos Estatutos de Autonomía: A) Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. B) Estatuto de Autonomía de Cataluña. C) Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. D) Estatuto de Autonomía de Andalucía. E) Estatuto de Autonomía de Aragón. F) Estatuto de Autonomía de Castilla y León. G) Comunidad Foral de Navarra. H) Estatuto de Autonomía de Extremadura. 4. Situación actual de las Comisiones Bilaterales de Cooperación: síntesis.– IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010, SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA (ARTÍCULO 183). 1. Alegaciones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad. 2. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Comisión Bilateral Generalitat-Estado.– V. LA COMISIÓN BILATERAL DE COOPERACIÓN ARAGÓN-ESTADO: 1. Antecedentes. 2. El artículo 90 del Estatuto de Autonomía de Aragón. 3. Composición de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado. 4. Funciones, organización y funcionamiento. 5. La cuestión de su naturaleza jurídica.– VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: POR UNA LEY GENERAL DE COOPERACIÓN AUTONÓMICA.– APUNTE FINAL.– BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

RESUMEN: La reciente polémica surgida en la Comunidad Autónoma de Aragón como consecuencia de la propuesta de que sea el Presidente de las Cortes de Aragón quien presida la delegación aragonesa en la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, ha otorgado un protagonismo inesperado a este órgano de relación entre ambas instituciones políticas. Más allá de esa concreta discusión, la destacada presencia de la Comisión Bilateral de Cooperación en la escena política aragonesa proporciona un buen motivo para analizar desde un punto de vista jurídico este órgano: su origen y evolución, su composición y funciones, su naturaleza jurídica. Y también puede servir para reflexionar sobre los vigentes instrumentos bilaterales y multilaterales de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como sobre la decisiva relevancia del principio de cooperación en la consolidación del Estado autonómico, planteando a modo de conclusión de este trabajo la necesidad de que las Cortes Generales aprueben una Ley de Cooperación Autonómica.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de diciembre de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de marzo de 2012.

Palabras clave: principio de cooperación; Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado; instrumentos de colaboración bilaterales y multilaterales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

ABSTRACT: The recent polemic arisen in the Autonomous Community of Aragón as consequence of the offer of which he is the President of the Parliament of Aragón who presides at the aragonese delegation in the Bilateral Commission of Cooperation Aragón-State, has granted an unexpected protagonism to this organ of relation between both political institutions. Beyond this concrete discussion, the out-standing presence of the Bilateral Commission of Cooperation in the political aragonese scene provides a good motive for analyzing from a juridical point of view this organ: his origin and evolution, his composition and functions, his juridical nature. And also it can serve to think about the in force bilateral and multilateral instruments of collaboration between the State and the Autonomous Communities like about the decisive relevancy of the principle of cooperation in the consolidation of the autonomous State, raising like conclusion of this work the need of that the Spanish Parliament approves a Law of Autonomous Cooperation.

Key words: principle of cooperation; Bilateral Commission of Cooperation Aragón-State; bilateral and multilateral instruments of collaboration between the State and the Autonomous Communities.

I. INTRODUCCIÓN

El comienzo de la VIII Legislatura de las Cortes de Aragón, cuya sesión constitutiva se celebró el 21 de junio de 2011, ha otorgado un protagonismo ciertamente inesperado a la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, prevista en el artículo 90 del Estatuto de Autonomía de 2007.

Esta destacada presencia de la Comisión Bilateral de Cooperación en los inicios de la nueva escena política aragonesa surgida tras las últimas elecciones autonómicas, se manifiesta ya en el primer Pleno celebrado por las Cortes tras su constitución: el debate de investidura de la Presidenta de Aragón.

Así, si en la primera sesión de este debate, el día 12 de julio de 2011, la entonces candidata a la Presidencia del Gobierno ya avanzó, al referirse al desarrollo del Estatuto de Autonomía, su compromiso para impulsar la relación con el Estado a través de la Comisión Bilateral de Cooperación (1), fue en la

(1) Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón (DSCA), núm. 2, año 2011 (VIII Legislatura), p. 16.

Todas las citas del Diario de Sesiones y del Boletín Oficial de las Cortes de Aragón contenidas en el presente trabajo se refieren a la VIII Legislatura, salvo que expresamente se indique otra distinta.

sesión del día siguiente, en el transcurso del debate de la candidata con todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, cuando la Sra. Rudi Úbeda anunció a la Portavoz del Grupo Parlamentario (G.P.) Chunta Aragonesista, Sra. Ibeas Vuelta, que era *«más que posible que esa Comisión sí va a estar presidida por una persona que no soy yo»*, señalando al respecto que el Estatuto de Autonomía no exige que la Comisión deba estar presidida por la Presidenta de Aragón, *«porque habla de la Comunidad Autónoma, no habla del Gobierno de Aragón»* (2). Y poco después, durante el debate mantenido con el Portavoz del G.P. de Izquierda Unida de Aragón, Sr. Barrena Salces, la todavía candidata confirmó que la Comisión Bilateral de Cooperación iba a estar presidida por el Presidente de las Cortes de Aragón, en cuanto máximo dirigente del Partido Aragonés, con el que su formación política, el Partido Popular, había suscrito un pacto de gobernabilidad de la Comunidad Autónoma, argumentando en este sentido la candidata, tras dar lectura al apartado primero del artículo 90 del Estatuto de Autonomía, que *«el Estatuto no habla de la relación entre el Gobierno de España y el Gobierno de Aragón, habla de la Comunidad Autónoma, y como unidad autónoma, son las instituciones de la Comunidad Autónoma»* (3).

La controversia provocada por el anuncio de la Sra. Rudi Úbeda no concluyó una vez finalizado el debate de su investidura, sino que se ha prolongado en las Cortes de Aragón en los meses siguientes. Prueba de ello es la presentación por los Grupos Parlamentarios de diversas iniciativas al respecto, entre las que cabe destacar las siguientes.

En primer lugar, la solicitud formulada a la Mesa de las Cortes por la Portavoz del G.P. Chunta Aragonesista, con fecha 14 de julio de 2011, para que los Servicios Jurídicos de la Cámara elaboraran un informe *«sobre la compatibilidad de la condición de Presidente de las Cortes de Aragón y Presidente de la Comisión Bilateral Aragón-Estado, y sobre las repercusiones en relación a las funciones parlamentarias»*. Informe de los Servicios Jurídicos fechado el 5 de agosto de 2011, y entregado a los miembros de la Mesa y de la Junta de Portavoces de las Cortes de Aragón el día 31 de agosto siguiente.

El 19 de julio de 2011, el G.P. de Izquierda Unida de Aragón presentó la Proposición no de Ley núm. 2/11-VIII, sobre garantizar la independencia del poder legislativo. Iniciativa rechazada por la mayoría de la Cámara en la sesión plenaria celebrada los días 29 y 30 de septiembre de 2011 (4).

(2) DSCA núm. 3, año 2011, p. 63.

(3) DSCA núm. 3, año 2011, p. 71.

(4) La Proposición no de ley núm. 2/11-VIII aparece publicada en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón (B.O.C.A.) núm. 5, de 26 de agosto de 2011. En el punto cuarto se instaba al Gobierno de Aragón a *«Garantizar la independencia del poder legislativo nombrando Presidente*

Finalmente, en tercer lugar, con fecha 1 de septiembre de 2011, el G.P. Chunta Aragonesista formuló la Proposición no de Ley núm. 29/11-VIII, sobre la presidencia de la delegación aragonesa en la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, rechazada asimismo por el Pleno de las Cortes en sesión celebrada los días 15 y 16 de septiembre (5).

En todo caso, prescindiendo de la polémica concreta surgida en el escenario político aragonés, centrada en la cuestión de la posibilidad, jurídica y política, de que el Presidente de las Cortes de Aragón presida la delegación aragonesa en la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, la controversia ha servido para poner de actualidad este órgano y, como consecuencia, brinda una buena ocasión para analizar desde un punto de vista jurídico las Comisiones Bilaterales de Cooperación, estudiando su origen y posterior evolución en España, su regulación legal y naturaleza jurídica, así como su composición, funciones y normativa interna de organización y funcionamiento, debiendo tener presente en este análisis la situación existente en las distintas Comunidades Autónomas, en especial en aquellas cuyo Estatuto de Autonomía ha sido reformado recientemente; esto es, en las Comunidades Autónomas regidas por los llamados Estatutos de Autonomía «de segunda generación».

Como trasfondo, y con carácter previo, cabe hacer una muy breve referencia a los principios de lealtad constitucional, cooperación y colaboración, sobre los que debe asentarse el Estado autonómico, frente a la conflictividad y la emulación características de los inicios de la construcción de la España de las Autonomías; conflictividad y emulación que han sido sustituidos en la actualidad, al menos parcialmente, por la tensión entre la bilateralidad y la multilateralidad como criterios ordenadores preferentes en las relaciones entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas.

de la Comisión Bilateral que recoge el artículo 90 de nuestro Estatuto a la persona que considere oportuno con el único requisito de que pertenezca a la estructura del Gobierno de Aragón».

Las enmiendas que recibió y el acuerdo del Pleno se publican en el B.O.C.A. núm. 13, de 7 de octubre de 2011. La transcripción del debate celebrado en el Pleno los días 29 y 30 de septiembre ha sido publicada en el D.S.C.A. núm. 8, año 2011, pp. 268 a 274.

(5) La Proposición no de Ley núm. 29/11-VIII fue publicada en el B.O.C.A. núm. 8, de 9 de septiembre de 2011. Su texto decía: *«Las Cortes de Aragón instan a la Presidenta del Gobierno de Aragón a respetar el informe sobre la presidencia de la representación aragonesa en la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado emitido por los Servicios Jurídicos de la Cámara el día 5 de agosto de 2011 y, en consecuencia, a designar para presidir la delegación aragonesa en la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado a un miembro del Gobierno de Aragón, garantizándose así la plenitud del control parlamentario sobre su actividad a través de todos los instrumentos previstos en el Reglamento de la Cámara».*

El debate celebrado en la sesión plenaria de 15 y 16 de septiembre está recogido en el D.S.C.A. núm. 7, año 2011, pp. 180 a 187.

II. LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO EN LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO

Parafraseando al profesor RUBIO LLORENTE (6), la historia de la construcción y consolidación de la España de las Autonomías está animada por dos profundos impulsos, la conflictividad ilimitada como vía de reivindicación de un mayor autogobierno frente al Estado y la indisimulada práctica de la emulación entre las Comunidades Autónomas, impulsos sobre cuya tensión y confrontación se ha ido edificando y asentando el nuevo Estado autonómico en las últimas décadas.

Frente a la conflictividad derivada de la reivindicación permanente de mayores niveles de autogobierno y a la emulación igualitaria basada en el «café para todos», característicos de los primeros años de la España de las Autonomías, últimamente han ido adquiriendo una mayor importancia en la consolidación del Estado autonómico dos principios, en absoluto novedosos, pero sí cada vez más relevantes: los principios de cooperación y de bilateralidad en las relaciones Estado-Comunidades Autónomas.

La cooperación es un principio básico de funcionamiento del Estado de las Autonomías. Como ha reiterado el Tribunal Constitucional (entre otras, en la Sentencia 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9), el principio de cooperación, «que no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14), pues entronca con la necesidad de hacer compatible los principios de unidad y autonomía (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20.e)».

Como notas caracterizadoras de la cooperación, destaca el Tribunal Constitucional en primer lugar la idea de la voluntariedad, frente a la imposición, propia de la coordinación, cuando afirma que «la voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica una y otras fórmulas» (STC 214/1989, FJ 20.f).

Y como segundo criterio a tener en cuenta para caracterizar este principio de cooperación, destaca el Tribunal Constitucional que su instrumentación y puesta en práctica no permite alterar las competencias de los sujetos llamados a cooperar. Así, ha insistido con reiteración en la necesidad de fomentar «la cooperación entre las Administraciones públicas implicadas mediante la búsqueda o creación de instrumentos que permitan articular su actuación, aunque

(6) Rubio Llorente, Francisco: «La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 207.

sin alterar la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación» (STC 118/1998, de 4 de junio, FJ 12).

Dicha idea es nuevamente expuesta por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 13/2007, de 18 de enero (FJ 7), y en la abundante jurisprudencia que en ella se cita, cuando afirma que las técnicas de cooperación y colaboración son consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías, y que el principio de cooperación debe presidir el ejercicio respectivo de competencias compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas. O, lo que es igual, que la cooperación entre estos entes territoriales es precisa cuando existe «conurrencia de títulos competenciales».

En tales casos, al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación, mediante las cuales ambos niveles de gobierno coadyuvan a la consecución de un objetivo común que ninguno de ellos podría satisfacer, con igual eficacia, actuando por separado, y que permiten que el Estado «arbitre mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 31).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha destacado que los principios de cooperación, colaboración y solidaridad son expresión del deber de lealtad constitucional (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 9), que exige el respeto de los ámbitos competenciales respectivos e implica una actitud de colaboración de las Administraciones Territoriales en la información y comunicación.

Partiendo de la idea de la cooperación entre las Administraciones públicas implicadas, el Tribunal Constitucional alude a diversos instrumentos de cooperación en la mencionada Sentencia 194/2004 (FJ 9), reiterando que «su puesta en práctica no permite alterar las competencias propias de las Administraciones actuantes». En concreto, en dicha Sentencia, únicamente se citan como tales instrumentos los convenios de cooperación, las conferencias sectoriales o los Reales Decretos de traspasos, si bien la dilatada experiencia de los ya más de treinta años de existencia del Estado de las Autonomías ha conducido a que la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas pueda realizarse a través de muy diferentes cauces. Unos, de carácter multilateral, en los que participan el Estado y las Comunidades Autónomas conjuntamente; por ejemplo, las Conferencias Sectoriales. Otros, de carácter bilateral, que reúnen únicamente a representantes del Estado y de una concreta Comunidad Autónoma; como es el caso de las Comisiones Mixtas de Transferencias y de las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

III. LAS COMISIONES BILATERALES DE COOPERACIÓN

1. Origen y evolución

Las Comisiones Bilaterales de Cooperación surgieron a comienzos de los años ochenta del siglo pasado. Su creación data de 1982, año en que fue aprobada la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), en cuyo artículo 69 estaba prevista la denominada Junta de Cooperación entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra (7). Su efectiva puesta en marcha se produjo dos años después, en 1984, mediante el Real Decreto 1507/1984, de 1 de agosto.

Desde sus inicios, la Junta de Cooperación Estado-Navarra estaba concebida como algo más que un mero órgano administrativo de colaboración, teniendo asignadas las siguientes funciones (8): resolver las discrepancias que se suscitaran respecto a la aplicación e interpretación de la LORAFNA; promover la celebración de convenios de cooperación entre ambas Administraciones; y desarrollar otras actuaciones que, de común acuerdo, le encomendaran los respectivos Gobiernos (9).

(7) El artículo 69 LORAFNA establecía: «Todas las discrepancias que se susciten entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra respecto a la aplicación e interpretación de la presente Ley Orgánica, serán planteadas y, en su caso, resueltas por una Junta de Cooperación integrada por igual número de representantes de la Diputación Foral y de la Administración del Estado, sin perjuicio de la legislación propia del Tribunal Constitucional y de la Administración de Justicia.»

(8) Artículo 2 del Real Decreto 1507/1984, de 1 de agosto (B.O.E. núm. 192, de 11 de agosto).

(9) La relevancia política, y jurídica, atribuida desde sus inicios a la Junta de Cooperación Estado-Navarra queda reflejada, por ejemplo, en las alegaciones formuladas por el Presidente del Parlamento de Navarra en el recurso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1984, de 6 febrero, interpuesto por el Estado frente a la resolución del Presidente del Parlamento de Navarra de 25 de agosto de 1983 en la que se proponía a S. M. el Rey la designación de don José Ángel Zubiaur Alegre como Presidente del Gobierno de Navarra en lugar de don Gabriel Urralburu Tainta. En concreto, argumentaba el Presidente del Parlamento navarro que la impugnación pretendida por el Estado se había producido sin que las discrepancias que la motivaban hubieran sido previamente planteadas ante la Junta de Cooperación que establece el artículo 69 LORAFNA, estimando que «al no haberse hecho así, es evidente que el Gobierno de la Nación ha incurrido en contrafuero al efectuar la impugnación planteada». Alegación rechazada de plano por el Tribunal Constitucional, cuando afirma en su F.J. 3 lo siguiente: «Por lo que se refiere a la intervención de la Junta de Cooperación prevista en el mismo artículo, la exigibilidad de tal requisito no puede plantearse como cuestión a resolver en el presente caso, no sólo por no haberse constituido tal organismo en el momento en que se produjo la impugnación gubernamental, sino también porque no estamos ante una discrepancia propiamente dicha entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral, pues de una parte, la impugnación ha sido planteada por el Gobierno de la Nación que, según el Título IV de la C.E.,

Este modelo de órganos de composición bilateral fue lentamente acogido por el resto de las Comunidades Autónomas, aun sin previsión estatutaria o legal, constituyéndose en los años siguientes. En 1987 se pusieron en funcionamiento los correspondientes a Cataluña, Galicia, País Vasco y Andalucía; en 1988 las Comisiones bilaterales de la Región de Murcia y de La Rioja; más adelante Islas Baleares (1989); Canarias y Aragón (1990); Cantabria (1991); Castilla y León y Extremadura (1992); el Principado de Asturias (1993); Castilla-La Mancha (1996); y, finalmente, la Comunidad Valenciana y Madrid (en el año 2000).

En definitiva, se trata de un proceso que no se culminó sino hasta cumplidos dieciséis años después de constituirse en 1984 la primera de dichas Comisiones bilaterales. Algunos autores, por otra parte, han señalado que estas Comisiones Bilaterales de Cooperación Estado-Comunidad Autónoma surgieron «de forma casi natural como prolongación de las Comisiones de Traspasos, tras la realización de los primeros paquetes de transferencias, cuando el objeto de negociación no era un traspaso sino un acuerdo de otro género o el intento de evitar el conflicto» (10).

Con los segundos Acuerdos Autonómicos, suscritos el día 28 de febrero de 1992 entre el Gobierno de la Nación y las ya entonces dos principales fuerzas políticas españolas, Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Partido Popular (PP), se dio un decidido impulso político a las relaciones bilaterales y a los instrumentos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, partiendo los citados Acuerdos Autonómicos de la «consideración del principio de cooperación como consustancial con el buen funcionamiento del Estado autonómico» y de la valoración de un sistema de relaciones entre los diversos poderes políticos territoriales basado «en una voluntad política de cooperación, asentada sobre una actitud de recíproca lealtad constitucional y estatutaria».

A estos efectos, en los Acuerdos Autonómicos de 1992, además de calificar las Conferencias Sectoriales como «el medio habitual y normal, en términos de relación institucional, para articular las actuaciones de las diversas Administraciones públicas», expresamente aparecen valoradas las Comisiones Bilaterales de Cooperación como el cauce político más adecuado para atender los asuntos específicos de cada Comunidad Autónoma, constituyendo «el instrumento más efectivo para realizar el intercambio continuado de informaciones, negociaciones y acuerdos para dar respuesta a las necesidades derivadas de

aparece diferenciado de la administración propiamente dicha a la que dirige, y de otra, el objeto de la impugnación es un acto que, como veremos, ha de incluirse en la materia constitucional.»

(10) AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: «El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales». Alianza Editorial, Madrid, 2003, 2ª edición, p. 215.

las peculiaridades geográficas, culturales, lingüísticas o del contenido estatutario de cada Comunidad Autónoma» (apartado 2º —«El desarrollo del principio de cooperación»— de los Acuerdos Autonómicos de 1992, puntos 3 y 11) (11).

2. Regulación legal vigente

El impulso político de las Comisiones Bilaterales de Cooperación, iniciado con los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, tuvo su plasmación jurídica en su reconocimiento legal, algunos años más tarde, en 1999, cuando fueron reguladas con carácter general, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, con la modificación de los artículos 4 y 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero (12). Debe recordarse que esta Ley, que actualmente está en vigor, tiene carácter básico de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.18º de la Constitución de 1978, el cual atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

(11) Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992 fueron publicados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, en septiembre de ese mismo año.

(12) En concreto, el artículo 4 LRJAP-PAC, rubricado «Principios de las relaciones entre las Administraciones públicas» dispone en el apartado 5 lo siguiente:

«En las relaciones entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, el contenido del deber de colaboración se desarrollará a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones.

Cuando estas relaciones, en virtud del principio de cooperación, tengan como finalidad la toma de decisiones conjuntas que permitan, en aquellos asuntos que afecten a competencias compartidas o exijan articular una actividad común entre ambas Administraciones, una actividad más eficaz de los mismos, se ajustarán a los instrumentos y procedimientos de cooperación a que se refieren los artículos siguientes».

Y en el artículo siguiente, el artículo 5 LRJAP-PAC, relativo a las «Conferencias Sectoriales y otros órganos de cooperación», establece en sus dos primeros apartados esta regulación:

«1. La Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas pueden crear órganos para la cooperación entre ambas, de composición bilateral o multilateral, de ámbito general o de ámbito sectorial, en aquellas materias en las que exista interrelación competencial, y con funciones de coordinación o cooperación según los casos. (...)

2. Los órganos de cooperación de composición bilateral y de ámbito general que reúnan a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros del Consejo de Gobierno, en representación de la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma, se denominan Comisiones Bilaterales de Cooperación. Su creación se efectúa mediante acuerdo, que determina los elementos esenciales de su régimen».

Apenas un año más tarde, las Comisiones Bilaterales de Cooperación vieron notablemente reforzado su papel como instrumentos principales de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, con la modificación del artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, reforma consistente en la adición en dicho artículo 33 de dos nuevos apartados, los números 2 y 3.

En virtud de la citada modificación, se amplía a nueve meses el plazo para que tanto el Presidente del Gobierno de la Nación como los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas puedan interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: se reúna la respectiva Comisión Bilateral de Cooperación; acuerde ésta el inicio de negociaciones para resolver las discrepancias; y dicho acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la norma objeto de controversia, insertándose el acuerdo de inicio de negociaciones en los respectivos Boletines Oficiales, del Estado y de la Comunidad Autónoma concernida.

En definitiva, la finalidad de la reforma de la LOTC del año 2000 es intentar evitar, mediante acuerdo entre los Gobiernos afectados, la interposición del recurso de inconstitucionalidad y reducir el elevado número de litigios ante el Tribunal Constitucional, favoreciendo la negociación entre el Estado y las Comunidades Autónomas a través de la respectiva Comisión Bilateral de Cooperación.

Por otro lado, interesa destacar en este momento, aunque pueda parecer una obviedad, que las Comisiones Bilaterales de Cooperación reguladas en el artículo 5.2 LRJAP-PAC, son exactamente las mismas que las Comisiones Bilaterales de Cooperación mencionadas en el artículo 33 LOTC tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2000. Se trata, por tanto, del mismo órgano de colaboración, que queda ahora, tras la reforma de la LOTC, notablemente reforzado en cuanto a sus funciones.

O también, dicho de otra forma, la Ley Orgánica 1/2000 viene a ratificar la vigencia del artículo 5.2 LRJAP-PAC, de manera que en nuestro ordenamiento jurídico, y en particular a los efectos de la posible interposición, por el Presidente del Gobierno de la Nación y por los Gobiernos autonómicos, de un recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley, son Comisiones Bilaterales de Cooperación *«los órganos de cooperación de composición bilateral y de ámbito general que reúnan a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros del Consejo de Gobierno, en representación de la Administración de*

la respectiva Comunidad Autónoma». Así se deduce de las afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 1/2000 (13).

Por consiguiente, en apenas unos años, y como consecuencia de los Acuerdos Autonómicos suscritos en 1992, se ha querido transformar sustancialmente el papel de las Comisiones Bilaterales de Cooperación, convirtiéndolas en uno de los principales instrumentos de colaboración entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, para lo cual se les dota, a partir del año 1999, de una específica regulación legal.

Asimismo, a partir del año 2000 se fueron institucionalizando las diferentes Comisiones Bilaterales de Cooperación que ya venían funcionando en la práctica, además de constituirse las dos que aún faltaban (Comunidad Valenciana y Madrid). En el caso concreto de Aragón, mediante sendas Órdenes de 4 de diciembre de 2001, del Ministerio de Administraciones Públicas, y de 10 de diciembre de 2001, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, se publicó en los respectivos Boletines Oficiales el Acuerdo de 12 de noviembre de 2001, de aprobación de las normas de funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Aragón (14). A ella nos referiremos más adelante.

(13) Dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero:

«La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la importancia del principio de colaboración como criterio que ha de regir las relaciones entre los entes que integran nuestro Estado compuesto (...).

Entre los mecanismos que permiten articular esta colaboración, están las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, a las que se refiere el artículo 5.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que permiten reunir a representantes de ambas Administraciones en orden a intercambiar información y poder llegar a acuerdos que solucionen posibles conflictos y que devengan en una pacífica aplicación de la normativa propia de cada Administración, dentro de un marco de lealtad institucional.

Se aborda la presente modificación de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, a efectos de permitir legalmente que los acuerdos adoptados en dichas Comisiones Bilaterales de Cooperación, en orden a evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, se comuniquen al Tribunal Constitucional, con el fin de ampliar el plazo del recurso de inconstitucionalidad, a efectos de que se abra un período mayor, de manera que pueda producirse un acuerdo, que evite el posible recurso.

Con esta medida se amplían e intensifican los lazos de colaboración y entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el intento de «... buscar entre todos, dentro del respectivo e indispensable marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad» (STC 13/1992, F. J. 7, entre otras).»

(14) Las citadas Órdenes se publicaron, respectivamente, en el Boletín Oficial del Estado núm. 299, de 14 de diciembre, y en el Boletín Oficial de Aragón núm. 147, de 14 de diciembre.

3. Los nuevos Estatutos de Autonomía

El proceso de reformas de los Estatutos de Autonomía, iniciado en el año 2006 con la aprobación de los nuevos Estatutos de la Comunidad Valenciana y de Cataluña, ha supuesto un importante refuerzo de los instrumentos bilaterales de cooperación entre las Comunidades Autónomas y el Estado, frente a los mecanismos de carácter multilateral, adquiriendo un evidente protagonismo el principio de bilateralidad, proclamado expresamente en el artículo 3.1 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: «*Las relaciones de la Generalitat con el Estado se fundamentan en el principio de la lealtad institucional mutua y se rigen por el principio general según el cual la Generalitat es Estado, por el principio de autonomía, por el de bilateralidad y también por el de multilateralidad*».

En aplicación y desarrollo de este principio de bilateralidad, la mayoría de los ocho Estatutos de Autonomía reformados desde 2006 regula expresamente en su articulado la Comisión Bilateral de Cooperación, con esta misma o con otra denominación similar, apareciendo en todos los casos como el principal instrumento para la mejor canalización de las relaciones de la Comunidad Autónoma con el Estado. Se trata, como se ha indicado, de una de las novedades aportadas por este proceso de reformas estatutarias.

La regulación sobre la Comisión Bilateral de Cooperación y otros órganos de colaboración de composición bilateral Estado-Comunidad Autónoma, contenida en los nuevos, o reformados, Estatutos de Autonomía es la siguiente, siguiendo el orden cronológico de su aprobación por las Cortes Generales.

A) Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana

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, no contiene referencia alguna a una Comisión Bilateral de Cooperación, ni tampoco regula ninguna Comisión mixta Estado-Comunidad Valenciana en materia de asuntos económicos, financieros o fiscales. Únicamente contempla, en la disposición transitoria primera, la Comisión Mixta de Transferencias.

B) Estatuto de Autonomía de Cataluña

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuya reforma ha sido aprobada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, regula en el artículo 183 la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, a la que además, expresamente, se encomiendan determinadas atribuciones sobre el juego, espacios naturales y ubicación de infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal. También

aparece mencionada en la disposición adicional segunda, en cuya virtud, si el Estatuto de Autonomía establece que la posición del Gobierno de la Generalitat es determinante para conformar un acuerdo con el Gobierno del Estado y este no la acoge, el Gobierno del Estado debe motivarlo ante la Comisión Bilateral Generalitat-Estado (15).

(15) El artículo 183 del reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone lo siguiente:

«Artículo 183. Funciones y composición de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado.

1. La Comisión Bilateral Generalitat-Estado, de acuerdo con los principios establecidos por los artículos 3.1 y 174, constituye el marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat y el Estado a los siguientes efectos:

a) La participación y la colaboración de la Generalitat en el ejercicio de las competencias estatales que afecten a la autonomía de Cataluña.

b) El intercambio de información y el establecimiento, cuando proceda, de mecanismos de colaboración en las respectivas políticas públicas y los asuntos de interés común.

2. Las funciones de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado son deliberar, hacer propuestas y, si procede, adoptar acuerdos en los casos establecidos por el presente Estatuto y, en general, con relación a los siguientes ámbitos:

a) Los proyectos de ley que inciden singularmente sobre la distribución de competencias entre el Estado y la Generalitat.

b) La programación de la política económica general del Gobierno del Estado en todo aquello que afecte singularmente a los intereses y las competencias de la Generalitat y sobre la aplicación y el desarrollo de esta política.

c) El impulso de las medidas adecuadas para mejorar la colaboración entre el Estado y la Generalitat y asegurar un ejercicio más eficaz de las competencias respectivas en los ámbitos de interés común.

d) Los conflictos competenciales planteados entre las dos partes y la propuesta, si procede, de medidas para su resolución.

e) La evaluación del funcionamiento de los mecanismos de colaboración que se hayan establecido entre el Estado y la Generalitat y la propuesta de las medidas que permitan mejorarlo.

f) La propuesta de la relación de organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado en los que la Generalitat puede designar representantes, y las modalidades y las formas de esta representación.

g) El seguimiento de la política europea para garantizar la efectividad de la participación de la Generalitat en los asuntos de la Unión Europea.

h) El seguimiento de la acción exterior del Estado que afecte a las competencias propias de la Generalitat.

i) Las cuestiones de interés común que establezcan las leyes o que planteen las partes.

3. La Comisión Bilateral Generalitat-Estado está integrada por un número igual de representantes del Estado y de la Generalitat. Su presidencia es ejercida de forma alternativa entre las dos partes en turnos de un año. La Comisión dispone de una secretaría permanente y puede crear las subcomisiones y los comités que crea convenientes. La Comisión elabora una memoria anual, que traslada al Gobierno del Estado y al Gobierno de la Generalitat y al Parlamento.

4. La Comisión Bilateral Generalitat-Estado se reúne en sesión plenaria al menos dos veces al año y siempre que lo solicite una de las dos partes.

5. La Comisión Bilateral Generalitat-Estado adopta su reglamento interno y de funcionamiento por acuerdo de las dos partes.»

Igualmente, el Estatuto catalán contempla otros dos órganos de relación bilateral entre el Estado y la Generalitat de Cataluña: la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat (artículo 210), y una comisión de inversiones del Estado en Cataluña en infraestructuras, integrada por las Administraciones estatal, autonómica y local (disposición adicional tercera).

Respecto de la Comisión Mixta de Transferencias, este órgano estaba regulado inicialmente en la disposición transitoria sexta del anterior Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, y ahora derogado. Sin embargo, la disposición transitoria segunda de la vigente Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, provoca la duda sobre la actual subsistencia de la citada Comisión Mixta de Transferencias al establecer que la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, mantiene, *«en lo que corresponda, la vigencia como regulación transitoria»*.

C) Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares

En la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, no se contiene referencia alguna a una Comisión Bilateral de Cooperación, si bien en el artículo 125 se regula una Comisión Mixta de Economía y Hacienda, cuyas funciones se detallan en el artículo 126 (16).

Asimismo, en el Estatuto balear se prevé una Comisión Mixta de Transferencias (en la disposición transitoria primera) y se contempla una comisión mixta paritaria Estado-Comunidad Autónoma, creada con la finalidad de garantizar la financiación de los servicios transferidos a la Comunidad Autónoma, y que *«adoptará un método dirigido a fijar el porcentaje de participación previsto en el artículo 128»* del Estatuto de Autonomía, relativo a los recursos de la hacienda autonómica (comisión prevista en la disposición transitoria tercera).

(16) El artículo 125 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares tiene el siguiente contenido:

«Artículo 125. Comisión Mixta de Economía y Hacienda.

1. La Comisión Mixta de Economía y Hacienda entre el Estado y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears es el órgano bilateral de relación entre ambas Administraciones en materias fiscales y financieras.

2. La Comisión está integrada por un número igual de representantes del Estado y de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. La Presidencia de esta comisión mixta se ejercerá de forma rotatoria entre las dos partes en turnos de un año.

3. Corresponde a la Comisión adoptar su reglamento interno y de funcionamiento por acuerdo entre las dos delegaciones en el que se regulará, en todo caso, la forma en la que se realizarán las convocatorias y su periodicidad, que será como mínimo anual.»

D) Estatuto de Autonomía de Andalucía

El artículo 220 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuya reforma fue aprobada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, contempla expresamente la Comisión Bilateral de Cooperación Junta de Andalucía-Estado, con una redacción muy similar a la del artículo 183 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (17), asignándole asimismo, al igual que como sucede en el Estatuto catalán, determinadas atribuciones en relación con específicas competencias del Estado (ubicación de infraestructuras y equipamientos de titularidad del Estado, espacios naturales, juego y participación en la voluntad del Estado).

(17) El artículo 220 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, apartados 1 y 2, establece lo siguiente:

«Artículo 220. Comisión Bilateral de Cooperación Junta de Andalucía-Estado.

1. Se creará una Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado, de acuerdo con los principios establecidos en el artículo anterior, que constituirá el marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Junta de Andalucía y del Estado, a los siguientes efectos:

a) La participación, información, colaboración y coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

b) El establecimiento de mecanismos de información y colaboración acerca de las respectivas políticas públicas y los asuntos de interés común.

2. Las funciones de la Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado son deliberar, hacer propuestas y, si procede, adoptar acuerdos en los casos establecidos expresamente por el presente Estatuto y, en general, con relación a los siguientes ámbitos:

a) Los proyectos de ley que inciden singularmente sobre la distribución de competencias entre el Estado y la Junta de Andalucía.

b) La programación de la política económica general del Gobierno del Estado en todo aquello que afecte singularmente a los intereses y las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y sobre la aplicación y el desarrollo de esta política.

c) El impulso de las medidas adecuadas para mejorar la colaboración entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía y asegurar un ejercicio más eficaz de las competencias respectivas en los ámbitos de interés común.

d) Los conflictos competenciales planteados entre las dos partes y la propuesta, si procede, de medidas para su resolución.

e) La evaluación del funcionamiento de los mecanismos de colaboración que se hayan establecido entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía y la propuesta de las medidas que permitan mejorarlo.

f) La propuesta de la relación de organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado en los que la Comunidad Autónoma de Andalucía puede designar representantes, y las modalidades y las formas de esta representación.

g) El seguimiento de la política europea para garantizar la efectividad de la participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en los asuntos de la Unión Europea.

h) El seguimiento de la acción exterior del Estado que afecte a las competencias propias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

i) Las cuestiones de interés común que establezcan las leyes o que planteen las partes.

j) La modificación del régimen especial agrario en su proyección en Andalucía, así como los aspectos que afecten directamente al empleo rural y a la determinación, cuantificación y distribución de los fondos dirigidos al mismo.»

El nuevo Estatuto de Andalucía prevé también otros órganos de relación bilateral entre el Estado y la Comunidad Autónoma: la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 184), la Comisión Mixta Paritaria Gobierno-Junta de Andalucía, responsable de los traspasos de competencias (disposición transitoria primera), y una Comisión de inversiones del Estado en Andalucía (disposición adicional tercera).

E) Estatuto de Autonomía de Aragón

El Estatuto de Autonomía de Aragón, cuya última reforma ha sido aprobada por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, regula la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en el artículo 90, además de una Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros Estado-Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 109) y una Comisión Mixta de Transferencias paritaria (disposición transitoria segunda), como analizaremos en el epígrafe siguiente.

F) Estatuto de Autonomía de Castilla y León

La Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, por la que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, regula en el artículo 59 la denominada Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado (18). Igualmente, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León prevé en la disposición transitoria primera una Comisión Mixta de Transferencias paritaria.

G) Comunidad Foral de Navarra

Con la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del

(18) El artículo 59 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León dispone lo siguiente:

«Artículo 59. Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado.

1. La Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado se configura como el marco permanente de cooperación de ámbito general entre ambas partes, de acuerdo con la legislación vigente, sin perjuicio de las funciones atribuidas a otros órganos concretos de carácter bilateral o multilateral.

2. La Comisión de Cooperación estará constituida de un número igual de representantes de la Junta de Castilla y León y del Gobierno de la Nación y adoptará sus normas de organización y funcionamiento por acuerdo de ambas partes.

3. La Comisión de Cooperación podrá desempeñar las siguientes funciones:

a) Información, coordinación, planificación y colaboración entre las dos partes, en relación con el ejercicio de las competencias respectivas.

b) Deliberación y, en su caso, propuesta sobre la elaboración de proyectos legislativos del Estado que afecten singularmente a las competencias e intereses de Castilla y León.

c) Prevención y resolución extraprocésal de conflictos competenciales entre las dos partes.

d) Cualesquiera otras funciones destinadas a promover la cooperación entre las dos partes.»

Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), la denominada Junta de Cooperación, integrada por la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra, continúa estando regulada en el artículo 69 LORAFNA, si bien ahora con un contenido diferente, más amplio, que el previsto en la Ley Orgánica de 1982 (19). Por otro lado, la LORAFNA no contempla expresamente ningún otro órgano de relación bilateral entre la Comunidad Foral y el Estado.

H) Estatuto de Autonomía de Extremadura

En el último de los Estatutos de Autonomía modificados hasta esta fecha, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, reformado en virtud de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, se dedica el artículo 64 a la que denomina Comisión de Cooperación bilateral, creada entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura (20).

(19) El nuevo artículo 69 LORAFNA, según redacción dada por la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, establece lo siguiente:

«1. Todas las discrepancias que se susciten entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra respecto a la aplicación e interpretación de la presente Ley Orgánica, serán planteadas y, en su caso, resueltas por una Junta de Cooperación integrada por igual número de representantes de la Diputación Foral y de la Administración del Estado, sin perjuicio de la legislación propia del Tribunal Constitucional y de la Administración de Justicia.

2. Igualmente, podrán plantearse para su resolución ante la Junta de Cooperación, cualesquiera otras discrepancias que se susciten entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

3. Además, la Junta de Cooperación se constituye como el instrumento ordinario y principal de relación entre la Comunidad Foral de Navarra y el Estado, sin perjuicio de las funciones atribuidas a otros órganos concretos de cooperación o a otros órganos competentes en ámbitos sectoriales, correspondiéndole con carácter preferente el impulso de la realización de actuaciones y planes conjuntos para el desarrollo de políticas comunes y el diseño de mecanismos de colaboración mutua en los distintos ámbitos sectoriales donde confluya el interés de ambas Administraciones.»

(20) El artículo 64 del Estatuto de Autonomía de Extremadura dispone lo siguiente:

«Artículo 64. Comisión de Cooperación bilateral.

1. A los efectos previstos en este capítulo, se creará la Comisión de Cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura, que constituirá el marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de Extremadura y del Estado.

2. Corresponde a la Comisión de Cooperación:

a) Establecer los mecanismos de información y colaboración para el ejercicio de las respectivas competencias propias.

b) Colaborar en la elaboración de proyectos legislativos del Estado que afecten singularmente a las competencias e intereses de Extremadura.

c) Ser cauce y ámbito de resolución de conflictos entre ambas Administraciones.

d) Cualesquiera otras funciones de similar naturaleza, a iniciativa de cualquiera de las partes.

3. Las normas de organización y funcionamiento de la Comisión de Cooperación se establecerán por acuerdo de ambas partes.»

Además, en el artículo 90 se regula la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales, y en la disposición adicional cuarta se alude a la Comisión Mixta de Transferencias.

4. Situación actual de las Comisiones Bilaterales de Cooperación: síntesis

A modo de síntesis, en la actualidad, la situación de las diecisiete Comunidades Autónomas desde la perspectiva de cómo se encuentra regulada la respectiva Comisión Bilateral de Cooperación, puede resumirse de la forma que sigue.

En primer lugar, la fórmula de la coordinación y colaboración de carácter general mediante un órgano de composición bilateral y paritaria integrado por el Estado y por una Comunidad Autónoma, ha sido seguida para todas las Comunidades Autónomas, sin ninguna excepción, de manera que en el año 2000 todas ellas ya habían constituido la correspondiente Comisión Bilateral de Cooperación con el Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 LRJAP-PAC.

En segundo lugar, de las ocho Comunidades Autónomas que a partir del año 2006 han reformado sus Estatutos de Autonomía, seis regulan expresamente en esta norma la Comisión Bilateral de Cooperación. En concreto, se trata de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Aragón, Castilla y León, Navarra y Extremadura. En todas ellas, por tanto, al encontrarse las Comisiones Bilaterales de Cooperación recogidas en su norma institucional básica, se eleva el rango de su ley reguladora, que ahora pasa a ser una Ley Orgánica, con un contenido más amplio, más detallado, que el recogido en la LRJAP-PAC.

Por otra parte, las denominaciones otorgadas a este órgano no son totalmente coincidentes en los citados seis Estatutos de Autonomía ya reformados. En unos (caso de los Estatutos de Autonomía de Andalucía y Aragón), se utiliza lo que podríamos llamar el «nombre completo», o «nombre oficial», de Comisión Bilateral de Cooperación; en otros se habla únicamente de Comisión de Cooperación [Castilla y León y Extremadura (21)], Comisión Bilateral (Cataluña) o Junta de Cooperación (Navarra). En cualquier caso, ninguna consecuencia jurídica puede derivarse de este hecho, más allá de la constatación de que cada Comunidad Autónoma, con la aquiescencia del Estado, ha optado por la denominación que ha estimado más adecuada; si bien, en todos los casos, tomándose como referencia la terminología utilizada por la Ley 30/1992, de 26 de diciembre.

(21) Aunque el artículo 64 del Estatuto de Autonomía extremeño lleva por rúbrica «Comisión de Cooperación bilateral», en el precepto se habla siempre de «Comisión de Cooperación».

En tercer lugar, de las citadas seis Comunidades Autónomas, en la norma institucional básica de cinco de ellas, de forma explícita, se indica que la Comisión Bilateral es el marco general y permanente de relación entre el Gobierno de la Comunidad Autónoma y el Gobierno del Estado, o bien se dice que la Comisión Bilateral está integrada por igual número de representantes de los respectivos Gobiernos, autonómico y estatal.

Concretamente, así sucede en el caso de los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía, Castilla y León, Navarra y Extremadura, de manera que ya en las citadas normas estatutarias se está definiendo claramente la naturaleza jurídica de estas Comisiones Bilaterales de Cooperación como órganos de relación entre Gobiernos, continuando en este sentido la orientación fijada en el artículo 5.2 LRJAP-PAC. Se trata, en definitiva, en cuanto a su composición, finalidad y atribuciones, de un órgano de naturaleza ejecutiva, gubernativa o administrativa, dado que está conformado por representantes de los Gobiernos concernidos y de las respectivas Administraciones públicas.

En principio, la única excepción a esta regla general sería la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo Estatuto de Autonomía de 2007 nada dice sobre su concreta composición, al carecer de un pronunciamiento expreso al respecto. Más adelante se analizarán las posibles consecuencias de este silencio.

En cuarto lugar, en las otras dos Comunidades Autónomas que han reformado su Estatuto de Autonomía a partir del año 2006, la Comunidad Valenciana y las Islas Baleares, no se menciona en su norma institucional básica la Comisión Bilateral de Cooperación, ni está previsto ningún otro órgano formado entre el Estado y la respectiva Comunidad Autónoma al que se haya atribuido similares funciones de cooperación y colaboración. Ello no significa, sin embargo, que ambas carezcan de su correspondiente Comisión Bilateral de Cooperación con el Estado, pues en cualquier caso pueden entenderse activas las ya constituidas a partir de los años 80'; concretamente, en 1989 en el caso de las Islas Baleares y en el año 2000 la Comunidad Valenciana (22).

Finalmente, en quinto lugar, en las restantes nueve Comunidades Autónomas que aún no han reformado sus Estatutos de Autonomía, continúan vigentes las respectivas Comisiones Bilaterales de Cooperación, constituidas, como vimos, a partir de la década de los 80 e «institucionalizadas» en su mayoría mediante la aprobación de las correspondientes normas de funcionamiento: en el caso de Madrid y Castilla-La Mancha en el año 2000 (23);

(22) El Acuerdo de constitución y aprobación de las normas de funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalidad Valenciana fue publicado en el Boletín Oficial del Estado por Orden de 25 de julio de 2000 (B.O.E. núm. 189, de 8 de agosto).

(23) El Acuerdo de constitución de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad de Madrid y de aprobación de sus normas de funcionamiento, fue

Canarias en 2001 (24); Cantabria y Galicia en 2003 (25); y Asturias en 2004 (26) (27).

En definitiva, en todas las Comunidades Autónomas existe una Comisión Bilateral de Cooperación, y en todas ellas expresamente se dispone que se trata de un instrumento general y permanente de relación, basada en la cooperación, colaboración y negociación, entre el Gobierno de la Nación (con la Administración General del Estado) y el correspondiente Gobierno de la Comunidad Autónoma (con la respectiva Administración autonómica), integrado de forma paritaria por representantes de ambos Gobiernos (y de sus Administraciones públicas). Por tanto, en todos los casos, nos encontramos ante un órgano de naturaleza ejecutiva, gubernativa y administrativa.

La única excepción, en principio, sería Aragón, si bien consistente únicamente en el hecho de la ausencia de un pronunciamiento explícito sobre la naturaleza gubernativa, ejecutiva, de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado y sobre su composición paritaria por miembros de los respectivos Gobiernos y Administraciones públicas. Ausencia o silencio que, en cualquier caso, cabe entender poco relevante, como analizaremos posteriormente.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010, SOBRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA (ARTÍCULO 183)

La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006 interpuesto, con

publicado por Orden de 4 de octubre de 2000 (B.O.E. núm. 254, de 23 de octubre). Por su parte, las normas de funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se publicaron mediante Orden de 26 de octubre de 2000 (B.O.E. núm. 271, de 11 de noviembre).

(24) En el caso de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, el Acuerdo de aprobación de sus normas de funcionamiento fue publicado por Orden de 1 de agosto de 2001 (B.O.E. núm. 212, de 4 de septiembre).

(25) El Acuerdo de aprobación de las normas de funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Cantabria fue publicado por Orden de 17 de enero de 2003 (B.O.E. núm. 31, de 5 de febrero). Asimismo, el Acuerdo relativo a las normas de funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia se publicó mediante Orden de 12 de marzo de 2003 (B.O.E. núm. 71, de 24 de marzo).

(26) Por Orden de 13 de septiembre de 2004 se publicaron las normas de funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Principado de Asturias (B.O.E. núm. 225, de 17 de septiembre).

(27) No ha sido posible localizar en el Boletín Oficial del Estado las normas de funcionamiento de las Comisiones Bilaterales de Cooperación de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Región de Murcia y La Rioja (en el supuesto de que hubieran sido formalizadas).

fecha 31 de julio de 2006, por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) (28).

Entre los preceptos cuya constitucionalidad era cuestionada por los Diputados al Congreso recurrentes se encontraba el artículo 183 EAC, relativo a la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, discutido también en cuanto concreción procedimental del principio de bilateralidad proclamado en el artículo 3.1 EAC.

1. Alegaciones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad

Los recurrentes impugnan el principio de bilateralidad que se erige, a su juicio, en «criterio esencial en las relaciones del Estado con la Comunidad Autónoma (e) hilo conductor que explica la intención del estatuyente de cara a perfilar un nuevo marco de relación con el Estado «de igual a igual», derivando hacia fórmulas de corte confederal, de manera que se sustituye el principio cooperativo propio del Estado autonómico, colocando a la parte (las Comunidades Autónomas) al mismo nivel que el todo (el Estado). Asimismo, rechazan que el EAC atribuya una participación bilateral de la Generalitat en la definición de políticas públicas estatales y en distintos organismos estatales, incluidos todos los reguladores, además del derecho a participar en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial.

Entienden los recurrentes que, como consecuencia de todo ello, se produce un cambio esencial en el modelo de Estado, sustituyéndose el modelo cooperativo por otro de naturaleza dual, en el que se evita cualquier posición de supremacía del Estado y se implanta la equiparación entre el Estado y la Generalitat. Denuncian asimismo el riesgo de la «multi-bilateralidad» si se acumulan las relaciones bilaterales Estado-Comunidad Autónoma, señalando que no es posible que para adoptar decisiones legislativas o administrativas relevantes, o definir la posición de España en las instituciones europeas, los órganos competentes del Estado tengan que ponerse de acuerdo, bilateralmente, separadamente, con cada una de las Comunidades Autónomas.

Al ser concreción procedimental del principio de bilateralidad, se impugna también el artículo 183 EAC, estimando asimismo inconstitucionales todas las atribuciones asignadas a la Comisión Bilateral Generalitat-Estado sobre

(28) La STC 31/2010, de 28 de junio, fue publicada en el Suplemento del Tribunal Constitucional, inserto en el Boletín Oficial del Estado núm. 172, de 16 de julio de 2010.

materias, actividades o sectores cuya regulación ha de ser establecida por el Estado.

En las alegaciones formuladas por las partes personadas en el recurso de inconstitucionalidad (Abogacía del Estado, Gobierno de la Generalitat y Parlamento de Cataluña), se cita expresamente la LRJAP-PAC y la LOTC como legislación vigente relativa a la Comisión Bilateral de Cooperación en el momento de la aprobación de la reforma estatutaria, y se defiende la idea de que la Comisión Bilateral Generalitat-Estado regulada en el artículo 183 EAC viene a ser una continuación de la Comisión Bilateral existente hasta ese mismo momento. Es decir, la Comisión Bilateral Generalitat-Estado no es un órgano creado *ex novo* por el Estatuto de Autonomía, sino un instrumento continuador, sucesor, de la Comisión Bilateral de Cooperación que ya venía funcionando desde 1987 (29).

En este sentido, la Abogacía del Estado defiende que «la cooperación entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas puede desarrollarse tanto en un marco bilateral como multilateral, según los casos. Así, sería evidente que existen asuntos y problemas que conciernen exclusivamente a una Comunidad Autónoma en su relación con el Estado y que pueden y deben ser tratadas bilateralmente. Por tal razón, el art. 5.2 [LRJAP-PAC] prevé las Comisiones Bilaterales de Cooperación como «órganos de cooperación de composición bilateral y de ámbito general» (antecedente 20.b) de la STC 31/2010).

Asimismo, afirma que «esta relación bilateral ha dado lugar a múltiples ejemplos de procedimientos que se han seguido con pleno reconocimiento normativo (...) desde la entrada en vigor de los primeros Estatutos de Autonomía. El art. 183 se inscribiría en esa misma línea, sin más particularidad que su expreso reconocimiento y su previsión como marco permanente (... para) desempeñar una labor colaboradora que pueda servir como marco a una concertación y ajuste de intereses o perspectivas» (antecedente 106.b) STC 31/2010).

(29) Esta idea de continuidad o sucesión aparece recogida también en la disposición final del Reglamento de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, tanto en el vigente, de fecha 19 de julio de 2011 (publicado en el B.O.E. núm. 211, de 2 de septiembre), como en el inicialmente aprobado, de fecha 16 de abril de 2007 (B.O.E. núm. 244, de 11 de octubre).

La redacción de la disposición final es la misma en ambos Reglamentos:

«De acuerdo con lo establecido en el artículo 183.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la Comisión Bilateral Generalitat-Estado sucede a la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat de Catalunya, constituida el 7 de mayo de 1987.

A tal efecto, cada una de las partes que constituyen la Comisión Bilateral adoptará las medidas internas que considere oportunas.»

Por su parte, el Gobierno de la Generalitat entiende que tanto la LRJAP-PAC como la LOTC «contemplan la existencia de un órgano bilateral de colaboración, denominado Comisión Bilateral de Cooperación, por lo que no parece que su incorporación al Estatuto exceda del contenido de esta norma institucional básica, a la que corresponde la delimitación del alcance de las competencias de la Generalitat» (antecedente 106.c) STC 31/2010).

Finalmente, el Parlamento de Cataluña alega que «la existencia de una Comisión Bilateral Generalitat-Estado no es una novedad en términos absolutos derivada del Estatuto de Autonomía de 2006, pues desde 1987 se contaba con una y, posteriormente, la Ley 30/1992 reconoció jurídicamente este tipo de instrumento de relación bilateral» (antecedente 106.d) STC 31/2010).

En definitiva, hay coincidencia en la idea de continuidad de las Comisiones Bilaterales de Cooperación preexistentes a los Estatutos de Autonomía recientemente reformados, y en el reconocimiento de encontrarse éstas reguladas por la LRJAP-PAC y la LOTC, de manera que han sido incorporadas a los Estatutos de varias Comunidades Autónomas, «sin más particularidad que su expreso reconocimiento y su previsión como marco permanente» de concertación y colaboración, como sostiene la Abogacía del Estado en sus alegaciones.

2. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Comisión Bilateral Generalitat-Estado

Resulta especialmente relevante, a los efectos de este trabajo, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los artículos 3.1 y 183 EAC, contenida en la Sentencia 31/2010, Fundamentos Jurídicos 13 y 115, respectivamente.

En el Fundamento Jurídico 13, el Tribunal Constitucional afirma que el artículo 3.1 EAC se limita a disponer que las relaciones de la Generalitat con el Estado se fundamentan en una serie de principios constitucionalmente inobjetables, como son los de lealtad institucional mutua, autonomía, bilateralidad y multilateral, así como por el principio general según el cual la Generalitat es Estado, relación de bilateralidad Estado-Generalitat que no cabe entenderla como expresiva de una relación entre entes políticos en situación de igualdad, sino que el Estado siempre ostenta una posición de superioridad respecto de las Comunidades Autónomas. Por ello, «el principio de bilateralidad sólo puede proyectarse en el ámbito de las relaciones entre órganos como una manifestación del principio general de cooperación, implícito en nuestra organización territorial del Estado (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9)», por lo que, en definitiva, el artículo 3.1 EAC no merece censura alguna de inconstitucionalidad.

Respecto del artículo 183.1 EAC, señala el Alto Tribunal en el Fundamento Jurídico 115 que la Comisión Bilateral «se define como marco de relación entre el Gobierno de la Generalitat y el Gobierno del Estado, en ningún caso entre el Estado español y la Generalitat de Cataluña», añadiendo que esta «precisa delimitación de los sujetos cuya relación recíproca pretende organizarse en «el marco general y permanente» constituido por la Comisión Bilateral es de la mayor relevancia en punto (...) al verdadero sentido y alcance del principio de bilateralidad proclamado en el art. 3.1 EAC», cuestión ésta que ha de resolverse «con la exclusión por inconstitucional de cualquier interpretación que quiera ver en (este) precepto la referencia a una dualidad imposible entre el Estado español y la Comunidad Autónoma de Cataluña».

Por ello, «siendo los sujetos implicados en la Comisión Bilateral los Gobiernos respectivos del Estado y de la Generalitat de Cataluña, es obvio que las competencias concernidas únicamente pueden ser (...), las correspondientes a uno y otro Ejecutivos, cuya plenitud de ejercicio no puede verse condicionada ni limitada por la Comisión, quedando, además, naturalmente excluidas las que constitucional y estatutariamente corresponden a otros órganos del Estado y de la Generalitat, en particular, como es patente, las competencias legislativas, cuyo ejercicio, fuera del caso de la legislación de urgencia y de los supuestos de delegación, es privativa de las Cortes Generales y del Parlamento de Cataluña, órganos extraños a la Comisión Bilateral».

En definitiva, concluye el Tribunal Constitucional que «la calificación que el art. 183.1 EAC efectúa de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado como «marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat» y del Estado, no es contraria a la Constitución interpretada en el sentido de que no excluye otros marcos de relación, ni otorga a dicha Comisión función distinta de la de cooperación voluntaria en el ámbito de las competencias de ambos Gobiernos, que son indisponibles» (F.J. 115).

Con base en la STC 31/2010, cabe afirmar, en primer lugar, que las relaciones de una Comunidad Autónoma con el Estado, basadas en el principio de bilateralidad, sólo pueden referirse a las que median entre los respectivos Gobiernos de la Comunidad Autónoma y del Estado, y sus correspondientes Administraciones públicas. Son estos los únicos sujetos cuya relación recíproca puede organizarse en el marco general y permanente que significa la Comisión Bilateral de Cooperación, por lo que en este concreto instrumento de relación no cabe la participación de cualesquiera otros sujetos. Ello supone que las personas físicas, autoridades o cargos, que resulten designadas para formar parte de una Comisión Bilateral de Cooperación lo son siempre en nombre y representación del respectivo Gobierno, siendo además inconstitucional cualquier interpretación del principio de bilateralidad como plataforma de una «dualidad imposible entre el Estado español y una Comunidad Autónoma».

En segundo lugar, dado que los sujetos implicados en las Comisiones Bilaterales de Cooperación son, exclusivamente, los Gobiernos y sus Administraciones públicas, las competencias concernidas en este ámbito únicamente pueden ser las relativas a los citados Gobiernos. Por ello, quedan excluidas del espacio de actuación de este instrumento las competencias propias de otros órganos del Estado y de la Comunidad Autónoma. En particular, quedan fuera de las funciones de las Comisiones Bilaterales de Cooperación las competencias legislativas, cuyo ejercicio es privativo de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, literalmente definidos en la STC 31/2010 como «órganos extraños a la Comisión Bilateral».

Finalmente, en tercer lugar, la configuración que de las Comisiones Bilaterales de Cooperación se hace en los Estatutos de Autonomía reformados a partir de 2006, se ajusta a la Constitución si se interpreta en el sentido de que este instrumento de relación bilateral Estado-Comunidad Autónoma no excluye otros cauces de relación, sean bilaterales o multilaterales. Es constitucional, por tanto, si se entiende que este órgano no es el único instrumento ni la bilateralidad es la exclusiva forma de relación entre ambas instituciones. Y tampoco es contraria a la Constitución dicha configuración si constriñe el ámbito de sus funciones a las competencias propias de los Gobiernos concernidos, estatal y autonómico.

En definitiva, de acuerdo con la STC 31/2010, las Comisiones Bilaterales de Cooperación son órganos de relación bilateral exclusivamente entre Gobiernos, para el ejercicio, en términos de cooperación voluntaria, únicamente de competencias correspondientes a ambos Ejecutivos. Por ello, las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos son órganos extraños a la Comisión Bilateral.

V. LA COMISIÓN BILATERAL DE COOPERACIÓN ARAGÓN-ESTADO

1. Antecedentes

Tras la aprobación de los Estatutos de Autonomía que ahora llamaríamos «de primera generación» (entre diciembre de 1979 el primero —País Vasco—, y febrero de 1983 el último —Castilla y León—), las relaciones de carácter bilateral entre el Estado y las Comunidades Autónomas se desarrollaron inicialmente en el marco de las respectivas Comisiones Mixtas de Transferencias, en donde tenían lugar las negociaciones sobre los traspasos de funciones, medios y servicios para hacer efectivas las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas.

De dicha práctica de negociación bilateral surgieron las Comisiones Bilaterales de Cooperación, en un principio sin amparo estatutario ni legal más allá

de las necesarias relaciones de cooperación y colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas derivadas del principio general de lealtad institucional, implícito en nuestra organización territorial del Estado.

En el caso de Aragón, la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Comunidad Autónoma y la Administración General del Estado se constituyó el día 26 de marzo de 1990, durante el mandato de D. Hipólito Gómez de las Rocas como Presidente de la Diputación General de Aragón (30).

Años después, tras las reformas de la LRJAP-PAC y la LOTC, quedó institucionalizada la Comisión Bilateral de Cooperación al aprobarse sus normas de funcionamiento por Acuerdo de 12 de noviembre de 2001, publicado en los respectivos Boletines Oficiales el día 14 de diciembre siguiente, en las que se señalaba que dicho Acuerdo se suscribe «siendo coincidentes la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón en la voluntad de perfeccionar la institucionalización de esta Comisión y configurarla como un marco idóneo de las relaciones de cooperación entre ambas Administraciones». Seguidamente, se estructuraban las citadas normas en los siguientes cinco apartados: a) carácter y funciones de la Comisión; b) composición; c) regulación de su funcionamiento; d) en particular, funcionamiento de la Comisión en el supuesto previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y e) previsión de creación de grupos de trabajo de carácter permanente o coyuntural para el estudio y análisis de cuestiones concretas.

Del conjunto de dichas normas cabría destacar dos cuestiones. En primer lugar, la consideración de la Comisión Bilateral como un «instrumento esencial de cooperación y entendimiento entre ambas Administraciones», sin perjuicio de las funciones atribuidas a los órganos de cooperación multilateral y a la Comisión Mixta de Transferencias, atribuyéndosele en coherencia con dicho carácter funciones de naturaleza netamente gubernativas, ejecutivas o administrativas, acordes con los ámbitos respectivos de competencia.

En segundo lugar, su composición era igualmente congruente con la naturaleza gubernativa y administrativa del órgano, estando integrada, en el caso de la Administración General del Estado, por el Ministro de Administraciones Públicas, a quien correspondía la Presidencia de la Comisión, el Secretario de Estado de Organización Territorial del Estado, y otros órganos superiores y funcionarios del Ministerio de Administraciones Públicas. Por parte

(30) A la sesión constitutiva de esta Comisión, celebrada en la ciudad de Zaragoza, por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón asistieron el Presidente aragonés, el Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales y el Secretario General de la Presidencia; y, por parte de la Administración General del Estado, estuvieron presentes el Ministro de Administraciones Públicas, el Secretario de Estado para Administraciones Territoriales y el Delegado del Gobierno en Aragón.

de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus miembros permanentes eran el Vicepresidente del Gobierno y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, quien ostentaba la Vicepresidencia de la Comisión, el Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, y otros altos cargos y funcionarios de su Administración.

En definitiva, el conjunto de las normas de organización y funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación aprobadas en el año 2001 evidenciaba el carácter netamente ejecutivo de este órgano, concebido «como un instrumento esencial de cooperación y entendimiento entre ambas Administraciones».

2. El artículo 90 del Estatuto de Autonomía de Aragón

El Estatuto de Autonomía de Aragón (EAA), tras la reforma aprobada por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, regula la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en el artículo 90, incluido en el Capítulo I, dedicado a las relaciones con el Estado, del Título VII, rubricado «Cooperación institucional y acción exterior» (31).

Siguiendo en gran medida el modelo establecido por los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía, el artículo 90.1 EAA define la Comisión Bilateral de Cooperación como «el instrumento principal de relación entre la Comunidad Autónoma y el Estado». Se destaca así este órgano sobre cualquier otro instrumento o mecanismo de relación entre ambas Administraciones Territoriales que exista en la actualidad o pueda establecerse en el futuro, constituyendo otra manifestación del protagonismo casi único que se ha querido

(31) El artículo 90 del Estatuto de Autonomía de Aragón dispone lo siguiente:

«Artículo 90. La Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado.

1. La Comisión Bilateral de Cooperación se configura como el instrumento principal de relación entre la Comunidad Autónoma y el Estado, sin perjuicio de las funciones atribuidas a otros órganos concretos de cooperación bilateral o multilateral.

2. A tales efectos, la Comisión Bilateral de Cooperación desempeña las siguientes funciones:

a) Impulsar la realización de actuaciones y planes conjuntos para el desarrollo de políticas comunes y, en su virtud, suscribir los oportunos convenios de colaboración.

b) Deliberar y hacer propuestas, en su caso, sobre la elaboración de proyectos legislativos del Estado que afecten especialmente a las competencias e intereses de Aragón.

c) Diseñar mecanismos de colaboración mutua en los distintos ámbitos sectoriales donde confluya el interés de ambas Administraciones.

d) Servir de instrumento para prevenir conflictos entre ambas Administraciones, así como intentar dirimir controversias por vía extraprocesal.

e) Cualesquiera otras funciones que coadyuven a los fines de cooperación entre ambas Administraciones que le son propios.

3. La Comisión Bilateral de Cooperación adopta sus normas de organización y funcionamiento por acuerdo de ambas partes. En todo caso se reúne en sesión plenaria y cuando lo solicite una de las dos partes, y su presidencia es ejercida de forma alternativa en turnos de un año.»

conceder al principio de bilateralidad en la mayoría de los nuevos Estatutos de Autonomía, de forma que las relaciones de una Comunidad Autónoma con el Estado se quieren canalizar preferentemente por vías de relación exclusiva con éste, sin interferencias de otras Comunidades Autónomas.

Lo cual no ha sido óbice para el reconocimiento, en el mismo artículo 90.1 EAA, de «otros órganos concretos de cooperación bilateral o multilateral», como son la Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros Estado-Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 109 EAA) y la Comisión Mixta de Transferencias (disposición transitoria segunda EAA). La primera es por completo novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, mientras que la segunda ya estaba prevista en la disposición transitoria sexta del Estatuto de Autonomía de 1982.

De esta regulación estatutaria llaman la atención fundamentalmente tres cuestiones. En primer lugar, que aun atribuyendo expresamente a la Comisión Bilateral de Cooperación el carácter de «instrumento principal de relación» entre Aragón y el Estado, se admita en el propio Estatuto de Autonomía la posibilidad de la existencia de «otros órganos concretos de cooperación bilateral».

Si la Comisión Bilateral de Cooperación está concebida además como el «marco general y permanente de relación» entre ambas Administraciones Territoriales, no se advierte bien qué sentido tiene crear otros dos órganos específicos, también de relación bilateral, para unas materias tan concretas y de ámbito material mucho más limitado, como son las relativas a los asuntos económico-financieros y a las negociaciones y acuerdos para el traspaso de las funciones y atribuciones que corresponderían a la Comunidad Autónoma de Aragón.

Quizá habría sido más correcto, en aras de canalizar más ordenadamente las relaciones bilaterales Aragón-Estado, prever en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación sendas subcomisiones permanentes, para aquéllas dos concretas materias. Además, no es impensable que una misma cuestión a negociar por ambas Administraciones pudiera ser debatida en cualquiera de los tres citados órganos de relación bilateral previstos en el Estatuto de Autonomía. Cabe entender que en esos supuestos actuaría la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, al tratarse del «instrumento principal de relación».

En segundo lugar, la disposición transitoria primera, apartado primero, parece contradecir el artículo 90.1, cuando establece que mientras no se constituya la Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros Estado-Comunidad Autónoma de Aragón prevista en el artículo 109 (preceptos todos del EAA), será la actual Comisión Mixta de Transferencias, y no la Comisión Bilateral de Cooperación, la que asumirá sus competencias. Lo coherente con la proclamación del carácter de instrumento principal de relación entre Aragón y el

Estado que se predica de la Comisión Bilateral de Cooperación, habría sido que fuera a ésta a la que se atribuyeran provisionalmente las competencias de la Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros.

Finalmente, en tercer lugar, quizá habría sido más correcto, desde el punto de vista de la técnica legislativa, regular la Comisión Mixta de Transferencias no mediante una disposición transitoria, sino por medio de una disposición adicional. La regulación como disposición transitoria pudo tener su sentido en 1982, año de aprobación del primer Estatuto de Autonomía, pero ahora ya no.

Por otra parte, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.3 EAA, la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado aprobó, en sesión celebrada el día 8 de enero de 2009, su Reglamento de organización y funcionamiento, al que seguidamente nos referimos (32).

3. Composición de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado

A diferencia de otros Estatutos de Autonomía «de segunda generación», el EAA nada dice sobre la composición de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, ni siquiera de forma orientativa. Por el contrario, el artículo 183.3 EAC prevé que la Comisión Bilateral Generalitat-Estado «está integrada por un número igual de representantes» del Estado y de la Generalitat, y lo mismo, o muy similar, afirman otros Estatutos de Autonomía (33).

Ante el vacío estatutario, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 3 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, de 2009, si bien realmente apenas ofrece unos apuntes, sin mayores concreciones, de la composición de dicho órgano.

(32) No tiene ninguna justificación que el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado no haya sido publicado en ningún Boletín Oficial, como tampoco han sido objeto de publicación oficial ni el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Junta de Andalucía-Estado, ni el de la Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado. Los únicos oficialmente publicados, hasta la fecha, son los dos Reglamentos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, sucesivamente aprobados en los años 2007 y 2011. La diligencia del Servicio de Documentación de las Cortes de Aragón ha hecho posible la obtención de los Reglamentos aragonés y castellano-leonés.

(33) En concreto, artículo 220.3 del Estatuto de Autonomía andaluz, respecto de la composición de la Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado; artículo 59.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que regula la Comisión de Cooperación entre esta Comunidad y el Estado; y artículo 69.1 LORAFNA, referido a la Junta de Cooperación entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral de Navarra. Por el contrario, al igual que el EAA, nada dice tampoco el artículo 64 del Estatuto de Autonomía de Extremadura sobre la composición de la Comisión de Cooperación bilateral.

Así, en primer lugar, dispone que la Comisión Bilateral de Cooperación «estará constituida por seis representantes de cada parte», limitándose a señalar, en segundo lugar, que corresponde a cada una de ellas precisar las autoridades o cargos en los que recae esta representación, así como en su caso, el régimen de sustituciones. Únicamente matiza, en cuanto a las sustituciones, qué rango mínimo deben ocupar las personas sustitutas, de forma que en el caso de los representantes de la Administración General del Estado al menos deberá ser Director General, mientras que respecto del Gobierno de Aragón, los sustitutos deberán ostentar un cargo con rango de Viceconsejero o Secretario General Técnico, como mínimo. Para cualquier modificación posterior de la composición de la Comisión, será suficiente una comunicación a la otra parte, a través de la Secretaría Permanente de la Comisión. Sin embargo, nada dice sobre el rango de los miembros titulares de la Comisión.

No se ha seguido, por tanto, la regulación de mayor concreción existente en las anteriores normas de organización y funcionamiento de 2001, siendo ahora sustituida esa normativa sobre la actual Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado por una vaga referencia a la condición de «autoridades o cargos en que recae la representación» de ambos Gobiernos.

Por otro lado, el artículo 4 del vigente Reglamento de 2009 dispone que la Presidencia de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado corresponderá, de forma alternativa y por periodos anuales, a las personas que, a su vez, ostenten la Presidencia de las respectivas delegaciones, estatal y autonómica. Se trata de una regulación prácticamente idéntica a la prevista en el Reglamento de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, de 2011, y en las normas de la Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado, de 2010. Esta regulación tan abierta ha permitido, en el caso de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, que presida la delegación del Gobierno de la Generalitat de Cataluña un cargo o autoridad que no es miembro de dicho Gobierno sino Diputado al Congreso; se trata, en concreto, del Sr. Durán y Lleida.

La concreta composición de la delegación aragonesa en la Comisión Bilateral de Cooperación ha sido establecida por Acuerdo del Gobierno de Aragón de 4 de diciembre de 2007 (34). Como miembros permanentes se designan cuatro: el Vicepresidente del Gobierno y los Consejeros de Presidencia, de Economía Hacienda y Empleo, y de Política Territorial, Justicia e Interior; correspondiendo al Vicepresidente designar los otros dos miembros, con rango de Consejero, en función de los temas a tratar y el carácter paritario de la Comisión. El secretario de la Comisión en representación de

(34) Acuerdo del Gobierno de Aragón publicado por Orden de 20 de diciembre de 2007, de la Vicepresidencia del Gobierno (Boletín Oficial de Aragón núm. 2, de 5 de enero de 2008).

Aragón es el Director General de Desarrollo Estatutario. Cabe entender que esta composición de la delegación aragonesa se encuentra aún vigente, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones a la nueva estructura orgánica del Gobierno de Aragón.

Por otra parte, la designación del Vicepresidente del Gobierno de Aragón como Presidente de la delegación aragonesa en la Comisión Bilateral de Cooperación se ha justificado en el citado Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 por razón de su competencia en materia de coordinación de las relaciones con la Administración General del Estado y, en particular, las derivadas del cumplimiento de las previsiones estatutarias.

A su vez, la designación de los representantes de la Administración General del Estado en la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado se produjo por Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 14 de diciembre de 2007 (35).

4. Funciones, organización y funcionamiento

Las funciones de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado vienen establecidas en el artículo 90.2 EAA. Si se comparan con el listado de atribuciones incluido en las normas de organización y funcionamiento de la anterior Comisión Bilateral de Cooperación, de 2001, puede observarse que son prácticamente las mismas, con apenas algunas modificaciones de redacción. Existe en esta cuestión, por tanto, una evidente continuidad entre ambas Comisiones.

Se trata, además, de funciones de naturaleza eminentemente ejecutiva, gubernativa y administrativa, propias de la acción política y técnica de un Gobierno y de su Administración pública. De hecho, en el citado artículo 90.2 EAA, hasta en tres ocasiones se dice expresamente «ambas Administraciones» para referirse a las partes intervinientes en la Comisión Bilateral de Cooperación.

Debe recordarse al respecto la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 (FJ 115), que avala la constitucionalidad de

(35) Acuerdo del Consejo de Ministros publicado mediante Orden de 28 de diciembre de 2007, de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia [Boletín Oficial del Estado núm. 6, de 7 de enero de 2008]. Los miembros permanentes son: Ministra de Administraciones Públicas, que ostenta la representación de la delegación estatal en la Comisión Bilateral, Secretario de Estado de Cooperación Territorial, Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos y Delegado del Gobierno en Aragón, correspondiendo la secretaría de la Comisión al Director General de Cooperación Autonómica. Asimismo se prevé que los otros dos miembros de la delegación estatal serán nombrados en función de las materias a tratar, debiendo tener un rango mínimo de Subsecretario.

la configuración que los nuevos Estatutos de Autonomía hacen de las Comisiones Bilaterales de Cooperación siempre que se constriña el ámbito de sus funciones a las competencias propias de los Gobiernos concernidos, estatal y autonómico.

Un breve repaso de las funciones recogidas en el artículo 90.2 EAA es suficiente para ratificar esta idea. Así, en primer lugar, se habla de «impulsar la realización de actuaciones y planes conjuntos para el desarrollo de políticas comunes», materias puramente ejecutivas y, en su virtud, «suscribir los oportunos convenios de colaboración». En este sentido, debe destacarse que el artículo 4.1) de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, atribuye al Presidente del Gobierno la firma de los convenios y acuerdos de cooperación en que la Comunidad Autónoma sea parte, atribución delegable en los Vicepresidentes o Consejeros (artículo 5.1), correspondiendo al Gobierno de Aragón autorizar los convenios con el Estado (artículo 12.24). Asimismo, de acuerdo con la Ley 1/2011, de 10 de febrero, de Convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón, corresponde al Gobierno de Aragón autorizar la suscripción de los convenios y acuerdos objeto de esa Ley, así como designar el titular del órgano o representante firmante del mismo; a falta de designación expresa, lo firmará el Presidente de Aragón o el miembro del Gobierno en quien delegue.

En segundo lugar, la Comisión Bilateral de Cooperación podrá «deliberar y hacer propuestas sobre la elaboración de proyectos legislativos del Estado que afecten especialmente a las competencias e intereses de Aragón». La mención a los proyectos legislativos del Estado se realiza respecto de su fase previa, o de iniciativa legislativa; esto es, antes de su remisión a las Cortes Generales para su tramitación correspondiente. Así, en palabras de la STC 108/1986, de 26 de julio (FJ 3), la posible intervención de la Comisión Bilateral de Cooperación tiene lugar «en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo».

En tercer lugar, se relacionan otras funciones, igualmente de naturaleza ejecutiva y gubernativa, basadas en las ideas de colaboración y cooperación, como son «diseñar mecanismos de colaboración mutua en los distintos ámbitos sectoriales donde confluya el interés de ambas Administraciones», y la habitual cláusula de cierre consistente en atribuir a la Comisión Bilateral de Cooperación «cualesquiera otras funciones que coadyuven a los fines de cooperación entre ambas Administraciones que le son propios».

Finalmente, se menciona también la función de «servir de instrumento para prevenir conflictos entre ambas Administraciones, así como intentar dirimir controversias por vía extraprocesal», en la que se incluye la previsión contenida en el artículo 33 LOTC, relativa a la interposición del recurso de

inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley, del Estado o de la Comunidad Autónoma de Aragón.

A este respecto, desde la entrada en vigor del Estatuto de 2007, el mecanismo de negociación previsto en el artículo 33 LOTC ha sido activado en cuatro ocasiones, con motivo de la aprobación de sendas Leyes, todas ellas de las Cortes de Aragón: La Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón; la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón; la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón; y la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.

Mayor alcance político, sin duda alguna, tiene el elenco de funciones que en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía se atribuyen a sus respectivas Comisiones Bilaterales. Dichas funciones están presididas por dos objetivos generales que enmarcan el conjunto de tales atribuciones, y otorgan a ambas Comisiones Bilaterales, en consecuencia, un evidente salto cualitativo con respecto a las anteriores Comisiones Bilaterales de Coordinación. Estos dos objetivos generales son: a) la participación, información, colaboración y coordinación en el ejercicio de las competencias estatales que afecten a la autonomía de la Comunidad Autónoma; y b) el intercambio de información y el establecimiento de mecanismos de colaboración acerca de las respectivas políticas públicas y los asuntos de interés común.

Esta es, precisamente, la línea de actuación que, en la práctica, se ha intentado seguir en la Comunidad Autónoma de Aragón y que encuentra su reflejo en distintas iniciativas parlamentarias tramitadas en las Cortes de Aragón (36) (37).

(36) Proposición no de Ley núm. 117/08, sobre la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, presentada por el G.P. Popular. Instaba al Gobierno de Aragón a solicitar al Gobierno de la Nación la convocatoria urgente de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado al objeto de tratar, entre otros, los siguientes asuntos: –funcionamiento de la Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros; –comunicaciones transfronterizas; –infraestructuras de comunicación; –infraestructuras hidráulicas; –funcionamiento del Patronato del Archivo de la Corona de Aragón; –bienes de las parroquias del Aragón oriental (B.O.C.A. núm. 81, de 16 de octubre de 2008 –VII Legislatura–).

(37) Moción núm. 29/08, dimanante de la Interpelación núm. 42/08, relativa a la política general en relación con la cooperación institucional y la acción exterior, presentada por el G.P. Chunta Aragonesista. Incluía un listado de cuestiones a abordar en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado muy indicativo de las expectativas que había suscitado en la Comunidad Autónoma, citándose las siguientes: a) los nuevos traspasos de funciones y servicios; b) la ampliación de funciones y efectivos de la Unidad de la Policía Nacional adscrita a nuestra Comunidad Autónoma; c) la participación de Aragón en organismos y competencias estatales, así como en los procesos de designación de los miembros de las instituciones, organismos y empresas públicas del Estado; d) la participación de Aragón, tanto en la formación y aplicación del Derecho de la Unión Europea, como en las delegaciones españolas ante las instituciones y organismos de la Unión; e)

Respecto de la organización y funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, destacan en el Reglamento de 2009 las Subcomisiones y Órganos de apoyo de la Comisión Bilateral, previstas en el artículo 10 «para el tratamiento especializado de las cuestiones que le competen». Con carácter permanente han sido creadas las siguientes Subcomisiones: –de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos; –de Convenios y Participación en las competencias y organismos estatales; –de Infraestructuras; –de Asuntos Europeos y Acción Exterior. Cada Subcomisión, a su vez, podrá crear Grupos de Trabajo para el desarrollo de sus actividades.

El Reglamento de 2009 prevé también la elaboración anual de una Memoria de la actividad y trabajo desarrollados por la Comisión Bilateral de Cooperación, si bien no se tiene constancia de la aprobación de ninguna, hasta la fecha.

La Comisión Bilateral de Coordinación Aragón-Estado ha celebrado tres reuniones, únicamente: la sesión constitutiva, el 9 de enero de 2008; una segunda reunión el 8 de enero de 2009; y la última el día 24 de noviembre de 2009. No consta que desde entonces haya vuelto a celebrarse ninguna reunión.

5. La cuestión de su naturaleza jurídica

Todas las Comisiones Bilaterales de Cooperación, de acuerdo con su normativa, están concebidas como un instrumento general y permanente de relación entre el Gobierno estatal y el correspondiente Gobierno autonómico, con una composición paritaria de representantes de ambos, siendo los sujetos implicados en las mismas, exclusivamente, los Gobiernos respectivos, de forma que las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos son órganos extraños

el desbloqueo y/o aceleración en la ejecución de infraestructuras de comunicación, carreteras y ferroviarias, tanto estatales como internacionales, ya consensuadas en Aragón y largamente demandadas; f) las políticas hidrológicas estatales que pudieren afectar a Aragón; g) el desbloqueo y/o aceleración en la ejecución de infraestructuras hidráulicas ya consensuadas en Aragón y largamente demandadas; h) el impulso a un funcionamiento ágil, eficaz e igualitario del Patronato del Archivo de la Corona de Aragón; i) la situación de los bienes de las parroquias altoaragonesas depositados en el Museo Diocesano y Comarcal de Lleida; j) la situación de la documentación aragonesa en el Archivo General de la Guerra Civil en Salamanca; k) la agilización de la Comisión Mixta de Asuntos Económico-Financieros; l) la suscripción del acuerdo bilateral económico-financiero con el Estado, previsto en el artículo 108 de nuestro Estatuto de Autonomía; m) la constitución del «instrumento o ente equivalente», previsto en el artículo 106 de nuestro Estatuto de Autonomía, para la gestión tributaria de los tributos cedidos parcialmente; n) la adopción de las medidas de compensación oportunas por mermas tributarias, previstas tanto en el artículo 107 como en la Disposición Transitoria Primera de nuestro Estatuto de Autonomía (publicada en el B.O.C.A. núm. 87, de 5 de noviembre de 2008 –VII Legislatura–).

a la Comisión Bilateral (STC 31/2010, FJ 115). Esto es, se trata de un órgano de naturaleza jurídica gubernativa, ejecutiva o administrativa.

La única excepción, en principio, sería Aragón, pero debido únicamente a que el Estatuto de Autonomía de 2007 guarda silencio al respecto. Es decir, no estamos ante un pronunciamiento inequívoco en una dirección completamente contraria a la fijada por las otras dieciséis Comunidades Autónomas, sino simplemente ante un vacío legal, estatutario, que habrá que resolver con las reglas de la hermenéutica.

Así, cabe entender que dicho silencio es irrelevante, en primer lugar dado que difícilmente puede defenderse que la Comisión Bilateral de Cooperación contemplada en el artículo 90 EAA no sea la misma que la regulada en el artículo 5.2 LRJAP-PAC y en el artículo 33 LOTC; esto es, que sea una Comisión Bilateral distinta a la existente en las restantes dieciséis Comunidades Autónomas.

Además, en segundo lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la composición de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado no ofrece ninguna duda: los sujetos implicados en la Comisión Bilateral de Cooperación son los Gobiernos respectivos del Estado y de la correspondiente Comunidad Autónoma, de forma que los Parlamentos son órganos extraños a la Comisión bilateral.

En tercer lugar, también de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, las competencias concernidas en el ámbito de la Comisión Bilateral de Cooperación únicamente pueden ser las relativas a los citados Gobiernos, esto es, competencias ejecutivas, gubernativas y administrativas.

Y, finalmente, es también un órgano de relación entre Gobiernos porque así lo han regulado expresamente las dos partes implicadas, según se hace constar en el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, de 2009, en cuyos antecedentes o Preámbulo se afirma que este órgano es «el instrumento principal de relación entre los Gobiernos de Aragón y de España».

En definitiva, la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado es también un órgano de naturaleza gubernativa o ejecutiva, marco de relación general y permanente entre los Gobiernos autonómico y estatal, compuesto por representantes designados por los Gobiernos respectivos, para el ejercicio de funciones de carácter gubernativo, ejecutivo y administrativo.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: POR UNA LEY GENERAL DE COOPERACIÓN AUTONÓMICA

En las páginas precedentes se ha intentado describir la evolución y la situación actual de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en particular, y de las restantes Comisiones Bilaterales de Cooperación en general, concebidas en el momento presente como el órgano principal para la mejor articulación de las relaciones bilaterales entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, presididas por los principios de cooperación y de bilateralidad.

Dicha descripción pone de relieve, entre otras cuestiones, la insatisfactoria trayectoria seguida por este órgano de relación bilateral, muy semejante a la trazada por los otros instrumentos de relación bilateral y multilateral existentes en el Estado de las Autonomías. Llama la atención que las Comisiones Bilaterales de Cooperación surgieran por la vía de hecho, al margen de una específica normativa estatutaria o legal que las amparara, con la consecuencia de que su efectiva constitución en cada una de las Comunidades Autónomas se fue demorando en muchos casos, de forma que el proceso culminó al cabo de catorce años desde su inicio en el año 1984. Además, en cuanto a su funcionamiento efectivo, para la gran mayoría de las Comunidades Autónomas, las Comisiones Bilaterales no pasaron de ser un órgano de importancia muy secundaria, con muy poca vida propia y muy escaso protagonismo en el Estado Autonómico. Todo ello ha desembocado en la situación actual, con la aprobación a partir del año 2006 de los Estatutos de Autonomía de «segunda generación», en los que, con alguna excepción, se regula específicamente la Comisión Bilateral de Cooperación, después también de un tortuoso camino de reformas estatutarias, lleno de las conocidas tensiones y conflictos, algunos ciertamente graves.

Los restantes instrumentos de relación Estado-Comunidades Autónomas igualmente han ido surgiendo de forma desordenada y con muy escaso ropaje jurídico, apreciándose en ocasiones cierta improvisación. Así, hasta el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía iniciado en 2006, la norma de referencia reguladora de los órganos de relación bilateral y multilateral entre el Estado y las Comunidades Autónomas era la LRJAP-PAC, con las modificaciones introducidas a comienzos del año 1999, si bien limitada esa normativa únicamente a dos órganos: las Conferencias Sectoriales y las Comisiones Bilaterales de Cooperación. Regulación, en cualquier caso, muy parca y totalmente insuficiente para su correcto funcionamiento.

Es hora ya, transcurridos casi treinta y cinco años desde la aprobación de la Constitución, de que el legislador estatal, en el ejercicio de sus competencias, apruebe una Ley General de Cooperación Autonómica, en la que de

forma ordenada, completa y sistemática, y con el mayor consenso posible, se regulen los oportunos instrumentos de relación bilateral y multilateral entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y se establezca un mínimo régimen jurídico común para cada uno de ellos.

APUNTE FINAL

Transcurridos varios meses desde la finalización de este trabajo, y coincidiendo con la fase de pruebas de imprenta del mismo, se han producido dos novedades relevantes con relación a la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado: la designación de los nuevos representantes de ambas Administraciones Territoriales y la celebración en Zaragoza de una reunión de la citada Comisión Bilateral.

El Gobierno de Aragón, en reunión celebrada el día 17 de julio de 2012, ha determinado nombrar a: D. José Ángel Biel Rivera, que ejercerá la Presidencia de la representación aragonesa; los Consejeros de Presidencia y Justicia, de Hacienda y Administración Pública y de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente; el Director General de Desarrollo Estatutario; y D. Manuel Pizarro Moreno. Asimismo, se nombra Secretaria en representación de Aragón a la Secretaria General Técnica de la Presidencia. Por parte de la Administración General del Estado, el Consejo de Ministros celebrado el día 13 de julio de 2012 ha designado a: la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, que ejercerá la Presidencia de la representación estatal; el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas; el Secretario de Estado de Administraciones Públicas; el Delegado del Gobierno en Aragón; y otros dos vocales en función de los temas a tratar; como Secretario actuará el Director General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. En todo caso, ninguno de estos nombramientos ha sido publicado aún (a fecha 1 de agosto de 2012) en los respectivos Boletines Oficiales.

La reunión de la Comisión Bilateral de Cooperación (la cuarta desde su constitución en el año 2008) ha tenido lugar el 19 de julio de 2012, en el Palacio de la Aljafería, de Zaragoza, destacándose como noticia más relevante el compromiso del Gobierno estatal de respetar la organización comarcal aragonesa en una futura reforma de las Administraciones locales.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz: «El principio de cooperación en la doctrina del Tribunal Constitucional español», en *Revista de estudios autonómicos*, núms. 2-3, 2002-2003, pp. 163-198.
- ALONSO DE ANTONIO, José Antonio: «Consideraciones sobre una posible Ley General de Cooperación Autonómica», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 97, 2002, pp. 115-138.
- CASAS I RONDONÍ, Marc: «La Comisión Bilateral Generalitat-Estado: regulación y actividad práctica», en *Revista catalana de Dret Públic*, núm.42, 2011, pp. 1-20.
- CONTRERAS CASADO, Manuel: «Reforma estatutaria y Estado autonómico: en construcción (entre la necesidad y la oportunidad)», en *De la reforma estatutaria* Monografías de esta REVISTA, VIII (ed. LÓPEZ RAMÓN, Fernando), Zaragoza, 2005, pp. 95-121.
- CORCUERA ATIENZA, Javier: «Colaboración y cooperación en el sistema autonómico español. Reflexiones tras el fracaso de la propuesta de Ley General de Cooperación Autonómica», en *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 8, 2002, pp. 187-223.
- GARCÍA MORALES, María Jesús: «La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, pp. 65-117.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (ed.): «De la reforma estatutaria», Monografías de esta REVISTA, VIII, Zaragoza, 2005.
- MARCOS, Ana de: «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de cooperación», en *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1994, pp. 265-353.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: «Relaciones de la Comunidad Autónoma con el Estado y con otras Comunidades Autónomas», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (directores BERMEJO VERA, J y LÓPEZ RAMÓN, F.), Civitas/Thomson Reuters. 2010, pp. 857-886.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La cooperación, ¿un concepto jurídico?», en *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1994, pp. 11-49.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio: «Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 2011, pp. 153-199.
- PEDRO BONET, Xavier de: «La colaboración en los nuevos Estatutos. Aragón», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 19, septiembre 2009, pp. 211-245.

- RIDAURA MARTÍNEZ, M^o Josefa: «Comisiones bilaterales de cooperación y nuevos Estatutos de Autonomía», en *Treinta años de Constitución* (coord. GARCÍA ROCA, Francisco Javier, y ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH), 2010, pp. 255-274.
- SÁENZ ROYO, Eva: «Las Relaciones Intergubernamentales en España: Las relaciones de cooperación intergubernamental en la Ley de Dependencia: un paso sustantivo hacia el federalismo cooperativo», en «España y modelos de federalismo», Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Cuadernos y Debates* núm. 204, Madrid, 2010, pp. 361-386.
- TAJADURA TEJADA, Javier: «El principio de cooperación en el Estado Autonómico: concepto, presupuestos y fines», en *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 8, 2002, pp. 73-104.

DERECHO DEL TURISMO Y PROPUESTAS PARA UNA RENOVACIÓN DE LA PROMOCIÓN TURÍSTICA(*)

SERGIO CASTEL GAYÁN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. MEDIDAS DE PROMOCIÓN TURÍSTICA: RENOVACIÓN Y ORDENACIÓN.– III. RETOS DE LA PROMOCIÓN TURÍSTICA EN UN CONTEXTO MULTINIVEL: 1. Los principios de coordinación y colaboración en las Leyes de turismo: unidad y diversidad. 2. La necesaria redefinición del papel del Estado.– IV. DE LA PROFUNDIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: 1. Participación del sector privado en la promoción turística. 2. ¿Paternalismo, fiscalidad turística o sistema mixto?.– V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La consolidación de la promoción como pilar de la política turística exige una revisión legislativa que dé respuesta a los retos planteados en la actualidad. La necesidad de ordenar la diversidad de actuaciones promocionales, compatibilizar los principios de unidad y diversidad a través de una coordinación eficaz, promover la colaboración público-privada en las estrategias de comercialización y configurar nuevos cauces para financiar las estrategias promocionales, son algunos de los ámbitos que deben ser revisados por el Derecho del turismo. La adaptación del marco normativo es sin duda una exigencia para adaptar nuestro sector a las nuevas realidades turísticas.

Palabras clave: promoción turística; planificación; coordinación; cooperación público-privada; fiscalidad turística.

ABSTRACT: The consolidation of the promotion like prop of the tourist politics demands a legislative review that gives response to the challenges raised at present. The need to arrange the diversity of promotional actions, to make compatible the principles of unit and diversity across an effective coordination, to promote the public-private collaboration in the strategies of commercialization and to form new instruments to finance the promotional strategies, they are some of the areas that they must be checked for the Law of the tourism. The adjustment of the normative frame is undoubtedly an exigency to adapt our sector to the new tourist realities.

Key words: tourist promotion; planning; coordination; cooperation public-private; tourist tax system.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 16 de abril de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 2 de mayo de 2012.

I. INTRODUCCIÓN

El sector turístico ha sufrido importantes transformaciones en los últimos años. El turismo constituye un claro ejemplo de mercado globalizado en el que la competencia entre los destinos turísticos es cada vez mayor para dar respuesta a una demanda exigente y compleja. Este escenario exige alcanzar un buen posicionamiento en el mercado turístico y transitar hacia un modelo basado en la consolidación de los destinos tradicionales y el desarrollo sostenible de nuevos productos turísticos. Como acertadamente resalta la Ley asturiana, las condiciones del mercado turístico han ido evolucionando hacia una mayor complejidad, aumentando el número de competidores y de productos, mejorando notablemente la promoción de unos y otros, todo ello motivado, en gran parte, por la incorporación de nuevas tecnologías a la distribución y la comunicación (Exposición de Motivos).

Partiendo de estas premisas, es fácil de entender la importancia que ha adquirido la promoción turística, que junto a la ordenación, es el eje más importante de la política turística, entendiéndose que sin la comercialización y venta del producto no se obtienen los volúmenes económicos que han llevado al sector al primer puesto de los ingresos nacionales (1). El objetivo de esta actuación es la promoción integral de un destino turístico en los mercados nacional e internacional, con la finalidad última de incrementar las corrientes turísticas en un marco sostenible. Sobre este fin genérico, emergen en paralelo otros objetivos específicos como la promoción hacia aquellos segmentos de mercado de mayor rentabilidad y más adecuados a los perfiles actuales de la demanda; la diversificación de la oferta turística, destacando las cualidades del producto diferenciado; la desconcentración geográfica de los flujos turísticos; o la desestacionalización de la demanda hacia las temporadas bajas.

Hoy la actuación promocional se enfrenta a una serie de retos derivados de la complejidad que ha adquirido el sector turístico. Y el Derecho, como instrumento privilegiado para ordenar de forma eficaz las directrices sectoriales, está llamado a asumir un protagonismo esencial en su consideración de vehículo orientador y transformador del comportamiento de los agentes implicados en la tarea de promoción. Desde una perspectiva jurídica, el primer reto al que se enfrenta el Derecho del turismo es la depuración conceptual. La legislación vigente establece como labor específica de la Administración turística la promoción y el fomento del turismo, dos conceptos ligados íntimamente y que en ocasiones son utilizados de forma indistinta. Sin embargo, el correcto entendimiento de la promoción turística y el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las diversas medidas previstas en la Ley, exigen

(1) BAYÓN MARINÉ, F. (1992): *Ordenación del Turismo*, Madrid, Editorial Síntesis, p. 19.

una delimitación conceptual que individualice la naturaleza de cada una de ellas. Así, debe entenderse la promoción como el conjunto de actividades y medios a través de los cuales se favorece la demanda de servicios turísticos, mientras la actuación de fomento se define como la actividad encaminada a la potenciación de la oferta turística (artículo 46 de la Ley madrileña).

El Derecho del turismo se enfrenta a otros retos que son consecuencia de los rasgos estructurales que informan hoy al sector y, en concreto, a la promoción turística. En primer lugar, confluyen en el mercado una multiplicidad de actuaciones promocionales procedentes de diversas Administraciones. El Estado, cada Comunidad Autónoma y un amplio abanico de entidades locales —provincias, comarcas, municipios y otras entidades supra e incluso inframunicipales— desarrollan su propia estrategia de comercialización para promocionar el turismo de su ámbito territorial. El destino turístico es en muchas ocasiones coincidente, generando un escenario susceptible de incurrir en duplicidades y solapamientos. Esta pluralidad de Administraciones que actúan en el ámbito promocional, unido a las campañas desarrolladas por los agentes turísticos privados, exige configurar una ordenación jurídica que garantice la plena operatividad de los principios de planificación, coordinación y colaboración en aras de una mayor eficacia.

El legislador debe asumir asimismo que la promoción turística se caracteriza por un carácter marcadamente dinámico, sometido a un cambio constante que trata de dar respuesta a las variaciones de la demanda y de los canales de distribución. Esta naturaleza dinámica demanda fórmulas flexibles y ágiles que permitan una adecuación permanente a las nuevas tendencias —como la emergencia de las nuevas tecnologías como canal para el desarrollo de las estrategias promocionales— y, por tanto, la apertura de la norma a las «*nuevas formas de hacer turismo*» como complemento de calidad de los cauces tradicionales. Precisamente la multiplicidad de medidas promocionales y su coste económico obligan a abrir un debate que requiere una respuesta por el legislador: la financiación de la política de promoción. El actual contexto económico configura un escenario en el que los recortes presupuestarios son el principal instrumento para la necesaria reducción del déficit. Para ajustarse al principio de equilibrio de las cuentas públicas, el descenso de los ingresos públicos promueve una contracción de las inversiones provenientes de las Administraciones, incapaces de mantener el peso económico de la política de promoción turística. Este marco invita a diseñar un modelo que profundice en la implicación de todos los agentes, exige definir nuevas fórmulas de financiación que permitan mantener la inversión en las estrategias de promoción contando con el apoyo del sector privado como agente beneficiario de estas campañas.

El presente estudio trata de analizar la respuesta del Derecho del turismo a estos retos. Se plantean una serie de propuestas desde una mirada comparada

en la legislación iberoamericana, entendiendo que un análisis comparado es una herramienta esencial para mejorar las estrategias de la política turística actual. Aún entendiendo que las realidades jurídicas, políticas, sociales y económicas pueden ser diferentes, el mercado turístico presenta unos rasgos peculiares y relativamente uniformes. Una mirada al Derecho del turismo iberoamericano permite extraer las respuestas que se están aplicando en países de nuestro entorno ante retos similares. Así, las leyes latinoamericanas, con el objetivo de ordenar una promoción turística actualizada, redefinen espacios tan importantes como la previsión de una fiscalidad turística para financiar el elevado coste de las campañas promocionales, la colaboración del sector privado otorgando un papel activo a las asociaciones gremiales o la consolidación de cauces eficaces de coordinación que sitúan al Estado como agente privilegiado en países políticamente descentralizados.

II. MEDIDAS DE PROMOCIÓN TURÍSTICA: RENOVACIÓN Y ORDENACIÓN

La ordenación jurídica de las medidas de promoción se ha convertido en uno de los ejes principales de la Ley de turismo. Un repaso general a la legislación vigente permite extraer una serie de medidas comunes, como el diseño, la planificación y la ejecución de campañas de promoción turística (artículo 27.a de la Ley extremeña); la elaboración y desarrollo de planes y programas especiales de promoción orientados a sectores y destinos determinados (artículo 62.a de la Ley aragonesa); la participación en ferias y jornadas profesionales relacionadas con el sector turístico (artículo 42.b de la Ley madrileña); el impulso de acciones orientadas a potenciar y estimular las marcas y clubes de calidad (artículo 58.2.e de la Ley asturiana); la edición de publicaciones orientadas a la difusión y comercialización del turismo (artículo 64.e de la Ley castellano leonesa); el patrocinio de las iniciativas de promoción y comercialización de interés general para el sector turístico (artículo 62.f de la Ley aragonesa); la realización de viajes de familiarización dirigidos a tour operators y agentes del sector, tanto nacionales como extranjeros, y la organización de viajes de familiarización para medios de comunicación y prescriptores sociales (artículo 24.c y d de la Ley valenciana); o la coordinación y gestión de la información turística institucional (artículo 64.c de la Ley castellano leonesa). Junto a estas medidas generales, la legislación autonómica consolida otros instrumentos especiales que permiten cumplir eficazmente los objetivos de la promoción turística, como pueden ser las declaraciones de interés turístico, la información turística, los centros de iniciativas turísticas, las Oficinas de turismo o las comunidades en el exterior.

Definidas estas medidas como el núcleo duro de las estrategias promocionales, su plena operatividad requiere dos reflexiones. En primer lugar, los listados de medidas deben interpretarse como listas *numerus apertus*, habilitando así la posibilidad de integrar cualquier otra actividad relacionada con la promoción turística que se considere de interés y se adecue a las demandas variantes del sector. Como se ha adelantado, el dinamismo de la promoción justifica una regulación flexible y abierta, evitando una rigidez jurídica que dificulte la aplicación de nuevos canales. En este sentido conviene tener presente la transformación que las nuevas tecnologías han supuesto para las políticas de promoción turística. El creciente impulso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha sido responsable de los cambios que han afectado al funcionamiento del sector, provocando una auténtica revolución en la distribución y prestación de servicios turísticos en virtud de la utilización cada vez más frecuente del turismo *on-line*. La Administración, como promotora de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de la actividad turística (artículo 27.e de la Ley extremeña), debe gestionar el uso de estos canales desde una perspectiva global, asumiendo la necesidad de garantizar el principio de calidad en la experiencia total del usuario. El nivel de satisfacción viene determinado por la experiencia global, compuesta por los servicios turísticos y por todo el conglomerado de elementos relativos al entorno. Hoy el principio de calidad supone una apuesta global que se concreta en la calidad de destinos, recursos, servicios y empresas. Supone pasar de una preocupación esencialmente empresarial a constituirse en referente total del sector, abarcando no sólo a la actividad privada sino también a los destinos (2). Por tanto, el concepto de calidad debe trasladarse también al ámbito de la promoción *on-line*.

El uso de Internet y otras tecnologías digitales está creciendo exponencialmente para diversos usos turísticos, desde la obtención de información del destino hasta la compra online de alojamientos, medios de desplazamiento o actividades lúdicas. El turista se ha ido convirtiendo en un consumidor profesionalizado, un cliente exigente, con nuevas motivaciones y abundante información, que actúa de forma autónoma a la hora de diseñar sus viajes como consecuencia en gran medida de los últimos avances de las tecnologías de la información que están impulsando enormes cambios en el comercio en general y, lógicamente, en la comercialización y promoción de los productos turísticos. Por este motivo, tanto los portales turísticos institucionales como cualquier otro canal tecnológico requieren que en su creación y mantenimiento participe el sector privado —como agente principal del servicio turístico— y otras entida-

(2) TUDELA ARANDA, J. (2003): «La problemática jurídica de la calidad turística», en esta REVISTA, núm. 23, pp. 131-154.

des públicas —gestoras de servicios públicos esenciales para la experiencia global del turista—.

Una segunda reflexión exige detenerse en la planificación como técnica para ordenar eficazmente la diversidad de medidas promocionales. La complejidad de mecanismos y su carácter sectorial, la emergencia de nuevos canales de comercialización y el elevado número de agentes implicados en la tarea de promoción, obligan a planificar las estrategias con la colaboración de todos los sujetos implicados. La utilización de planes de promoción obedece a la necesidad de racionalizar los recursos públicos y privados destinados a estas tareas, priorizando actuaciones y acomodando la oferta turística a las exigencias de la demanda actual y potencial. Así, mientras algunas Leyes ordenan la elaboración de un plan específico de promoción turística (artículo 57 de la Ley andaluza), otras recogen la promoción turística como contenido del plan general de turismo (artículo 17.3.g de la Ley extremeña) construyendo una planificación en cascada que partiendo de este plan global desciende en programas específicos tendentes a ordenar diversas temáticas de interés para el sector, entre ellas la promoción turística. A pesar de estos mandatos legales y de la consideración del plan como premisa básica para construir una política turística coherente, ordenada y eficaz, la práctica ha sido bien diferente y algunas Comunidades Autónomas no han hecho uso de esta herramienta. Es vital revisar este déficit en aquellas Comunidades que actúan en el sector sin una hoja de ruta (3).

Un aspecto más merece especial atención para el análisis operativo de la planificación: el plan o programa de promoción turística debe ser participado, realista y objetivo. La colaboración del sector privado en la elaboración del plan constituye un requisito imprescindible para construir una planificación eficaz. Bajo los argumentos que más adelante se exponen, el plan debe ser fruto de la participación de todos los agentes implicados, tanto Administraciones como sector privado; en otras palabras, debe ser resultado de una reflexión con la sociedad civil alcanzando un documento que garantice una visión integral del turismo. Surge así con fuerza el principio de corresponsabilidad, entendiendo que los intereses turísticos son en gran parte comunes a todos los agentes implicados. Este principio rompe la clásica dicotomía liberal Estado-sociedad civil, de modo que la Administración ya no asume el rol de único agente res-

(3) Los argumentos principales de la planificación turística se encuentran recogidos con especial claridad en la Ley gallega: «*En orden a una adecuada ordenación del turismo de Galicia, la Xunta de Galicia elaborará el Plan de organización turística de Galicia, estableciendo las áreas turísticas en que se estructurará el territorio de la Comunidad Autónoma, para definir actuaciones de planificación, organización, inversión y promoción, con el objetivo de mejorar la oferta turística, la eficiencia del gasto público, la colaboración interadministrativa y la participación empresarial*» (artículo 22).

ponsable en el diseño de la planificación. El programa turístico debe hacerse de forma participada con la intervención de todos los actores concurrentes, abriendo una estrategia en la que las partes, todas ellas responsables de la consecución de los intereses turísticos, trabajan de forma conjunta.

El plan debe partir además de un diagnóstico que permita extraer una foto fija del sector, con sus debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades; un estudio exhaustivo de elementos tan importantes como la oferta turística y los déficits que presenta, los recursos turísticos existentes en el territorio o los rasgos de la demanda y las previsiones de su evolución. Desde esta perspectiva, resulta vital la creación de mecanismos de información e investigación como instrumento al servicio de una promoción estratégica, entendiendo que el turismo requiere promoción y la promoción necesita información previa. El sector turístico, cambiante y globalizado, necesita analizar continuamente los mercados para descubrir las oportunidades y amenazas del entorno, adaptar los recursos a los diversos segmentos de mercado y anticiparse a la competencia actual y potencial. En esta tarea la Administración turística está llamada a asumir una posición de liderazgo, apoyando todas aquellas estrategias y estudios que contribuyan a la investigación y al desarrollo (artículo 1.3.c de la Ley de Baleares), en colaboración de nuevo con el sector privado que, como agente implicado directamente en la oferta y prestación de servicios, obtiene una información privilegiada que le convierte en protagonista fundamental. En esta línea, algunas Leyes autonómicas vienen creando herramientas innovadoras de información (4), inspiradas en este principio de cooperación público-privada, como el Censo de promoción de la actividad turística de Castilla y León (artículo 65), el Observatorio de Turismo de Extremadura (artículo 9) o el Sistema de Información Turística de Canarias (artículo 23). Una tendencia que no es patrimonio exclusivo de la legislación española, al revés, se trata de una corriente normativa consolidada en el Derecho iberoamericano, pudiendo citar como ejemplos el Sistema de Información Turística, la Cuenta Satélite de Turismo y el Inventario Nacional de Recursos Turístico (artículos 13 y siguientes de la Ley peruana) o el Atlas Turístico (artículo 14 de la Ley mexicana).

(4) Como canal de información no hay que olvidar el papel que debe desempeñar el Registro de Turismo. En este sentido, conviene recordar que la transposición de 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») suprime la obligación de inscripción en los Registros de turismo, que pasa a ser voluntaria y de oficio por parte de los órganos competentes. Sin embargo, esta reforma no debe alterar la naturaleza del Registro, que sirve de instrumento de conocimiento del sector de forma que facilita las actividades de control, programación y planificación atribuidas a la Administración turística, así como el suministro de información a las personas interesadas (artículo 37.2 de la Ley andaluza).

III. RETOS DE LA PROMOCIÓN TURÍSTICA EN UN CONTEXTO MULTINIVEL

1. Los principios de coordinación y colaboración en las Leyes de turismo: unidad y diversidad

El turismo se ha convertido en un claro ejemplo de sector cuyo funcionamiento debe basarse en el concepto de gobernanza multinivel. Este concepto resalta que la capacidad de gobierno depende hoy de las relaciones que se establecen con una red de múltiples actores públicos y privados. Reconoce la pluralidad de instituciones y agentes con posibilidad de intervenir en los asuntos públicos como consecuencia de la interdependencia entre los mismos, exigiendo la participación y cooperación de todos ellos en la toma de decisiones, la gestión y las responsabilidades. En concreto, la teoría de la gobernanza multinivel responde a una doble realidad: la articulación y colaboración entre distintos niveles territoriales competentes en torno a objetivos de interés común; y la incorporación y participación de un número creciente de actores económicos y sociales en la toma de decisiones, consolidando una gestión en red.

Respecto a la primera realidad, conviene tener presente que el carácter transversal de la actividad turística conlleva que diferentes Administraciones incidan directa o indirectamente en el desarrollo del sector. Se genera así un escenario donde un mismo destino puede ser objeto de promoción por las estrategias estatales, autonómicas y locales, construyendo a menudo situaciones de incompatibilidad o duplicidad (5). El excesivo número de Administraciones que desarrollan una política de promoción exige reflexionar en torno a la conveniencia de este modelo. Es necesario reformular este escenario planteando si en el contexto actual es oportuno mantener las líneas promocionales de las provincias o de otras entidades supramunicipales. Además, desde el principio de eficiencia, este sistema es inviable sin la construcción de canales que permitan a los diversos entes territoriales actuar bajo los principios de coordinación y colaboración. En esta primera realidad, el concepto de gobernanza multinivel implica la interacción y colaboración entre distintas Administraciones competentes en torno a objetivos de interés común, un sistema que articule una cooperación vertical y horizontal como única vía para gestionar la complejidad del sector turístico.

(5) Como ejemplos más expresivos de este marco relacional entre Administraciones públicas, la Ley aragonesa atribuye competencias sobre promoción a la Comunidad Autónoma (artículo 7.e), comarcas (artículo 13.2.c) y municipios (artículo 14.b); la Ley canaria a la Comunidad Autónoma (artículo 5.2.b), Cabildos Insulares (artículo 6.1) y Municipios (artículo 6.2); la Ley castellano leonesa a la Comunidad Autónoma (artículo 3.1.i), provincias (artículo 4.a), comarcas (artículo 5.a) y municipios (artículo 6.b); la Ley gallega a la Comunidad Autónoma (artículo 4.c), municipios (artículo 5.a) y entidades locales supramunicipales (artículo 6.1.a); y la Ley catalana a la Comunidad Autónoma (artículo 67.1.c), municipios (artículo 68.a), comarcas (artículo 70.1.d) y provincias (artículo 71.1.b).

Con el objetivo de garantizar los principios de eficacia y unidad en las actuaciones promocionales, las Leyes de turismo atribuyen a la Administración autonómica la coordinación de las estrategias impulsadas en su territorio. Puede definir los objetivos de interés autonómico y determinar las prioridades de la acción pública en relación con la actividad turística a través de los correspondientes instrumentos de planificación; coordinación que debe respetar en todo caso los respectivos ámbitos de competencia sin afectar en ningún caso a la autonomía de las entidades locales (artículo 5 de la Ley andaluza). Una primera manifestación de esta coordinación es la comercialización unitaria mediante la promoción y consolidación de una imagen turística integral. Algunas Leyes de turismo ordenan la creación de una marca turística autonómica (artículo 63.1 de la Ley castellano leonesa) (6), considerando el territorio autonómico como destino turístico global cuya oferta requiere un tratamiento unitario en su promoción fuera de la Comunidad Autónoma (artículo 60 de la Ley aragonesa). Sin esta estrategia, la concurrencia de pequeñas marcas se convierte en inoperante dentro del complejo mercado turístico. Es necesario aunarlas en una marca integral, más competitiva para la promoción exterior. No obstante, este tratamiento unitario no es incompatible con el principio de diversidad. Al revés, la diversificación como eje inspirador del sector turístico exige que la promoción de esta imagen integre la diversidad de destinos, combinando toda la riqueza de los principios de unidad y diversidad (artículo 28 de la Ley extremeña) (7).

Para garantizar un tratamiento unitario, el Derecho del turismo también recoge un conjunto de obligaciones jurídicas que derivan de la función de coordinación que le corresponde a la Administración autonómica. Así, las ofertas turísticas impulsadas por las entidades locales en ferias o exposiciones en el exterior deben integrarse en un espacio común a la totalidad de la oferta turística autonómica, de tal forma que siempre se identifique a la Comunidad Autónoma como unidad territorial presidiendo toda promoción (artículos 41.2

(6) Algunas Leyes traducen la importancia de la marca turística en su consideración de bien colectivo que debe ser objeto de protección: «la imagen autonómica en su conjunto es un patrimonio de los valencianos, por lo que corresponde básicamente al Gobierno valenciano a través de la Agencia Valenciana de Turismo, la definición y el establecimiento de las oportunas estrategias para su comunicación» (artículo 20 de la Ley valenciana); «la imagen de la República Bolivariana de Venezuela y la de cada uno de sus destinos turísticos, se considera un bien colectivo protegido por la ley y nadie podrá apropiársela, perjudicarla o dañarla como consecuencia de actividades turísticas» (artículo 73 de la Ley venezolana).

(7) Preámbulo de la Ley aragonesa: «La pluralidad de las actividades, los recursos, las empresas y los establecimientos turísticos es prueba de la vitalidad del sector, que la Ley no pretende encorsetar, sino apoyar y potenciar. Para ello, se establece la idea y el principio de configurar Aragón como destino turístico integral, como territorio capaz de ofrecer respuestas adecuadas a muy diversas modalidades turísticas que conviene conectar entre sí».

de la Ley cántabra); las Administraciones locales que organicen sus propias campañas de promoción turística están obligadas a incluir siempre el nombre de la Comunidad Autónoma acompañado del logotipo y eslogan turístico (artículo 53.3 de la Ley canaria); en todas las campañas de promoción turística financiadas con fondos de la Administración de la Comunidad Autónoma se debe incluir la marca turística global (artículo 63.2 de la Ley castellano leonesa), pudiendo declarar obligatoria la inclusión del nombre de la Comunidad Autónoma y de los logotipos en las campañas de promoción impulsadas por las entidades locales o por empresas y asociaciones turísticas llevadas a cabo con fondos públicos (artículo 31.3 de la Ley gallega); o el establecimiento de una señalización turística homogénea que facilite la accesibilidad y el conocimiento de los diferentes recursos y destinos a los turistas, a través de un manual de señalización turística que debe ser utilizado por todas las Administraciones públicas (artículo 70.1 de la Ley castellano leonesa).

Otras técnicas de coordinación previstas en la legislación turística se sustentan en el principio de participación orgánica, de modo que la coordinación entre Administraciones públicas puede llevarse a cabo por la Comunidad Autónoma mediante la constitución de órganos multilaterales —conferencias sectoriales— o bilaterales —comisiones bilaterales— (artículo 11 de la Ley aragonesa). Si bien es un acierto el reconocimiento legal de estos órganos, también debemos resaltar la necesidad de innovar el régimen de composición y funcionamiento de estos órganos, una reforma encaminada a ampliar el espectro de agentes representados y promover su conversión en auténticos foros de diálogo y trabajo conjunto.

Las relaciones interadministrativas en materia de turismo no se rigen exclusivamente por el principio de coordinación. Emergen con fuerza en el Derecho del turismo los principios de cooperación, colaboración e información mutua (artículo 7 de la Ley navarra), que respetan al máximo el ámbito de autonomía de cada nivel territorial. El proceso de cooperación interadministrativa debe interpretarse desde el pleno reconocimiento de un espacio común en el que se puede y debe converger para definir compartidamente las estrategias turísticas, y desde el reconocimiento de otros espacios singulares propios —que no independientes ni separados— para la acción autónoma, diversa y responsable. Espacios propios, pero complementarios, en la necesaria búsqueda de sustancial coherencia y funcionalidad para el sistema turístico (8).

La cooperación interadministrativa se articula fundamentalmente a través de convenios, que se han convertido en el instrumento por excelencia para

(8) BLANCO HERRANZ, F.J. (2006): «Los principios generales del Derecho del turismo», en JOSÉ TUDELA ARANDA (dir.), *El Derecho del turismo en el Estado autonómico*, Zaragoza, Cortes de Aragón, p. 126.

formalizar las relaciones entre Administraciones públicas con competencias concurrentes en materia de turismo (9). A través de ellos, las Administraciones se comprometen conjuntamente, en pie de igualdad y de forma voluntaria, al cumplimiento de una serie de obligaciones determinadas, sin que ello suponga alteración alguna en la titularidad de las competencias que ostenten (10). También los consorcios turísticos se han consolidado como un instrumento útil para incorporar en una acción conjunta a las diversas Administraciones, si bien su utilización se ha extendido a la gestión de servicios locales más que a la promoción turística. Otras técnicas han ido adquiriendo en los últimos años la naturaleza de imprescindibles para encauzar el principio de colaboración en la actuación promocional, como el asesoramiento a las entidades locales, cuando éstas así lo soliciten, en los asuntos relativos a la promoción que pertenezcan al ámbito de sus competencias (artículo 8.3 de la Ley asturiana) o la aprobación de planes y programas conjuntos (artículo 6.2 de la Ley aragonesa).

Las actuaciones concertadas se han incrementado significativamente en el ámbito de la cooperación vertical. Sin embargo, ha existido un importante déficit en las relaciones de cooperación horizontal entre Comunidades Autónomas y de cooperación transfronteriza, ámbitos que están siendo revisados por el legislador. El desinterés del Estado por potenciar la colaboración interautonómica, la insuficiente voluntad de las Comunidades Autónomas por abrir espacios de trabajo conjunto concentrando los esfuerzos en reivindicar su propio espacio turístico, o el carácter restrictivo del artículo 145.2 CE'78, son algunas de las razones que explican el deficiente funcionamiento de las relaciones horizontales. Los convenios se han convertido en un instrumento esporádico, mientras otros cauces de cooperación como los proyectos y planes conjuntos, los procedimientos participados o los órganos de trabajo conjunto, apenas han tenido aplicación en el sector turístico. Es necesario generar una cultura inspirada en la complementariedad, considerando los territorios autonómicos no como competidores sino como aliados para ofertar recursos e incrementar así cuotas de mercado. Los cambios estructurales en los patrones de consumo turístico aconsejan que las Comunidades Autónomas con intereses comunes establezcan vías estables de cooperación para acometer de manera conjunta iniciativas que respondan a las necesidades

(9) Mención especial merecen los convenios para la promoción y comercialización previstos en el artículo 35 de la Ley valenciana, que pretenden dar apoyo técnico y financiero a la promoción de aquellos municipios turísticos que realicen acciones programadas tendentes a comunicar y comercializar sus productos turísticos contando con la participación económica y estratégica del sector.

(10) MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L. (2006): «La organización administrativa del turismo. La Administración turística de la Comunidad Autónoma», en JOSÉ TUDELA ARANDA (dir.), *El Derecho del turismo en el Estado autonómico*, Zaragoza, Cortes de Aragón, p. 185.

del sector (11). Desde esta perspectiva, se está consolidando el impulso de la colaboración horizontal a través de iniciativas como el *Convenio de colaboración entre diversas Comunidades Autónomas para la definición de estrategias comunes orientadas a impulsar actuaciones conjuntas en materia turística*. Este convenio identifica como eje estratégico la coordinación de las acciones de promoción y comercialización del multiproducto turístico de interés común, el apoyo a la consolidación del turismo y el fortalecimiento de las relaciones con el resto de Comunidades Autónomas y otros países con posibles sitios de mercado de interés.

Respecto a este último ámbito relacional, son precisamente las últimas Leyes de turismo aprobadas en nuestro país las encargadas de abrir una nueva etapa basada en la cooperación entre regiones transfronterizas con intereses comunes y, en general, con entidades internacionales de incidencia en el sector turístico. Las actuaciones de promoción comprenden la concertación de acciones conjuntas no sólo con el Estado, las entidades locales y otras Comunidades Autónomas, sino también con las Administraciones de regiones transfronterizas, como Portugal (artículos 64.h de la Ley castellano leonesa, 92.2.d de la Ley gallega y 27.f de la Ley extremeña) o con países que compartan estrategias comunes, especialmente de la Unión Europea y Latinoamérica (artículo 64.h de la Ley castellano leonesa). Con acierto, la Ley de Castilla y León incorpora una visión amplia y global de la colaboración turística exterior, añadiendo la participación en acciones coordinadas con organismos internacionales, especialmente con la Unesco, que incidan de forma positiva en la imagen de los recursos y productos turísticos de la Comunidad Autónoma; así como la participación en actividades promocionales con las redes de carácter nacional e internacional, especialmente con aquellas en las que la Comunidad tiene una mayor presencia.

2. La necesaria redefinición del papel del Estado

La complejidad del sector turístico, la multiplicidad de Administraciones que intervienen en la materia y, en definitiva, el contexto globalizado en el que se desarrollan las estrategias de promoción turística, exigen redefinir el papel del Estado potenciando su figura como instancia superior en la formulación de una política común. La Constitución Española (CE'78) establece el turismo

(11) Los Estatutos de última generación pretenden profundizar las relaciones horizontales, impulsando una mayor colaboración para la fijación de políticas comunes, para el mejor ejercicio de sus competencias y para el tratamiento de asuntos de interés común (artículo 91 del Estatuto aragonés). En concreto, el impulso de las relaciones de colaboración entre las Comunidades Autónomas se asume con intensidad en las últimas Leyes de turismo aprobadas en España (artículos 92.2.d de la Ley gallega, 27.f de la Ley extremeña y 64.h de la Ley castellano leonesa).

como una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 148.1.8 CE'78, en la materia de «*promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial*» (12). El mejor conocimiento del territorio, el fracaso de la gestión centralización y el que ya se hubiese iniciado el proceso de traspaso a algunas Comunidades, fueron las principales razones que motivaron tal previsión constitucional (13). En concreto, la atribución de esta competencia a las Comunidades Autónomas encuentra justificación en la necesidad de adecuar a las circunstancias de cada territorio la política turística a desarrollar. En este sentido, con acierto se afirma que la política ni puede ni debe ser la misma en Comunidades de un elevado desarrollo turístico que en Comunidades de escaso potencial turístico, debe ser diferente en una Comunidad donde prima una determinada modalidad turística a otra cuyos recursos turísticos hagan viable otra diferente. La autonomía como capacidad de respuesta diversa a situaciones diversas, adecuándose a las circunstancias concretas de cada supuesto y utilizando un instrumento tan cualificado como es la Ley, adquiere toda su legitimidad (14). Este reparto competencial y la autonomía política máxima en esta materia ha ofrecido toda su virtualidad al permitir a regiones con realidades turísticas muy diferentes respuestas también distintas, sin olvidar que esta autonomía organizativa y política se ha traducido en diversos modelos que se han ido enriqueciendo mutuamente (15).

No obstante, y aunque el artículo 149 CE'78 no atribuye competencia específica a favor del Estado, el carácter transversal y multidisciplinar del

(12) Respecto a la distribución competencial, véase SALGADO CASTRO, A. (1996): «La distribución de competencias en materia de turismo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 9, pp. 319-336; GUILLÉN GALINDO, M.A. (1999): «La distribución de competencias en materia turística entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Especial referencia a la Comunidad Valenciana», en DAVID BLANQUER CRIADO (dir.), *Turismo (organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 37-60; CEBALLOS MARTÍN, M.M. y PÉREZ GUERRA, R. (1996): «A vueltas con el régimen jurídico-administrativo de la distribución de competencias en materia de turismo y de otros títulos que inciden directamente sobre el mismo: el ejercicio de las competencias turísticas por la Comunidad Autónoma Andaluza», en *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 27, pp. 95-170; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2008): «Sobre la distribución de competencias en materia de turismo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, pp. 369-406; GALLARDO CASTILLO, M.J. (2001): «La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las Leyes autonómicas: su promoción y ordenación», en *Documentación Administrativa*, núm. 259-260, [ejemplar dedicado a Administración pública y turismo], pp. 71-94.

(13) PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (2004): *Derecho Público del Turismo*, Navarra, Aranzadi, p. 40.

(14) TUDELA ARANDA, J. (1997): *Estudios sobre el régimen jurídico del turismo*, Madrid, Diputación Provincial de Huesc.

(15) VOGELER RUIZ, C. y HERNÁNDEZ ARMAND, E. (1999): *Estructura y organización del mercado turístico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 82.

turismo habilita al Estado para ampararse en alguno de los títulos competenciales comprendidos en el artículo 149.1 CE'78 referidos a materias conexas e incidir en la materia turística. Desde esta perspectiva, se afirma que la competencia autonómica sobre el turismo se convierte en concurrente cuando afecta a determinados ámbitos en los que el Estado tiene competencia (16). En efecto, existen títulos competenciales estatales que inciden en el turismo, como las relaciones internacionales (artículo 149.1.3), el comercio exterior (artículo 149.1.10), las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13) o la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (artículo 149.1.30).

La competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica permite al Estado intervenir sobre el turismo en razón de la incidencia que éste tiene en el conjunto de la economía, y su importancia relativa como factor de desarrollo económico y de creación de empresas y empleos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha permitido que el Estado realice una actividad de planificación y de fomento respecto de todos los sectores de la economía, incluidos aquellos que como el turismo son de competencia autonómica exclusiva (entre otras, véanse las SSTC 1/1982, de 28 de enero; 32/1983, de 28 de abril; y 179/1985, de 19 de diciembre). El comercio exterior y las relaciones internacionales, por su parte, se configuran como competencias que inciden directamente en la promoción exterior del turismo. La STC 125/1984, de 20 de noviembre, afirma la importancia de los ingresos que la actividad turística proporciona a la economía nacional, y convierten sin duda al turismo en una de las partidas más significativas de la balanza exterior (FJ 1º). Por tanto, la promoción exterior del turismo adquiere desde esta perspectiva una dimensión que la sitúa dentro de la competencia estatal del artículo 149.1.10 CE'78.

La calificación de exclusividad a favor de las Comunidades Autónomas está lejos de ser clara y pacífica, teniendo cuando menos un *«carácter marcadamente equívoco como se ha reseñado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional»* (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1º; y 5/1982, de 8 de febrero, FJ 1º). Así, la STC 125/1984, de 20 de diciembre (FJ 1º), afirma 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*

(16) GARCÍA MACHO, R.J. (2000): «La legislación turística: naturaleza jurídica, relaciones entre derecho estatal, autonómico y local», en *Lecciones de Derecho del Turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 30.

que una materia, en concreto el turismo, tenga dimensiones clasificables dentro de otro concepto material y encajables en otro título competencial».

La STC 125/1984, de 20 de diciembre, analiza varios conflictos positivos de competencia promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Gobierno de Canarias y el Gobierno valenciano, en relación con el Real Decreto 2288/1983, de 27 de julio, por el que se establece para los hoteles como elemento promocional la distinción especial «Recomendado por su calidad». El Tribunal Constitucional analiza si la creación de un distintivo incide en la competencia autonómica exclusiva sobre turismo o bien reside en la competencia exclusiva del Estado en materia de comercio exterior y ordenación general de la economía. El Tribunal concluye que la norma impugnada tiene por objeto directo la materia turismo (el Estado lleva a cabo una clasificación paralela de los establecimientos hoteleros a la par que ejerce directamente una función inspectora que no le corresponde), entendiéndose que los efectos que su ejecución produce sobre el comercio exterior son indirectos y de escasa entidad. El artículo 149.1.13 CE'78 no puede ser aplicable en este caso, pues ni debe ser interpretado de 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.

Conviene resaltar, por su interés para el presente estudio, el voto particular formulado por el Magistrado J. Arozamena Sierra: *«disiento de que el RD 2288/1983 no respete esta competencia y ejercite competencia perteneciente a las Comunidades Autónomas. El Real Decreto se inserta en la promoción del turismo, arbitrando medidas que no son de ordenación del subsector de hostelería; pertenecen al campo de la promoción del mercado turístico tanto interno como internacional, regulando un elemento promocional (como es el otorgamiento de una distinción) que al incorporarse a la publicidad que realice la Administración del Estado, influye en la mejora de la calidad del producto ofrecido, y orienta un turismo selectivo»*. El voto particular intenta contestar a uno de los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado: la potestad estatal de fomento puede ejercerse incluso en los sectores donde el Estado no se haya reservado constitucionalmente competencias directas, pues el fomento a cargo del Estado va ligado a la dirección de la política económica. Además, si bien las Comunidades Autónomas tienen competencia en materia de promoción del turismo, esta competencia no puede extenderse a la promoción que se refiere al conjunto de la oferta turística española, y que como tal promoción tiene una dimensión que no es localizable en una sola Comunidad. Ni la promoción de la oferta turística española invade competencias autonómicas, pues éstas se contraen a la promoción turística de los subsectores de su territorio, ni podrían ceñirse las protagonizadas por el Estado a los sectores turísticos ubicados en un territorio y no en otros.

Del mismo modo se debe citar la STC 75/1989, de 21 de abril, que estudia los cuatro conflictos positivos de competencia promovidos por la Junta de Galicia en relación con cuatro Ordenes del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 19 de julio de 1984, y otros dos en relación con otras tantas Ordenes del mismo Ministerio de 31 de mayo de 1985, que establecen subvenciones para las actividades privadas de carácter turístico. Según el Tribunal Constitucional estas Órdenes invaden competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia. La regulación genérica de las ayudas entra dentro de la competencia estatal de ordenación general de la economía, pues cumple un objetivo de política económica como es el de la potenciación de actividades turísticas especiales que complementan la oferta tradicional y permiten corregir la excesiva estacionalidad de nuestro turismo. No obstante, la gestión de las ayudas es una competencia autonómica salvo que la gestión centralizada sea imprescindible para garantizar su efectividad. También en este caso merece especial mención el voto particular del Magistrado F. Rubio Llorente, en el que resalta que *«la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Galicia (y de todas y cada una de las restantes) para promocionar el turismo dentro de su propio territorio no significa ni puede significar que el Estado español no pueda hacer nada para promocionar el turismo español en cuanto tal, pues las actuaciones promocionales del género aquí contemplado no implican ejercicio alguno del poder (normativo o coactivo) dentro del territorio de la Comunidad Autónoma»*.

En definitiva, entendiendo que las medidas de fomento o promoción pueden provenir de distintos órdenes administrativos, la gestión de las medidas específicas es competencia de las Comunidades Autónomas, a no ser, como resalta el propio Tribunal Constitucional, que la gestión centralizada sea imprescindible para garantizar su efectividad (entre otras, véase la STC 200/2009, de 28 de septiembre) (17). Por tanto, el Estado, amparado en distintos títulos competenciales del artículo 149 CE'78, ejerce competencias en materia de relaciones internacionales, pero con el deber de información a la Comunidades Autónomas en el caso de celebración de convenios internacionales que afecten al turismo, y en materia de promoción y comercialización del turismo español en el extranjero y las normas y directrices a las que habrán de sujetarse las Comunidades cuando lleven a cabo actividades de promoción turística en el exterior (STC 125/1984, de 20 de diciembre, FJ 1º).

El reconocimiento de esta competencia estatal ha planteado conflictos frente a una Administración autonómica que mantiene que la verdadera naturaleza de la promoción turística radica en la promoción exterior. Como ha

(17) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2007): *Derecho administrativo del turismo*, 4ª Ed., Madrid, Marcial Pons, p. 58.

señalado BAYÓN MARINÉ, el problema se fue resolviendo poco a poco y más por la vía de los hechos que por la vía del Derecho. En tal sentido, las Comunidades Autónomas comenzaron a asistir a ferias internacionales y a realizar viajes de promoción al extranjero. Tras una época de conflicto con la Administración central, se tomó una actitud laxa sobre la cuestión que consolidaba tácitamente la iniciativa tomada. La práctica se había impuesto sobre una cuestión cuya lógica respaldaba la avalancha imparable de actividades programadas y al fin llevadas a cabo (18). Por su parte, PÉREZ FERNÁNDEZ añade con acierto que esta solución por la vía de los hechos encuentra también su explicación en la poca claridad del Tribunal Constitucional ante esta problemática (19).

Es cierto que la competencia promocional del turismo de las Comunidades Autónomas se extiende más allá de su propio territorio por razones lógicas de efectividad (20). Pero tampoco se debe olvidar que si cada ente territorial actúa de forma independiente se asume el riesgo de resquebrajar el principio de unidad del territorio nacional como destino turístico, generando problemas de duplicidad, incompatibilidad e ineficacia. La pluralidad de Administraciones actuantes obliga a una compleja labor de integración, entendiéndose que la actuación aislada de cada una de ellas promueve una pérdida de eficiencia y competitividad en un sector tan globalizado como el turístico. La exclusividad de la Administración autonómica en la ordenación y promoción turística debe ser matizada. Es necesario resaltar el papel del Estado como agente privilegiado para garantizar una coordinación eficaz. La atribución competencial del turismo a las Comunidades Autónomas no es ni mucho menos incompatible con la necesaria coordinación de las políticas turísticas desarrolladas por otras Administraciones públicas. Más aún, la coordinación de las políticas turísticas diseñadas por las distintas Administraciones públicas implicadas es la única vía para alcanzar de forma eficaz los objetivos propuestos (21).

Siguiendo los pronunciamientos de la STC 125/1984, de 20 de diciembre, que concluye la no entrada en juego de lo dispuesto en el artículo 149.1.13 CE'78 dado que la norma impugnada no contenía medidas o normas básicas ni coordina la planificación económica, es momento de promover una posición más activa del Estado desde estas consideraciones, haciendo uso de sus competencias de coordinación con el objeto de cerrar el reparto competencial. Es claro que al Estado le corresponde la definición de una estrategia nacional

(18) BAYÓN MARINÉ, F. (1992): *Competencias en materia de turismo*, Madrid, Editorial Síntesis.

(19) PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (2004): *Derecho Público del Turismo*, op. cit., p. 43.

(20) GALLARDO CASTILLO, M.J. (1996): «La ordenación jurídico-administrativa del turismo», en *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 25, pp. 46-47.

(21) PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (2004): *Derecho Público del Turismo*, op. cit., pp. 41-42.

en materia de turismo en coordinación con las Comunidades Autónomas y entes locales (Exposición de Motivos del Real Decreto 1693, de 22 de julio de 1994), lo que le otorga esa superioridad necesaria para el logro efectivo de objetivos coordinados (22). La ordenación jurídico-política de la promoción turística debe distinguir claramente entre el mercado interior y exterior, correspondiendo a la Administración autonómica la planificación de la política de promoción turística en el territorio nacional, y de modo concertado con la Administración del Estado fuera del territorio nacional (artículo 48.1 de la Ley murciana). Desde este marco normativo, es necesario promover todos aquellos instrumentos que garanticen la coordinación y colaboración entre los diferentes entes territoriales al objeto de unificar criterios y estrategias, sin perjuicio de la necesaria diferenciación política. La Conferencia Sectorial de Turismo, la participación autonómica en la elaboración de la planificación estatal o la aprobación de planes conjuntos, se convierten así en cauces esenciales para hacer efectiva la exigencia de coordinación y cooperación.

Un último aspecto merece ser debatido para la mejora de la ordenación jurídica del turismo. Si bien la atribución competencial a las Comunidades Autónomas es justificable por los motivos anteriormente expuestos, es significativo que el Estado no se reservase explícitamente ninguna competencia al respecto, aunque esta carencia no debe extrañar cuando el turismo no merece en la Constitución otra mención que la relativa al reparto competencial. La consolidación de nuestro sector turístico como pilar fundamental para la economía española exige corregir la ausencia de referencias constitucionales. Es necesario que el texto fundamental se adapte a la realidad actual considerando el turismo como auténtico principio rector de la política social y económica, al margen del genérico «ocio» (artículo 43.3 CE'78).

En la misma línea que el texto constitucional, los Estatutos de Autonomía tampoco contienen referencia expresa al «*hecho turístico*» al margen de la asunción competencial, siendo éste el denominador común de los vigentes Estatutos de Autonomía. De esta línea se apartan, sin embargo, algunos Estatutos de última generación, como los textos andaluz (artículo 37.1.14) y balear (artículo 24.1), que reconocen la importancia de la actividad turística y la necesidad de potenciar y fomentar su desarrollo. Sin lugar a dudas, el papel especialmente estratégico del sector turístico en estas Comunidades, así como el potencial y tradición de sus políticas turísticas, explican este reconocimiento estatutario (23).

(22) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2007): *Derecho administrativo del turismo*, op. cit., p. 55.

(23) CASTEL GAYÁN, S. y LACASA VIDAL, J. (2010): «Introducción al Derecho turístico de Aragón: evolución y situación actual», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, pp. 355-356.

Aún más, la adaptación del texto fundamental a la realidad sectorial también debe caminar hacia una redefinición y clarificación del reparto competencial. Desde una perspectiva jurídica, en los últimos años se ha promovido una excesiva diferenciación entre las Comunidades Autónomas, un proceso de profundización autonomista que dificulta la gestión eficaz para los agentes turísticos. En casos como la regulación de los requisitos de calidad o la misma ordenación del turismo rural (donde las diferencias territoriales es cierto que exigen un tratamiento diverso), la excesiva fragmentación normativa ha derivado en un marco difícil de gestionar para la empresa turística y para la promoción exterior, dado que, por ejemplo, la legislación autonómica reconoce más de cincuenta tipologías de casas rurales con un régimen específico. El correcto funcionamiento del sector turístico necesita una unificación de criterios estratégicos y, por tanto, redefinir el papel del Estado en nuestro marco constitucional.

IV. DE LA PROFUNDIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Las estrategias promocionales no son monopolio exclusivo de la Administración turística. El sector privado desarrolla una importante política de comercialización, siendo muchas y muy diversas las empresas turísticas que promocionan sus productos. Surge así el papel de la Administración como entidad que deber promover el interés público y común del sector, guiada por una actuación basada en los principios de coordinación, cooperación y participación del sector privado a fin de construir líneas comunes evitando la dispersión de esfuerzos. Emerge con fuerza, por tanto, un principio esencial del Derecho del turismo moderno: la promoción turística se debe realizar, en aras del principio de eficacia, en el marco de la colaboración público y privado (artículo 28.2 de la Ley riojana), asumiendo un protagonismo especial el asociacionismo turístico como cauce que permite aunar esfuerzos y coordinar las actuaciones promocionales (artículo 46 de la Ley navarra).

La consideración del turismo como sector multinivel no sólo exige tener en cuenta las relaciones interadministrativas. El concepto de gobernanza multinivel responde a una segunda realidad que reside en la incorporación de un número creciente de actores económicos y sociales en los procesos decisionales. La capacidad de la Administración turística depende hoy de las relaciones que se establecen con una red de múltiples actores públicos y privados, exigiendo la participación y cooperación de todos ellos en la toma de decisiones y gestión de las directrices diseñadas. De este modo, la interacción de los poderes públicos y agentes privados mediante una gestión en red contribuye a mejorar las condiciones de las políticas turísticas, asegurar la eficacia de las mismas

y propiciar la adhesión a la acción pública. La concertación se convierte en principio general de la política turística, en virtud del cual las decisiones y actividades del sector se fundamentan en acuerdos para asumir responsabilidades, esfuerzos y recursos entre los diferentes agentes comprometidos, tanto del sector público como del sector privado nacional e internacional, para el logro de los objetivos comunes que beneficien el turismo (artículo 2.1 de la Ley colombiana).

1. Participación del sector privado en la promoción turística

La interdependencia de todos los sectores involucrados en el turismo requiere una estrategia de convergencia, definiendo los principios de participación y colaboración público-privada como ejes esenciales del Derecho del turismo y, por ende, de la política turística, en cuyo diseño se debe incorporar la perspectiva y las aportaciones de la sociedad civil. En concreto, la preponderancia de la iniciativa privada en el sector turístico exige el diálogo continuo entre los agentes privados implicados y la Administración, cualquier iniciativa pública debe ser elaborada con la participación de la industria turística que se encuentra capacitada para informar al sector público de las necesidades y debilidades que deben ser subsanadas (24). Una industria tan fragmentada en la que interviene un gran número de empresas —turísticas y no turísticas— y de entidades públicas —de diferentes ámbitos sectoriales y territoriales—, exige una estrecha cooperación de todos los agentes implicados. Es necesario proclamar la conjunción de la actuación pública y privada dado que la dependencia entre ambos sectores es mutua. De la misma manera que el sector privado necesita un entorno adecuado en términos de infraestructura, transporte y demás servicios públicos para el óptimo rendimiento de su actividad, las instituciones públicas no pueden prescindir de los actores privados a la hora de hacer efectivas sus medidas ante problemas globales.

El Derecho del turismo ha asumido la necesidad de promover la participación del sector privado configurando un marco normativo que recoge continuas referencias al impulso de este principio. Así, el estatuto jurídico de la empresa turística reconoce con carácter general el derecho a participar en la adopción de decisiones por los poderes públicos (artículo 34.d de la Ley gallega) y proponer cualquier acción que pueda contribuir al desarrollo turístico (artículo 33.e de la Ley navarra). La Ley de turismo abre una visión proactiva de la empresa turística, reconociendo el derecho a participar e impulsar el desarrollo

(24) ZAMORA ROSELLÓ, M.R. (2008): «La ordenación de los recursos turísticos», en SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS, JOSÉ MARÍA PÉREZ MONGUIÓ y SANTIAGO PRADOS PRADOS (coord.), *Estudios sobre derecho andaluz del turismo*, Junta de Andalucía, p. 153.

y ejecución de programas de cooperación pública y privada de interés general para el sector (artículo 23.e de la Ley aragonesa); proponer la realización de estudios, investigaciones, publicaciones o cualquier otra actuación que contribuya al progreso y a la dinamización del sector turístico (artículo 15 de la Ley castellano leonesa); y, como derechos específicos en el ámbito objeto de este estudio, participar en las actividades de promoción turística (artículo 35.d de la Ley catalana) y ser informadas de los planes de promoción turística que lleve a cabo la Administración autonómica (artículo 10.2 de la Ley castellano-manchega). Un reconocimiento normativo que se cierra finalmente con el mandato dirigido a la Administración turística de impulsar la participación real y efectiva de empresas públicas y privadas, de las cámaras de comercio, de las agrupaciones y asociaciones empresariales y profesionales, apoyando sus actuaciones cuando tengan por objeto la promoción y divulgación de la oferta turística (artículo 10 de la Ley extremeña).

Si bien es cierto que el Derecho del turismo convierte la participación en principio informador de la política turística, su plasmación legal y práctica queda desdibujada. En líneas generales, la participación en la formulación de las decisiones estratégicas se canaliza a través de instrumentos de carácter orgánico y funcional. Dentro de la estructura organizativa de la Administración turística han adquirido un especial protagonismo los órganos encargados de facilitar la participación de todos los sectores implicados en la actividad turística. El principio de participación encuentra reflejo legal en la generalización de estos órganos consultivos, garantizando un cauce de intervención en la definición de la política turística en general y de las estrategias promocionales en particular.

Especial mención merecen las previsiones contenidas en las últimas Leyes autonómicas de turismo, que manifiestan una clara voluntad de profundizar el elemento participativo en la definición de la promoción turística. La Ley de Castilla y León ha dotado al Consejo Autonómico de Turismo de una nueva estructura organizativa y de mayores competencias que su antecesor, así como de una participación más plural (Exposición de Motivos), precisando a nivel legal una estructura interna que trata de responder a temáticas de especial trascendencia para el funcionamiento del sector. Una de estas temáticas se halla íntimamente conectada con la estrategia de promoción, al integrar en el seno del nuevo Consejo el Centro de análisis turístico, como herramienta al servicio de las Administraciones y del sector turístico que tiene como misión analizar de forma científica la evolución de la actividad turística en la Comunidad Autónoma; y el Comité permanente de desarrollo de nuevos productos turísticos, órgano asesor encargado de realizar propuestas de nuevos productos. La Ley extremeña, por su parte, tras proclamar la voluntad de potenciar la participación a través del renovado Consejo de Turismo (Exposición de Motivos), revisa

su ámbito organizativo y funcional expresando una posición más proactiva de este órgano que asume, entre otras, la función de proponer cualquier acción que pueda contribuir a la promoción del sector turístico.

Desde una perspectiva comparada, conviene resaltar aquellos órganos consultivos creados específicamente para garantizar la coordinación del sector público y privado en las tareas de promoción. Entre estos, es ejemplo el Consejo Consultivo de Promoción Turística de Chile, cuyo objeto primordial es asesorar y colaborar con el Comité de Ministros del Turismo en la formulación de la política nacional de promoción del turismo, tanto a nivel nacional como internacional. En concreto, le corresponde al Consejo diseñar, preparar y proponer a la Subsecretaría de Turismo los planes y programas de promoción del turismo nacional y velar por su cumplimiento (artículo 27 de la Ley chilena). El Consejo está presidido por el Subsecretario de Turismo e integrado, además, por el Director Nacional del Servicio Nacional de Turismo y directivos superiores de los organismos y servicios públicos que tengan a su cargo programas de promoción, desarrollo o fomento de la actividad. En igual número está integrado por entidades gremiales que representan los intereses de las empresas que desarrollan sus actividades en el sector.

Por su parte, a través de la participación funcional la empresa turística informa los planes y programas de promoción, garantizando que la planificación se ajuste a las necesidades reales del sector. Sin embargo, hay que proclamar la necesidad de una participación más activa del sector privado en la definición de las estrategias promocionales, diseñando un marco normativo que no sólo ordene el trámite de información pública, sino también la puesta en marcha de cauces innovadores que permitan un debate efectivo y de calidad entre todos los agentes y una construcción común en el modelo turístico que se pretende implantar. Los cauces funcionales innovadores que se vienen aplicando en otros sectores —servicios sociales, urbanismo o medio ambiente— no encuentran reflejo legal en el sector turístico, quedando marginados en un contexto normativo que efectúa declaraciones continuas a favor de la participación orgánica.

Por tanto, considerando la compleja naturaleza del sector turístico y como respuesta a los retos planteados, es fundamental un proceso de renovación jurídica que incorpore una participación más activa, transitando del modelo orgánico formal a un sistema abierto y dinámico en el que los cauces orgánicos actúen como verdaderos foros de reflexión conjunta y los instrumentos funcionales garanticen una participación más intensa del sector privado.

2. ¿Paternalismo, fiscalidad turística o sistema mixto?

La importancia estratégica de la promoción turística se ha traducido en la creación de organismos específicos para su gestión. Las Comunidades Autónomas han optado mayoritariamente por encomendar la promoción a empresas públicas creadas a tal efecto. La multiplicidad de objetivos estratégicos, la realidad cambiante del sector y la complejización sectorial, han influido en el desplazamiento de la gestión turística desde mecanismos insertos en la gestión ordinaria de la Administración hacia fórmulas más flexibles ligadas normalmente a un régimen jurídico de Derecho privado. En concreto, es en la política de promoción donde con mayor intensidad se observa la utilización de estas fórmulas instrumentales, mientras en la ordenación del sector se mantiene el protagonismo de la Administración ordinaria (25).

En este marco, es necesario abrir un debate en torno a la necesidad de eliminar la exclusividad del sector público en las tareas de promoción. Se trata de inaugurar un proceso que renueve las fórmulas de promoción turística transitando del modelo tradicional, en el que el sector público asume la mayor parte de la financiación y gestión, a un nuevo sistema que fomente una mayor participación del sector privado, respondiendo a la voluntad compartida de trabajar de forma más coordinada con el resto de Administraciones públicas y en colaboración con el conjunto de empresas privadas. Las actuaciones de promoción conllevan un importante desembolso económico que operando individualmente no se puede sufragar y es ineficaz, haciendo insostenible ese modelo tradicional basado en los aportes públicos, más aún en un contexto económico como el actual en el que la austeridad se ha convertido en el faro que ilumina los presupuestos públicos.

Es vital que todos los agentes implicados cooperen económicamente (26), impulsando una nueva estrategia de promoción inspirada en los principios de eficacia y corresponsabilidad. Entendiendo que todos los agentes turísticos son responsables del funcionamiento y desarrollo del sector, resulta vital la creación de un fondo común constituido por los aportes de todos los agentes y cuyo montante permitiría incrementar la eficiencia de la estrategia de comercialización, a diferencia del modelo de promoción en el que la inversión es exclusivamente individual y fragmentada. Si el estatuto jurídico de la empresa turística reconoce el derecho a beneficiarse de las actividades de promoción turística realizadas por la Administración (artículo 7.1 de la Ley riojana); a ser incluidas en los catálogos, directorios, guías y sistemas informáticos, ofreciendo información sobre las instalaciones, características y oferta específica de sus

(25) CORCHERO PÉREZ, M. (2008): *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, Madrid, Iustel, pp. 223-224.

(26) PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (2004): *Derecho Público del Turismo*, op. cit., p. 323.

establecimientos en la promoción turística realizada por la Administración turística (artículo 42.1 de la Ley murciana); a acceder a la información en poder de las Administraciones turísticas (artículo 35.e de la Ley catalana); o a recibir subvenciones para estimular la realización de las acciones fijadas en los programas de promoción y fomento del turismo (artículo 44.1 de la Ley castellano-manchega); y entendiendo que los beneficios de las campañas promocionales repercuten directamente sobre el sector privado, la lógica económica y política justifica la creación de cauces que garanticen el apoyo económico del sector privado en las actuaciones promocionales.

Como resalta la Ley 15/2007, de 5 de diciembre, por la que se crea la Agencia Catalana de Turismo, la actividad turística se desarrolla en un entorno cada vez más competitivo, donde la Administración debe potenciar y coordinar la promoción turística llevada a cabo por el conjunto de entes públicos y privados que actúan en esta materia. La Ley catalana recuerda el surgimiento en los últimos años de un debate sobre cuál es el modelo de promoción turística que responde con más eficacia, eficiencia y agilidad a las características de la situación descrita. A pesar de que el modelo tradicional mencionado ha comportado un importante avance en la promoción turística y ha conseguido destacados objetivos en este ámbito, las nuevas circunstancias aconsejan la adopción de un nuevo modelo que fomente una mayor participación de la empresa turística en la promoción. Se trata de poner a disposición del sector privado una herramienta que facilite su mayor implicación en las acciones promocionales, sin perjuicio del importante papel de garantes del interés general que deben seguir ejerciendo las Administraciones públicas en este ámbito (Preámbulo).

La Agencia Catalana de Turismo nace inspirada en los principios de codecisión y de cofinanciación de los agentes públicos y privados, adoptando la forma jurídica de entidad de derecho público sometida al Derecho privado. Se configura como un instrumento ágil, flexible, eficiente y moderno que facilita la colaboración entre el sector público y el sector privado, la descentralización de la gestión y, en definitiva, la máxima rentabilidad y racionalización de los recursos destinados a la promoción turística. El Consejo de Dirección de la Agencia es el máximo órgano colegiado del organismo y está formado por el sector público, representado por la Generalitat de Cataluña y los organismos promocionales locales, y el sector privado, representado por el Consejo General de Cámaras de Cataluña. Para formar parte del Consejo de Dirección de la Agencia es necesaria una aportación económica, atendiendo así a los criterios básicos de responsabilidad de sus miembros en la codecisión y la cofinanciación (27).

(27) En el Derecho del turismo latinoamericano se han creado órganos de naturaleza similar. Entre otros, se pueden citar la entidad Promoción Boliviana de Turismo (artículo 21); el Consejo de Promoción Turística de México (artículo 39); el Fondo Nacional de Turismo de Panamá (artículo 14); o el Instituto Nacional de Promoción Turística de Argentina (artículo 13).

Otra fórmula que surge con fuerza en los últimos años en torno a este debate es la creación de figuras impositivas de naturaleza finalista, destinadas a financiar la política de promoción turística que de otra manera puede perder protagonismo. Esta estrategia, inspirada en el principio de corresponsabilidad, se extiende progresivamente en el Derecho comparado, en países europeos como Francia o Italia, donde se prevén una tasa turística en determinados destinos, así como en Latinoamérica, donde las Leyes de turismo regulan exhaustivamente estas figuras. Uno aspecto fundamental de este modelo es determinar a quién se le atribuye la condición de sujeto pasivo, bien a la empresa turística bien al usuario turístico.

Como ejemplo del primer caso, la Ley venezolana (artículo 15) establece que los prestadores de servicios turísticos deben cancelar la contribución especial equivalente al uno por ciento de los ingresos brutos mensuales obtenidos, sin que en ningún caso pueda ser transferido al usuario final. El monto de la contribución especial se destina a los planes de promoción turística —además de planes de capacitación y formación de los ciudadanos para el desarrollo del turismo—. La contribución especial percibida por el Instituto Nacional de Turismo es distribuida, a criterio del Ministerio del Poder Popular con competencia en turismo, y dependiendo del volumen de ingresos obtenidos, con hasta un cuarenta por ciento a los Fondos Mixtos debidamente constituidos para el cumplimiento de los fines de promoción y capacitación. Por su parte, la Ley de Colombia crea la *contribución parafiscal para la promoción del turismo* (artículo 40), que se liquida trimestralmente por un valor correspondiente al 2.5 por mil de los ingresos operacionales vinculados a la actividad sometida al gravamen. Son aportantes de esta contribución parafiscal la mayoría de agentes turísticos privados —hoteles y centros vacacionales; agencias de viajes; operadores profesionales de congresos, ferias y convenciones; parques temáticos, etc.—, sin que en ningún caso esta contribución pueda ser trasladada al usuario (artículo 40). El producto de esta contribución parafiscal se lleva a una cuenta especial bajo el nombre de Fondo de Promoción Turística, creado para el manejo de los recursos provenientes de esta contribución. Este Fondo, cuyos recursos se destinan a la ejecución de proyectos de competitividad, promoción y mercadeo con el fin de incrementar el turismo interno y receptivo (artículo 43), tiene una composición mixta, con un Comité Directivo compuesto por representantes de la Administración y de las organizaciones gremiales de aportantes. En términos similares configura la Ley ecuatoriana el denominado Fondo de Promoción Turística, gobernado por el Consejo de Promoción del Turismo conformado por la Federación Nacional de Cámaras de Turismo y delegados de los organismos gremiales de turismo, y entre cuyos recursos se halla, entre otros, la contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos que deben pagar anualmente todos los establecimientos prestadores de servicios al turismo.

En otros países, la legislación turística atribuye la condición de sujeto pasivo al usuario turístico. Si la carga tributaria sobre la empresa turística encuentra su fundamento en los principios de eficiencia y corresponsabilidad, así como en los beneficios directos de los programas públicos de promoción, la carga sobre el turista se basa en el principio de calidad (28). Como acertadamente se ha señalado, una política de calidad supone un importante crecimiento de los costes del producto turístico y una ventaja para el turista. Es razonable pensar que una manera de financiar esa política es la de profundizar en la fiscalidad turística, que ha de enmarcarse en un campo esencial como es el de la financiación de una política que con los nuevos parámetros (sostenibilidad, ética, turismo social y calidad) es cada vez más cara (29).

En esta línea y centrando el análisis en el ámbito de la promoción turística, la Ley argentina impone el 5% del precio de los pasajes aéreos y marítimos al exterior; y los fluviales al exterior, vendidos o emitidos en el país y los vendidos o emitidos en el exterior para residentes argentinos en viajes que se inicien en el territorio nacional (artículo 24.b). El 40% de este impuesto, incrementado hasta un 10% por el Poder Ejecutivo Nacional, se destina al Instituto Nacional de Promoción Turística, ente de derecho público no estatal, compuesto por representantes de la Cámara Argentina de Turismo, cuyo objeto es desarrollar y ejecutar planes, programas y estrategias de promoción del turismo receptivo internacional. Según la Ley de Paraguay (artículo 28), la Secretaría Nacional de Turismo fija la tasa de salida internacional, vía aérea, terrestre y fluvial, exceptuando de su aplicación a quienes formen parte de unidades de transporte de cargas, a quienes realicen viajes a ciudades fronterizas sin pernoctar y sin fines turísticos, a los menores de catorce años de edad y a los estudiantes beneficiados por becas para realizar estudios en el exterior. Por su parte, la Ley de El Salvador recoge una contribución especial para la promoción del turismo (artículo 16), que cuenta con dos hechos generadores diferenciados: el

(28) Como ejemplos de fiscalidad turística fundamentada en el principio de calidad, en la legislación latinoamericana se pueden citar el peaje turístico colombiano para el acceso a sitios turísticos de gran valor histórico, artístico y cultural, destinado exclusivamente a obras de limpieza y ornato o que conduzcan a preservar o mejorar los sitios, construcciones y monumentos históricos del municipio (artículo 25); o la tarifa peruana por concepto de visitas con fines turísticos a las áreas naturales protegidas y a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, recursos que son utilizados para la conservación, recuperación, mantenimiento y seguridad de este patrimonio (artículo 32).

(29) TUDELA ARANDA, J. (2003): «La problemática jurídica de la calidad turística», op. cit., p. 153. El profesor TUDELA ARANDA entiende que el poder público ha de saber transmitir a los ciudadanos los costes derivados de las mayores exigencias y las consiguientes necesidades financieras. Apostar por una política de calidad es apostar por un turismo más caro. Se entiende que el ciudadano es consciente de ello y que, en consecuencia, la acción pública se articula sobre el convencimiento de que al ciudadano no le importe un incremento en el coste del producto turístico si a cambio obtiene un mejor producto y menores afecciones medioambientales.

pago de alojamiento por parte del sujeto pasivo en cualquier establecimiento que preste tal servicio; y la salida del territorio nacional por parte del sujeto pasivo por vía aérea. En el primer caso, la contribución especial para la promoción del desarrollo turístico es de un 5% aplicado sobre la base del precio diario del servicio de alojamiento que utilice el sujeto pasivo. En el segundo, el monto de la contribución especial es una cantidad fija (siete dólares) por salida y por persona.

Finalmente, otros países como Nicaragua complementan ambos modelos. La Ley General de Turismo prevé el pago de tasas, tanto por el turista —tasas relacionadas con la entrada y salida en el país— como por las empresas turísticas —4% de la facturación de las empresas prestadoras de servicios de la industria turística proveniente del 15% del IVA recaudado de este sector, y 5% de la facturación de los boletos aéreos proveniente también del 15% del IVA recaudado—. Dado su carácter finalista, la Ley ordena al Instituto Nicaragüense de Turismo destinar en su presupuesto anual como mínimo el 60% de los ingresos para la promoción y mercadeo turístico.

En España esta línea de actuación se ha iniciado recientemente con el Impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos de Cataluña, creado como tributo propio de la Comunidad Autónoma por la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2012. Constituye el hecho imponible de este impuesto la estancia —entendiendo por estancia el disfrute del servicio de alojamiento, por día o fracción, con pernoctación o sin ella— que realiza el contribuyente en uno de los siguientes establecimientos y equipamientos situados en Cataluña: establecimientos hoteleros, apartamentos turísticos, campings y establecimientos de turismo rural; albergues de juventud; viviendas de uso turístico; áreas de pernoctación destinadas a albergues móviles; embarcaciones de crucero turístico; y cualquier otro establecimiento o equipamiento que se establezca por ley. En concreto, según el artículo 104 es contribuyente del impuesto la persona física que realice una estancia en cualquiera de los establecimientos y equipamientos citados, así como la persona jurídica a cuyo nombre se entrega la correspondiente factura o documento análogo por la estancia de personas físicas en dichos establecimientos y equipamientos.

La cuota tributaria se obtiene de multiplicar el número de estancias por el tipo del gravamen correspondiente según el tipo de establecimiento o equipamiento turístico. Así, para hoteles de cinco estrellas, gran lujo y embarcaciones de crucero, la tarifa es de 2,50 euros; para hoteles de cuatro estrellas y cuatro superior, de 1,25 euros en Barcelona y 1,00 euros en el resto de Cataluña; y en el resto de establecimiento y equipamientos, 0,75 euros en Barcelona y 0,50 euros en el resto del territorio. Como límite, se establece un importe

máximo de cuota, correspondiente a siete unidades de estancia por persona. Además, están exentas de la aplicación de este impuesto tanto las personas de edad igual o inferior a dieciséis años, como las estancias subvencionadas por programas sociales de una Administración pública de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Los ingresos del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos quedan afectados a la dotación del *Fondo para el fomento del turismo*, mecanismo destinado a financiar políticas turísticas para la mejora de la competitividad de Cataluña como destino turístico. En concreto, los recursos del Fondo para el fomento del turismo deben destinarse a proyectos o actuaciones que persigan la promoción turística de Cataluña; el impulso del turismo sostenible, responsable y de calidad, y la protección, preservación, recuperación y mejora de los recursos turísticos; el fomento, creación y mejora de los productos turísticos; o el desarrollo de infraestructuras relacionadas con el turismo. Sin perjuicio de este destino sectorial, el 30% de la recaudación del Fondo debe ser destinado a las Administraciones locales, en función de la recaudación correspondiente a los establecimientos y equipamientos. La ciudad de Barcelona, en concreto, participa del porcentaje del 30% del fondo establecido y del 50% del importe resultante de aplicar el incremento de tarifa de los establecimientos de la ciudad de Barcelona en relación con la aplicada al resto de establecimientos del territorio de Cataluña. El porcentaje del Fondo gestionado por las Administraciones locales debe ser destinado a la financiación de actuaciones concretas en el ámbito de la promoción turística.

Sin duda, la creación de una fiscalidad turística como la analizada en estas líneas es un cauce esencial para garantizar el mantenimiento de una inversión efectiva en las estrategias promocionales. El sector privado, como beneficiario directo de las ventajas que reportan las actuaciones de promoción desarrolladas por los poderes públicos, debe asumir la necesidad de apoyar económicamente esta línea de actuación. El Estado paternalista que otorga ayudas y subvenciones sin contraprestación es insostenible. El Derecho del turismo debe integrar al sector privado en la política promocional al máximo nivel, reconociendo el deber de contribuir al sostenimiento económico de los recursos destinados a la promoción, obteniendo a cambio ciertas ventajas como el derecho a una posición más activa y directa en los procesos decisionales.

V. CONCLUSIONES

La estrategia promocional se ha convertido en un elemento básico de la política turística. Promocionar de forma integral un territorio deviene esencial para competir en un mercado globalizado como el turístico, proyectando la

imagen de un destino para su inserción en los mercados exteriores. El objetivo principal de la promoción turística es, por tanto, incrementar los flujos turísticos desde el más absoluto respeto al principio de sostenibilidad. Pero dentro de esta finalidad genérica, surgen otros objetivos estratégicos que informan la estructura y contenido de esta actuación: diversificar la oferta turística como producto diferencial, desestacionalizar la demanda, desconcentrar geográficamente los flujos turísticos y ofrecer una imagen de calidad.

El turismo y su promoción están atravesando un periodo de importantes transformaciones. Un crecimiento extraordinario de la competencia entre destinos, los cambios en el perfil del turista, la consolidación de nuevas medidas de promoción con especial protagonismo de las nuevas tecnologías, la implicación de una amplia diversidad de Administraciones, la concurrencia de agentes públicos y privados o el elevado coste de la implementación de estrategias promocionales eficaces, constituyen hoy los principales retos a los que se enfrenta el Derecho del turismo. El legislador trata de dar respuesta a este contexto renovando un régimen jurídico que en ocasiones sufre el riesgo de su petrificación.

El legislador debe dirigir sus miras hacia un modelo en el que las actuaciones en materia de promoción se rijan por los principios de eficacia y economía de medios, buscando la máxima coordinación y colaboración entre las Administraciones públicas con competencias en el ámbito turístico y entre las mismas y el sector privado (artículo 91.2 de la Ley gallega). Pero la competencia entre los diversos destinos turísticos exige ir más allá. Es fundamental equilibrar los principios de unidad y diversidad, de modo que al hilo de la función de coordinación se apoye una imagen integral enriquecida con la diversidad de destinos. Se deben proporcionar herramientas para adaptar las estrategias de promoción a las demandas del turista actual, promoviendo líneas de información e investigación que apoyen el contenido de los proyectos. Implicar al sector privado en la política de promoción constituye otro pilar sobre el que se debe sustentar el Derecho del turismo para generar economías de escala; una participación que se extiende al plano técnico y al ámbito económico, entendiendo que su aportación funcional y económica es el único camino para mantener la competitividad de las actuaciones de promoción. Y desde esta perspectiva, surge uno de los grandes debates: la fiscalidad turística. El coste de esta política justifica la configuración de una fiscalidad que permita financiar las estrategias necesarias para competir en el complejo mercado turístico. Todo este entramado impone la exigencia de una planificación seria y rigurosa, tanto del sector turístico en general como de las actuaciones de comercialización en particular. Una planificación que sea fruto de la reflexión conjunta de todos los agentes implicados y que habilite espacios de evaluación de las campañas de promoción.

En última instancia, la consolidación del turismo como uno de los sectores económicos más importantes de nuestro país debe impulsar una redefinición del marco constitucional. Junto a su naturaleza de auténtico principio rector de la política social y económica, esta revisión también debe incluir una reformulación de la descentralización política en materia de turismo, resaltando el papel del Estado ante los problemas generados por una excesiva disparidad normativa y promocional en un contexto global.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ÁMBITO LOCAL: APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA NORMATIVA DESDE LOS REGLAMENTOS DE PARTICIPACION CIUDADANA(*) ()**

JACINTO M. PORRO GUTIÉRREZ

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.– II. LA ESTRUCTURA NORMATIVA PARA CONSTRUIR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DESDE EL ÁMBITO LOCAL.– III LA ESTRUCTURA NORMATIVA Y LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES: LOS REGLAMENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: 1. La regulación de la participación de los ciudadanos en los ayuntamientos: los Reglamentos de Participación Ciudadana.– IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.– REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN: Las posibilidades que ofrece la legislación en España para la paulatina incorporación y participación de los ciudadanos en la resolución de los asuntos públicos, no han logrado aumentar la participación efectiva de los ciudadanos. En los ayuntamientos, los reglamentos de participación ciudadana no han incorporado instrumentos o procesos que avancen hacia una democracia más participativa.

Palabras clave: participación ciudadana; gobierno local; democracia.

ABSTRACT: The possibilities offered by the law in Spain for the gradual inclusion and participation of citizens in solving public affairs, have failed to increase the effective participation of citizens. In the municipalities, the rules of participation have not included tools or processes to move towards a more participatory democracy.

Key words: citizen participation; local government; democracy.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 9 de junio de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de junio de 2011.

(**) Este artículo forma parte de la investigación desarrollada por el autor para su tesis doctoral.

I. ANTECEDENTES

En la era de la globalización de la economía y de la crisis del Estado de Bienestar, la ciudad, lo urbano y lo local, se convierten en contextos capitales para entender los cambios sociales que están sucediendo en este periodo que cabalga por las sendas que conectan los siglos XX y XXI. Entre otras razones puede argumentarse que en la actualidad, un importante número de las políticas más significativas para la vida de las personas se llevan a cabo, a veces en competencia con el Estado, desde los estados autonómicos, las regiones y especialmente desde los municipios. El ámbito de lo local se ha constituido en arena de deliberación sobre los procesos de transformación que se están produciendo en el mundo. En particular, lo local se ha presentado como el ámbito que más se ha abierto al debate sobre la transformación del modelo de democracia y de gobierno en las democracias occidentales. Concretamente, nos referimos a que en este contexto es donde se prevé poder contemplar una mayor apertura del modelo democrático representativo a los planteamientos y valores del modelo participativo.

En el contexto político y territorial de la Unión Europea, la centralidad que se atribuye al ámbito local se percibe en la apuesta por un refuerzo de lo local, mediante el reconocimiento del creciente protagonismo de los poderes locales y su papel en la democratización de la sociedad. Este fenómeno creciente de protagonismo local en Europa lo podemos observar a lo largo de todo el proceso de construcción de la Unión. Por ejemplo, desde marzo de 1994 se encuentra en funcionamiento el Comité de las Regiones, órgano de carácter consultivo, compuesto representantes de entes regionales y locales. Lo mismo podemos observar en los textos de los diferentes tratados de la Unión. En la Carta Europea de la Autonomía Local, firmada el 15 de octubre de 1985, podemos leer en su preámbulo la consideración que desde Europa se tiene de las Entidades locales como elementos fundamentales de los regímenes democráticos, junto al derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos, y la proclamación de que la autonomía local de las Entidades locales, dotadas de órganos de decisión democráticos, se constituye en uno de los pilares de la construcción de una Unión Europea democrática y descentralizada.

En el contexto español, el lugar central que en la actualidad están alcanzando la «apuesta» por la participación y la voluntad de escuchar a los ciudadanos, en especial en el ámbito local, nos muestra un fenómeno del que para encontrar precedentes tendríamos que remontarnos a los primeros años de la democracia. Ese interés renovado por la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, se ha ido evidenciando con más claridad en la mayor disposición de instrumentos y medidas que hagan posible esa participación de

los ciudadanos (1). En estrecha relación con este panorama, se encuentra la consideración de la cercanía a los ciudadanos de los gobiernos locales, como un factor que propicia y facilita una relación más estrecha y personalizada de los representantes locales con los ciudadanos y, paralelamente, una posibilidad de mayor control democrático de aquellos por parte de éstos, además de poder favorecer potencialmente el desarrollo de cauces alternativos y renovadores de participación ciudadana. Además, se considera que la cercanía favorece la eficacia del Gobierno local para solucionar o al menos paliar algunos de los problemas que aquejan al sistema democrático estatal. En cualquier caso, el supuesto del que se parte es considerar que la cercanía del Gobierno local facilitará e incrementará la eficacia, flexibilidad y sensibilidad ante las demandas y problemas sociales, así como la garantía de una mayor posibilidad de participación de los ciudadanos (2).

II. LA ESTRUCTURA NORMATIVA PARA CONSTRUIR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DESDE EL ÁMBITO LOCAL

En la Constitución Española de 1978, se manifiesta, de forma expresa, la necesidad e importancia de la participación de los ciudadanos. Así, en el artículo 9.2, localizado en el Título Preliminar, la participación ciudadana se reconoce como un principio general del ordenamiento jurídico, e interviene como un mandato vinculante para la actuación de todos los poderes públicos. Expresamente este mandato se indica así: «*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*».

En el Título 1, donde se describen los derechos y deberes fundamentales, se confirma como derecho fundamental de los ciudadanos, el sufragio universal. La Constitución, en el ámbito del art. 23.1, cuando se refiere a los asuntos públicos, aboga por la participación ciudadana y reconoce el importante lugar que ocupa la participación ciudadana, considerándola como la manera de actuar que permite y construye la democracia (3). En la Sección 1ª, «De

(1) Un buen ejemplo de esta disposición en los municipios hacia la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos puede encontrarse en: BRUGUÉ, O, y GOMÁ, R. (coords.) (1998a): *Gobiernos Locales y Políticas Públicas*, Editorial Ariel, Barcelona.

(2) BORJA, J. (1988): *Descentralización política y participación*, PPU, Barcelona, p. 287 y ss.

(3) ALBERICH, T. (1999): «Gestión pública, participación ciudadana y desarrollo local», en *Revista Política y Sociedad*, núm. 31, p. 166.

los derechos fundamentales y de las libertades públicas» en su artículo 23, el texto constitucional dice: «*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directa o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*». La mención de la participación como instrumento esencial de la democracia queda de cualquier forma limitada al modelo de la democracia representativa.

Es cierto, que en el texto constitucional no hay especificación alguna sobre la participación directa, pero tampoco se establece de antemano la imposibilidad de una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Al contrario, en principio, permite que la participación se extienda a todos los niveles, de lo que se deriva la posibilidad de expansión de la participación de los ciudadanos a las tareas propias de las Administraciones públicas. De tal modo, la Constitución permite a los miembros de la comunidad, al margen de los cauces ordinarios de participación política, la intervención directa en la actuación de las Administraciones Públicas.

En este marco constitucional, los gobiernos locales de los ayuntamientos democráticos fueron instituyendo, unos más y otros menos, instrumentos y mecanismos que han contribuido, con mayor o menor éxito, a la articulación de la participación de los ciudadanos en la vida pública local. La nueva etapa democrática en España permitió un desarrollo de la política de participación ciudadana en el ámbito local, para el que si la mención al texto constitucional es obligado, no lo es menos la de otros textos legales que se aprobaron en la década de los ochenta.

En el ámbito local hemos asistido a la puesta en práctica de procesos de descentralización administrativa y de oferta de participación ciudadana derivados, por lo general, de la entrada en vigor de leyes de obligado cumplimiento, como es el caso de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 1985 (LRBRL) (4). La gran mayoría de las recetas, los modelos de participación, que se han puesto en práctica en los ayuntamientos españoles se han construido sobre el marco legal que proporcionó esta norma jurídica.

La LRBRL en su artículo primero, califica a los municipios como «*cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos*». A pesar de esta importancia explícitamente otorgada a la participación, podemos considerarla como una legislación muy restrictiva en cuanto a las posibilidades efectivas de participación de los ciudadanos, al dejar en manos de los gobiernos locales y de otras leyes, ya sean autonómicas o estatales, el desarrollo de la puesta en marcha de instrumentos y normas a favor de la participación. En el capítulo IV,

(4) Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL), Ley 7/1985 de 2 de abril (BOE 3.04.85).

dedicado a la «Información y Participación Ciudadanas, en su artículo 69.1 dice: «Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local», pero deja libertad a cada gobierno local para dar forma a esa participación. En este sentido, como indica J. Borja, y desde un punto de vista no restrictivo, la participación ciudadana se presenta como un campo que la legislación deja abierto, en principio y formalmente, a la diversidad e innovación (5). Aunque debemos apuntar que, aunque la LBRL permite una cierta libertad para el establecimiento de medios e instrumentos de participación, la propia Ley refuerza el modelo de la democracia representativa, subrayando, a modo de advertencia que estos medios e instrumentos participativos no podrán, «en ningún caso, menoscabar las facultades de decisión de los órganos representativos dispuestos por la Ley» (6).

En este sentido, aunque este texto legal establece de forma clara e inequívoca, el deber de los Ayuntamientos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida municipal, lo hace más bien de modo genérico, y sólo indica que el medio adecuado para ello es la elaboración de los Reglamentos de Participación Ciudadana (7). Lo que no sólo muestra el carácter restrictivo de la Ley en cuanto a las posibilidades efectivas de participación de los ciudadanos, sino que otorga la capacidad y la responsabilidad del desarrollo y puesta en marcha de instrumentos y normas a favor de la participación, en exclusiva, a los gobiernos locales. De hecho, esta ley sólo incorpora como cauces de participación ciudadana el derecho a ser elegible y ser elector, y el derecho a participar en la gestión municipal de acuerdo con la legislación vigente.

Otro apoyo legislativo en el camino de la ampliación de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, fue el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 1986 (ROF) (8). En él se recogen diversos instrumentos para la participación de los ciudadanos. En concreto, estos instrumentos estarían representados por la intervención en

(5) BORJA, J (1987): *Manual de gestión municipal democrática* IEAL, Madrid, p. 135.

(6) Ver artículo 69.2.de la LBRL

(7) En numerosos Ayuntamientos se han aprobado, con mayor o menor extensión y concreción, los Reglamentos de Participación Ciudadana; y a veces también fruto de los mismos o al margen de ellos por decreto del Alcalde, se han creado Concejalías de Participación Ciudadana como instrumentos organizativos para facilitar, ordenar y coordinar la participación ciudadana. CANALES, J. M. (2005): «La democracia participativa local» en *Sistema n° 184-185*. Número de páginas: 0

(8) Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre (ROF). Aunque hay que destacar que existen casos que están fuera de esta cronología como el del Ayuntamiento de Córdoba que se dota de un reglamento de participación en 1979, al que se denominó «Reglamento de Participación Ciudadana en la Gestión Municipal».

los Plenos Municipales, posibilidad de participación muy restrictiva (9) y muy sometida al criterio arbitrario de la Corporación Municipal (10). Otros instrumentos recogidos en la norma son, las Audiencias Públicas, la intervención y representación en Comisiones Representativas, la Consulta popular/Referéndum municipal, (11) la representación de asociaciones en los Consejos o Juntas de Distrito o Barrio (12), concebidos como órganos de desconcentración de servicios. Además, se incorporan como órganos para la participación de los ciudadanos los Consejos Consultivos de carácter sectorial, en los que puede existir representación de las asociaciones (13), organizaciones a las que también se les otorga la posibilidad de estar representadas en otros organismos como las Empresas Públicas, los Patronatos y las Fundaciones Municipales.

Casi dos décadas más tarde se aprobará la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, conocida como «Ley de Grandes Ciudades» (14). En ella, se introducen algunos cambios en relación a la participación ciudadana, porque incorpora diferencias en relación a la organización y normativa de las que se pueden dotarse las ciudades de mayor población (15). Esta norma perseguía transformar el diseño institucional de los ayuntamientos, hacer más transparente la gestión pública, así como hacer más identificable las responsabilidades asociadas a la gestión. La Ley buscaba además, promover la participación de la ciudadanía en la gestión local, siguiendo la recomendación (19) 2001 del Consejo de Ministros

(9) Así, el art. 88.3 ROF, indica que el público que asiste a los plenos no pueden intervenir a no ser que una vez terminada la sesión, la Corporación pueda establecer un turno de consultas con el público.

(10) Capítulo II del Estatuto del vecino, Título VII del ROF. En el artículo 228, se indica que pueden los ciudadanos organizados, a través de las asociaciones de vecinos, exponer ante el Pleno Municipal algún asunto, siempre que cuenten con la previa autorización del Alcalde.

(11) La legislación estatal recoge como medio de carácter excepcional, limitado a ciertos supuestos, y de carácter voluntario para los Ayuntamientos, la Consulta popular, o Referéndum a nivel local. Las características fundamentales de este procedimiento, son las siguientes: a) No es vinculante su resultado; b) Es potestativo del Ayuntamiento, y necesita mayoría absoluta en el Pleno para su aprobación; c) Es necesaria la aprobación expresa y previa para su realización del gobierno central; d) El objeto del referéndum deber ser sólo competencias locales y propias; e) Se excluye del objeto del referéndum la hacienda local.

(12) Art. 128 y 129 del ROF.

(13) Art. 130, 131 y 235 del ROF.

(14) Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, cuya necesidad y la urgencia era reclamada, desde la consideración de la singularidad de la gestión local de las grandes ciudades, al igual que acontece en muchos países de la Unión Europea y occidentales desde la Asamblea de A Coruña de la F.E.M.P., en noviembre de 1.993.

(15) En concreto esta Leyes de aplicación a aquellas ciudades de más de 250.000 habitantes, capitales de provincia y municipios de más de 75.000 habitantes con circunstancias especiales económicas, sociales, histórica o culturales.

del Consejo de Europa, según la cual, se invitaba a los poderes públicos, una vez detectado el problema de la desvinculación de la ciudadanía de las formas tradicionales de participación o el bajo grado de asociacionismo, a la implantación de nuevas formas de participación.

Esta nueva norma, aunque en su exposición de motivos y en su articulado regula la participación ciudadana, haciéndolo de un modo genérico y abierto. En realidad, lo único que logra es matizar algunos de los derechos de participación ya existentes en la legislación anterior (16). Podríamos destacar de ella, la obligación para los ayuntamientos de crear el Consejo Social, como órgano de participación ciudadana, de carácter meramente consultivo, que estaría integrado por representantes de las organizaciones económicas y sociales, profesionales y de vecinos más representativas (17); la creación de los Distritos como divisiones territoriales dotados de órganos de gestión desconcentrada (18) y la obligatoriedad del establecimiento de una norma orgánica de procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación ciudadana en los asuntos de la vida pública local (19), con lo que se obliga a los ayuntamientos a la elaboración de unas normas o un Reglamento de Participación Ciudadana (20).

(16) CANALES cuestiona esta Ley al no abordar en su opinión, algunos aspectos muy importantes de la realidad local de hoy día como los procesos migratorios y las políticas de integración multicultural; las políticas sociales y en particular las de lucha contra la exclusión social y la mención del papel del tercer sector como colaborador por delegación en la prestación de los servicios públicos locales. CANALES, J. M. (2005): «La democracia participativa local», *Revista Sistema* nº 184-185.

(17) Artículo 131, de la Ley 57/2003. En este artículo se detalla que corresponderá a este Consejo, además de las funciones que determine el Pleno mediante normas orgánicas, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos... Este nuevo órgano puede ser clave para la elaboración de un plan estratégico municipal con representación y participación de todos los sectores económicos y sociales: así como para la importante tarea municipal actual, de carácter estratégico, de impulsar el desarrollo económico y social.

(18) Artículo 128, de la Ley 57/2003.

(19) Artículo 70, bis, de la Ley 57/2003.

(20) Según F. PINDADO, la obligación a todos los ayuntamientos de tener un reglamento de participación ciudadana, parece indicar que la Ley lo que va a lograr es que antes que más participación lo que conseguirá, efectivamente, es que se elaboren y aprueben más reglamentos, en «La participación ciudadana en el ámbito local», documento consultado en www.femp.es, el 31 de enero de 2007.

III. LA ESTRUCTURA NORMATIVA Y LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES: LOS REGLAMENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Tomando como base las posibilidades que han brindado los diferentes textos legales, los ayuntamientos españoles, desde las elecciones municipales de 1979, han ido elaborando instrumentos normativos para regular la participación ciudadana, en parte empujados por la legislación de carácter estatal.

Ateniéndonos a los instrumentos que la normativa legal estatal (21) pone a disposición de los gobiernos locales para articular la participación ciudadana, y de los datos de la Encuesta sobre Participación Ciudadana de la Federación Española de Municipios y Provincias realizada en 1994 (22), manejados por C. Navarro, observamos que la mayoría de los ayuntamientos españoles, han incorporado en sus respectivos reglamentos de participación ciudadana el derecho a intervenir en los Plenos Municipales. Aproximadamente la mitad de ellos, incluyen la Audiencia Pública y un poco más de la mitad de los ayuntamientos, el 66%, incorporan prácticamente la totalidad de los instrumentos como: la intervención y representación en Comisiones Representativas, la consulta popular/referéndum municipal, la desconcentración de servicios mediante Consejos o Juntas de Distrito o Barrio, o cualquier otro órgano que crea oportuno el municipio y en el que pueda existir representación de asociaciones, los Consejos Consultivos de carácter sectorial en los que pueden existir representación de asociaciones, y la representación de asociaciones en Empresas Públicas, Patronatos y Fundaciones Municipales.

Algunos ayuntamientos han ido un poco más allá de las obligaciones que el marco legal les imponía. En este sentido, sobre todo los municipios de tamaño medio o grande han diseñado una estructura organizativa municipal que incorpora algún Departamento o Concejalía de Participación Ciudadana que muchos casos compartían recursos con otras áreas municipales (festejos, deporte, juventud, etc.) (23). En el mismo sentido, en algunos casos se han llegado a aprobar Reglamentos de Participación Ciudadana.

(21) Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 1985 (Ley 7/1985 de 2 de abril) y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 1986 (Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre), como ya indicamos establecen instrumentos de uso preceptivo y obligatorio.

(22) Los datos son los proporcionados por la Encuesta sobre Participación Ciudadana de la Federación Española de Municipios y Provincias, manejada por C. Navarro y citada por el autor en su obra *El sesgo participativo. Innovación democrática en municipios del Sur de Europa (1960-1995)*. CSIC-IESA, Córdoba, 1999.

(23) RODRÍGUEZ, T. (1995): *Las democracias participativas*, HOAC, Madrid, p. 27.

1. La regulación de la participación de los ciudadanos en los ayuntamientos: los Reglamentos de Participación Ciudadana

Los Reglamentos de Participación Ciudadana van a constituir el soporte normativo sobre el que articular la política de participación ciudadana en el ámbito local (24). Si este instrumento es un indicador de la oferta de participación que, desde los gobiernos locales, se instituye para que la voz, aspiraciones y deseos de los ciudadanos se reflejen en los procesos de toma de decisiones a nivel local, se puede afirmar que los gobiernos locales en España sí han mostrado un cierto interés por dotarse de estos reglamentos.

Como indicamos, desde las primeras elecciones democráticas, los ayuntamientos, en particular los de mayor tamaño, han ido aprobando y adoptando, con mayor o menor celeridad, sus Reglamentos de Participación Ciudadana (25). Un caso paradigmático es el del Ayuntamiento de Córdoba, que ya en octubre de 1979, tan sólo seis meses más tarde de las primeras elecciones municipales democráticas, aprobó en Pleno el «*Reglamento de Participación Ciudadana en la Gestión Municipal*», un hito en la política local de participación ciudadana en España, ya que se adelanta al resto de las ciudades españolas en casi una década.

Tomando los datos aportados por la «*Encuesta sobre Participación Ciudadana en Municipios de más de 20.000 habitantes*» realizada por la Federación Española de Municipios y Provincias en 1994 (26), se observa que, a mediados de la década de los 90, el 60% de los municipios españoles mayores de 20.000 habitantes tenían ya un instrumento normativo que regulaba las relaciones entre gobierno local y ciudadanía para la participación en los asuntos públicos (27). De estos casos, el 25% lo habían adoptado entre los años 1979 y 1984, el 45% entre 1985 y 1990, y el 30% entre 1991 y 1993.

(24) La excesiva importancia otorgada en algunos casos a la redacción y participación en la confección de los Reglamentos de Participación Ciudadana ha sido criticada por Tomás Rodríguez llamándola la enfermedad de la <<reglamentitis>>: «... la aceptación de este juego de entretenimiento entre los departamentos de participación y las Federaciones de Asociaciones, dentro de una concepción no transformadora de la gestión local, de presupuestos escasos, y de una confianza en unas ideas comunes (de primacía de lo electoral sobre lo participativo. (...))» en RODRÍGUEZ, T. (1997): «Desde las redes locales hacia un tercer sistema democrático», en JEREZ, A. (coord), *¿Trabajo voluntario o participación?* Tecnos, Madrid, 1997, p. 187-189.

(25) En referencia a los modelos seguidos a la hora de redactar un reglamento de participación ciudadana hay que señalar que «*El Reglamento de Córdoba ha servido de estudio para otros muchos municipios (tanto el de 1983 como el 1986)*.» RODRÍGUEZ, 1995, p. 28.

(26) Ver NAVARRO, C. (1999): *El sesgo participativo. Innovación democrática en municipios del Sur de Europa (1960-1995)*. CSIC-IESA, Córdoba.

(27) Según al análisis de los datos que podemos leer en NAVARRO, 1999, p. 148 y ss.

Por el contrario, según la encuesta de 2001 de la Federación Española de Municipios y Provincias, la mayoría de los Ayuntamientos de más de 5000 habitantes, un 58%, no disponen de un marco normativo o instrumento alguno, no se dispone de un Reglamento Orgánico Municipal (ROM), ni de un Reglamento de Participación Ciudadana; un 9 % recogen alguna disposición referente a la participación de los ciudadanos en el reglamento orgánico; un 16 % se ha dotado de un reglamento, y sólo un 17% tiene regulado ambos grados de participación.

De la información obtenida a través de la encuesta de la Federación Española de Municipios y Provincias de 2001, se observa la existencia de una relación positiva entre la creación de una Concejalía y el desarrollo de un marco normativo. De este modo, entre los ayuntamientos que tienen una concejalía de participación, un 74% tienen algún instrumento de regulación, y que un 43% se han dotado tanto de un Reglamento Orgánico Municipal como de un Reglamento de Participación Ciudadana. De nuevo, en este ámbito el tamaño también importa y así se comprueba cómo entre los ayuntamientos de menos de 10.000 habitantes, sólo un 10% poseen algún instrumento normativo regulador de la participación, mientras que un 63% de los ayuntamientos de mayor tamaño (10.000 o más habitantes) han regulado de algún modo la participación.

En general, como estudia Navarro, en España, la dotación de Reglamentos de Participación Ciudadana por los municipios presenta una clara diferencia a favor de los de mayor tamaño, especialmente de los de más de 50.000 habitantes, los de carácter más urbano, y los gobernados por partidos de izquierda, frente a los municipios rurales, entre 20.000 y 50.000 habitantes, y los que están gobernados por otras formaciones políticas (28).

Los Reglamentos de Participación Ciudadana son un indicador de la oferta de participación que, desde los gobiernos locales, se instituye para que la voz, aspiraciones y deseos de los ciudadanos se reflejen en los procesos de toma de decisiones a nivel local. Si se puede afirmar que los gobiernos locales en España han mostrado un cierto interés por dotarse de estos reglamentos, también puede añadirse que los Reglamentos de Participación Ciudadana que se fueron adoptando en los municipios, no son indicativos de una realidad participativa que muestre un contexto local en el que destaque por una oferta de participación que permita que la voz, aspiraciones y deseos de los ciudadanos se reflejen en los procesos de toma de decisiones a nivel local. En general, los reglamentos, en cuanto a instrumentos y mecanismos de participación ciudadana simplemente se han ajustado a lo que establece en la normativa de régimen local. En este sentido, durante la década de los 80 y principios de

(28) NAVARRO, 1999.

los 90 del siglo XX, la política de participación ciudadana en el ámbito local desarrollada en España podría decirse que se rige, como afirma C. Navarro, por «... un patrón común, al que se podría denominar *Reglamento Modal de Participación Ciudadana*» (29). El patrón al que se refiere Navarro configura un modelo característico de participación ciudadana resultante de seguir casi al pie de la letra lo que se establece en la norma legal del Régimen Local, la LBRL.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La historia reciente de España, tras la consolidación del nuevo marco democrático, nos revela cómo durante más de dos décadas, aquellas que comprenden el periodo conocido como la «transición democrática», se asiste a una muy tímida articulación de mecanismos, instrumentos y textos legales destinados a propiciar una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos de la mano de las instituciones y administraciones públicas.

En consecuencia, podemos considerar que en el ámbito local, considerado como el terreno más propicio para la deliberación, el debate y la mejora del modelo de la democracia representativa mediante la incorporación de los planteamientos y valores del modelo de la democracia participativa no se ha producido esta transformación. La democracia ha quedado relegada básicamente a la participación electoral, y se ha dejado en un segundo plano la búsqueda de nuevas vías de entendimiento y colaboración entre el gobierno local y los ciudadanos para mejorar la participación y el impulso de la democracia participativa. El interés de los gobiernos locales en los ayuntamientos se ha orientado hacia la puesta en marcha de iniciativas encaminadas a establecer reglamentos que regulan la participación, las formas y los modos según los cuales los ciudadanos se relacionan con los gobiernos locales. Estos instrumentos han dado lugar a una estructura formal de participación en la que la interrelación entre los gobiernos locales y los ciudadanos, no ha pasado, en general, de ser de carácter meramente consultivo (30).

Definitivamente, la realidad social de la participación en el último cuarto del siglo XX en España muestra una concepción de la participación ciudadana reducida al restringido concepto de participación electoral de los ciudadanos (31). El desarrollo de una oferta de oportunidades de participación ciu-

(29) NAVARRO, 1999, p. 156.

(30) GANUZA, E. y ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, C. (2003): *Democracia: los presupuestos participativos*, Icaria, Barcelona, p. 25.

(31) REVILLA, M. (1995): «Participación política: Lo individual y lo colectivo en el juego democrático», en BENEDICTO, J. y MORÁN, M^o L. (eds.), *Sociedad y política. Temas de sociología*

dadana en el ámbito local, paralela a la oferta formal, cuantitativa y electoral de la democracia representativa, ha podido pretender impulsar el proceso de democratización, pero nunca ha tenido como objetivo sustituir al modelo de la democracia representativa.

La legislación vigente que hemos mencionado limita las oportunidades de participación de los ciudadanos, pero no supone un obstáculo a una mayor participación de los ciudadanos. La legislación de carácter estatal no impide a los gobiernos locales inclusión en la normativa local, léase reglamentos de participación ciudadana, la puesta en marcha de instrumentos que permitan un mayor desarrollo de la participación ciudadana en los municipios.

Por tanto, debemos apuntar que la aplicación de instrumentos de participación ciudadana, aún los incluidos en los textos legales y en los Reglamentos de Participación Ciudadana, no aseguran una participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos públicos. La participación ciudadana esta sujeta a la existencia de una voluntad o cultura política de participación en el ámbito local. De este modo, si la oferta de oportunidades de participación ciudadana ha acabado convirtiéndose simplemente en una estructura formal de democracia participativa, paralela a la oferta formal, cuantitativa, electoral, de la democracia representativa y nada más, las causas no deben buscarse sólo en la normativa legal sino en aquellos lugares donde reside el poder para tomar decisiones y en las organizaciones políticas que los ocupan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERICH, T. (1999): «Gestión pública, participación ciudadana y desarrollo local», en *Revista Política y Sociedad*, núm. 31.
- BLANCO, I. y GOMÁ, R. (coords.) (2002b): *Gobiernos Locales y Redes Participativas*. Ariel, Barcelona.
- BORJA, J. (1988): *Descentralización política y participación*, PPU, Barcelona.
- BRUGUÉ, O. y GOMÁ, R. (coords.) (1998a): *Gobiernos Locales y Políticas Públicas*, Editorial Ariel, Barcelona.
- CANALES, J. M. (2005): «La democracia participativa local» en *Sistema* n° 184-185.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (1999): *La participación de las asociaciones de vecinos de Andalucía en los asuntos municipales*, en www.defensor-and.es/informes. Fecha de consulta: 13 de marzo de 2005.

política, Alianza, Madrid, p. 299.

- GANUZA, E. y ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR C. (2003): *Democracia: los presupuestos participativos*, Icaria, Barcelona
- GOMÁ, R. y FONT, J. (2001): «La democracia local: un mapa de experiencias participativas», en Font, J. (coord.), *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona.
- NAVARRO, C. (1999): *El sesgo participativo. Innovación democrática en municipios del Sur de Europa (1960-1995)*. CSIC-IESA, Córdoba.
- (2002) *Democracia asociativa y oportunismo político*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PINDADO, F. (2004): «La participación ciudadana en el ámbito local», documento consultado en www.femp.es. Fecha de consulta: 31 de enero de 2007.
- REVILLA, M. (1995): «Participación política: Lo individual y lo colectivo en el juego democrático», en Benedicto, J. y Morán, M^o L. (eds.), *Sociedad y política. Temas de sociología política*, Alianza, Madrid.
- RODRÍGUEZ, T. (1995): *Las democracias participativas*, HOAC, Madrid.
- (1997) «Desde las redes locales hacia un tercer sistema democrático», en Jerez, A. (coord), *¿Trabajo voluntario o participación?* Ed. Tecnos, Madrid.
- SALINAS, F y GANUZA, E. (2003): «Realidad dinámica del movimiento asociativo de la ciudad de Córdoba», en *Informe Socioeconómico de la Ciudad de Córdoba*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla.
- SUBIRATS, J. (2001): «Nuevos mecanismos participativos y democracia: promesas y amenazas», en Font, J. (coord.) *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona.
- SWIFT, R. (2003): *Democracia y participación*, Intermón Oxfam, Huesca.

JURISPRUDENCIA

POTESTADES PÚBLICAS Y PREVALENCIA ENTRE COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN EL CONFLICTO DE SIJENA (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero)

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

SUMARIO: I. LOS ENFRENTAMIENTOS ENTRE ARAGÓN Y CATALUÑA POR EL PATRIMONIO CULTURAL.– II. PLANTEAMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.– III. LA INEXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA SIN EJERCICIO DE POTESTAD.– IV. LA PREVALENCIA ENTRE COMPETENCIAS AUTONÓMICAS CONCURRENTES.

RESUMEN: Análisis crítico de la sentencia constitucional que resuelve el enfrentamiento entre las Comunidades Autónomas de Cataluña y de Aragón sobre la protección de un conjunto de bienes situado en el territorio catalán, pero procedente del aragonés Monasterio de Sijena. Frente al criterio del Tribunal Constitucional, se argumenta, de una parte, que Cataluña carecía de legitimación activa al postular como competencia una simple compraventa que no implicaba ningún ejercicio de potestad pública, y de otra parte, que la prevalencia no puede aplicarse con arreglo a un criterio temporal desconociendo que la competencia de retracto ejercida por Aragón conectaba más directamente con los objetivos constitucionales de protección *in situ* del patrimonio cultural.

Palabras clave: patrimonio cultural; conflicto constitucional de competencias; retracto bienes culturales.

ABSTRACT: This article reviews the judgment by the Constitutional Court that settles the dispute between the Autonomous Communities of Catalonia and Aragón on the protection of a set of goods placed in the territory of Catalonia, though they had been moved from their original location in the Monasterio de Sijena in Aragón. The review criticizes the judgment on the grounds that, on the one hand, Catalonia lacked the right to take legal action since it was defending its right to intervene on a private dealing, which did not imply any exercise of public authority, and on the other hand, that the right of refusal which was exercised by Aragón was more in line with the constitutional objectives related to the protection *in situ* of the cultural heritage.

Key words: cultural heritage; constitutional conflict of competences; right of preferential acquisition of cultural goods.

Con un espectacular retraso de catorce años, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero (BOE de 11 de febrero de 2012), en ponencia del magistrado E. Gay Montalvo y contando con dos votos particulares suscritos por cuatro magistrados (E. Pérez Vera y R. Rodríguez Arribas; F.J. Hernando Santiago y F. Pérez de los Cobos), resuelve el conflicto de competencias planteado por el Gobierno de Cataluña contra las Órdenes del Consejero de Educación y Cultura del Gobierno de Aragón de 8 de agosto de 1997 y de 10 de febrero de 1998. Mediante dichas órdenes, la Comunidad Autónoma de Aragón, en aplicación de la legislación del patrimonio cultural, ejerció el derecho de retracto sobre unos bienes procedentes del Real Monasterio de Santa María Reina o de Sijena (situado en el término municipal de Villanueva de Sijena, provincia de Huesca), que habían sido vendidos entre los años 1983 y 1994 a la Comunidad Autónoma de Cataluña por la conegración de las Comendadoras de San Juan de Jerusalén.

El objeto de nuestro estudio consiste en analizar críticamente esa sentencia, que si en algo pudiera destacar a nuestro juicio, antes que en lo notable de su contenido o alcance, sería en las lagunas de que adolece la argumentación en ella desenvuelta. Lagunas que conducen a resultados sorprendentes, tanto bajo la óptica de los requisitos exigibles en los conflictos constitucionales de competencia, como desde el punto de vista de los valores constitucionales materialmente implicados.

El esquema que vamos a seguir en la exposición será el siguiente: primero, haremos una breve referencia a los enfrentamientos entre las Comunidades Autónomas de Aragón y Cataluña en relación con bienes culturales pertenecientes a instituciones eclesiásticas, ofreciendo además algunos datos sobre el significado histórico del Monasterio de Sijena; segundo, resumiremos los términos generales en que se plantea y resuelve el conflicto de competencias que nos ocupa; tercero, criticaremos el uso que se hace en la sentencia del concepto de competencia susceptible de ser defendida a través del conflicto constitucional de competencias, manteniendo que no cualesquiera actuaciones de un poder público pueden ser objeto del mismo, sino únicamente las que conlleven el ejercicio de potestades públicas; y cuarto, sostendremos la existencia de una quiebra argumental en la misma sentencia al aplicar un criterio temporal de prevalencia sin haberse planteado el alcance de la protección constitucional del patrimonio cultural.

I. LOS ENFRENTAMIENTOS ENTRE ARAGÓN Y CATALUÑA POR EL PATRIMONIO CULTURAL

El conflicto que nos ocupa ha de enmarcarse en un contexto de tensiones entre las Comunidades Autónomas de Aragón y de Cataluña en relación con bienes de valor cultural pertenecientes a instituciones eclesiásticas. El origen del problema se remonta al traslado de la pirenaica Diócesis de Roda de Isábena a Lérida tras la conquista cristiana de esta ciudad (1149). Al vincularse posteriormente Lérida a Cataluña y establecerse los límites definitivos con el Reino de Aragón por Jaime II (1300), quedaron dependientes del Obispado de Lérida más de un centenar de parroquias situadas en el territorio aragonés.

La zona afectada, fronteriza con la provincia de Lérida, forma parte de una estrecha y larga franja de las provincias de Huesca, Zaragoza y Teruel que limita con Cataluña y País Valenciano: desde la dureza de los Pirineos a la transición del Somontano oscense, los regadíos del Cinca y la Cordillera Ibérica turolense. Un escenario apropiado para deterioros irreparables, ventas fraudulentas y saqueos de tantas ermitas e iglesias románicas y góticas, siendo uno de los expolios más conocidos el de la Catedral de Roda en 1979, protagonizado por el tristemente célebre Erik 'el Belga'.

Territorio castigado por la incomprensión y el abandono, y marcado siempre por las tensiones fronterizas. A principios del siglo XX, la zona comenzó a ser destacada como un ámbito en el que se conservaban variantes de la lengua catalana, aunque en el mapa socio-lingüístico se identificaban también municipios de empleo de las fablas aragonesas, en todos los casos, junto con el castellano. Asimismo, algún movimiento catalanista ha llegado a reivindicar lo que denominan la Franja de Poniente como parte de unos Países Catalanes que habrían de estar integrados por todos los territorios de lengua catalana situados en España, Andorra, Francia e Italia. El espacio afectado es llamado, bajo la perspectiva de la geografía aragonesa, Franja de Oriente o de Levante, aunque parece que últimamente se impone llamarlo Franja de Aragón tanto desde el este como desde el oeste. Quizá lo más correcto sería hablar de Aragón Oriental, nombre que resulta congruente con los consolidados de Alto y Bajo Aragón.

Es lógico que las Comunidades Autónomas hayan heredado las tensiones derivadas de este tipo de situaciones. No obstante, en algunos casos también han contribuido a clarificarlas. Así, las presiones aragonesas terminaron influyendo para que la Santa Sede arreglara la vieja cuestión de la falta de sintonía entre la división administrativa y la canónica mediante la creación de la Diócesis de Barbastro-Monzón y la inclusión en la misma de las 111 parroquias aragonesas anteriormente dependientes del Obispado de Lérida (1995-1998). Una de las consecuencias ligadas a la nueva división eclesiástica

fue la reclamación de los bienes culturales pertenecientes a las parroquias del Aragón Oriental que se encontraban depositados en el Museo Diocesano de Lérida, cuestión que se ha resuelto favorablemente a las pretensiones aragonesas en vía canónica, pero que encuentra enormes dificultades y resistencias para su ejecución por la parte catalana. Otro problema es el específicamente relativo a los bienes del Monasterio de Sijena sobre los que versa el conflicto constitucional de competencias que nos ocupa.

El Real Monasterio de Sijena fue fundado en 1187 por la esposa del monarca aragonés Alfonso II el Casto, doña Sancha de Castilla, a quien se considera también fundadora de las Comendadoras Sanjuanistas que allí se instalaron. El cenobio pasó por sucesivas épocas de esplendor y decadencia. Llegó a ser panteón real en el que recibieron sepultura los restos del rey Pedro II el Católico (1213) y los de diversas princesas de la Casa de Aragón, contando separadamente con el panteón de religiosas donde se ubicaron los sepulcros de damas pertenecientes a familias nobles del Reino que profesaron bajo sus muros. En el siglo XIV, durante el priorato de doña Blanca de Aragón y Anjou, hija de Jaime II el Justo, el monasterio alcanzó su mayor apogeo llegando a constituirse en sede de diversas actividades regias. A partir de la entronización de la rama castellana de la Casa de Aragón como consecuencia del Compromiso de Caspe (1412), Sijena entró en un largo proceso de decadencia.

En aplicación de la legislación desamortizadora, en 1834 fue vendido en pública subasta. Sin embargo, en 1900, las Sanjuanistas recuperaron la propiedad mediante compraventa a nombre de la Comunidad de Religiosas del Real Monasterio de Sijena y sus sucesoras, tal y como sigue figurando en el Registro de la Propiedad.

A lo largo de su historia el monasterio fue acumulando objetos históricos y obras de arte de excepcional valor, lo que determinó su declaración como monumento nacional por la Real Orden de 28 de marzo de 1923 (publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 95, de 5 de abril de 1923, p. 107). El ámbito afectado por tal declaración fue el siguiente:

«...comprendiendo dicha declaración de monumento nacional el templo, el claustro y su sala capitular, el palacio prioral, el refectorio, el dormitorio antiguo, la sala de la Reina y la parte subsistente de la fortificación...»

Para aclarar lo que realmente se comprendió dentro de esa declaración protectora, cabe acudir a los informes emitidos por las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando, dado que la citada orden se adoptó «de conformidad» con dichos informes. Estos pueden, así, ser considerados como fundamento y parte integrante de la declaración, carácter que se advierte en la significativa circunstancia de que fueran objeto de íntegra

publicación oficial (en la *Gaceta de Madrid*, núm. 102, de 12 de abril de 1923, pp. 216-218).

En el informe suscrito el 27 de enero de 1923 por la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, se destaca la sala capitular «por su originalísima decoración y espléndida policromía de sus pinturas murales, por sus artesonados de riquísimos entrelaces mudéjares, portadas y esculturas», que hacen de ella «ejemplar único y sobresaliente en el arte hispano», indicándose que «otro tanto» cabría afirmar de la sala prioral o de la sala de la Reina y finalmente que «no menos notables resultan los retablos, sillería y sepulcros que asimismo contiene», por todo lo cual:

«...el Monasterio de Sijena, tan interesante por su historia, como valioso por el caudal artístico que atesora, es digno por todos conceptos de ser declarado monumento nacional...»

En el informe fechado el 23 de marzo de 1923 por la Real Academia de la Historia, tras exponer las principales referencias históricas del monasterio, pasan a destacarse, por causa de sus méritos artísticos, las pinturas murales que quedaban en el ábside de la iglesia, la sillería del coro, la talla románica de la Virgen titular, el artesonado de lacería mudéjar y la decoración pictórica de la sala capitular, así como la techumbre de la sala prioral, indicando finalmente:

«Guardan el monasterio y su iglesia obras varias, artísticas y de recuerdo histórico, además de las enumeradas partes, *todas ellas integrantes del monumento*, cuales son, entre otras, retratos de las nobles prioras y retablos, de los cuales menester es citar el del panteón real, compuesto de tablas pintadas...»

La mayor parte de esos tesoros históricos y artísticos fue destruida en un incendio provocado por una columna anarquista al comienzo de la Guerra Civil (1936). De lo que quedó no se hizo inventario, aunque es seguro que hubo saqueo y posterior venta incontrolada de algunos bienes. A pesar de ello quedaron restos importantes que, a través de diversas vías y en fechas no siempre documentadas, fueron depositados en instituciones museísticas catalanas, en algunos casos con la explícita finalidad de devolverlas a su lugar de origen cuando el monasterio fuera restaurado.

En el mismo año del incendio, lo que quedaba de las pinturas murales de la sala capitular se trasladó, en calidad de depósito hasta la restauración del monasterio, al Museo Nacional de Arte de Cataluña, donde continúan. Otro lugar conocido donde se depositaron elementos procedentes del monasterio fue el Museo Diocesano de Lérida, en cuyo territorio se ubicaba entonces Sijena. Tras la marcha definitiva de las Sanjuanistas entre 1970 y 1976 al Monasterio de Valldoreix, en la provincia de Barcelona, nuevas piezas fueron

depositadas en el citado Museo Diocesano y otras debieron trasladarse a la sede de la orden.

A esos bienes, sin incluir las pinturas murales que forman parte de otra reclamación, se refiere el conflicto de competencias objeto de nuestro comentario. Se trata de sarcófagos, tablas pintadas, tallas, cuadros, relieves, esculturas, puertas, escudos de piedra, relicarios, libros, documentos y otros, todos ellos vendidos por las Comendadoras Sanjuanistas a la Comunidad Autónoma de Cataluña entre los años de 1983 y 1994 por un importe total de cincuenta millones de pesetas, unos 300.000 euros.

Como ya hemos indicado, al año siguiente de ejecutarse la última de las ventas, con fecha 15 de septiembre de 1995, la Santa Sede constituyó la nueva Diócesis de Barbastro-Monzón en la que se incluyeron las parroquias situadas en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón que anteriormente habían pertenecido a la Diócesis de Lérida, como era el caso de Villanueva de Sijena. Fue entonces cuando la opinión pública aragonesa empezó a conocer la situación de los bienes del Monasterio de Sijena y también, según ya hemos expuesto, de los pertenecientes a las parroquias aragonesas hasta entonces dependientes del Obispado ilderdense. Con fecha 7 de abril de 1997, el Justicia de Aragón, J.B. Monserrat Mesanza, realizó un «Informe sobre las vías de recuperación del patrimonio cultural aragonés existente en Cataluña. Los casos de Sijena y las parroquias transferidas a la Diócesis Barbastro-Monzón» (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*, núm. 110, de 30 de abril de 1997, pp. 4253-4266). En ese contexto, una de las actuaciones adoptadas por el Gobierno de Aragón consistió en ejercer el derecho de retracto sobre los bienes adquiridos por Cataluña mediante las órdenes de 1997 y 1998 determinantes del conflicto de competencias que nos ocupa.

II. PLANTEAMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

La defensa del Gobierno catalán, ejercida por la letrada D. Feliu i Torrent, presentó ante el Tribunal Constitucional como objeto del conflicto la actuación del Gobierno aragonés fuera de los límites de sus competencias con invasión de las competencias catalanas. No solicitaba la atribución de la titularidad de los bienes objeto de la controversia sino la declaración de que la potestad administrativa de tutela del patrimonio histórico correspondía en este caso a Cataluña. En apoyo de tal tesis aducía argumentos, por un lado, en apoyo de la competencia catalana y, por otro lado, en contra de la ejercida por Aragón.

La competencia de Cataluña se fundó en los siguientes elementos: a) los bienes controvertidos habían sido depositados por la Orden de San Juan de Jerusalén en diversas instituciones museísticas catalanas a causa del deterioro

y destrucción del monasterio, especialmente después del incendio sufrido en 1936; b) los bienes en cuestión no tenían la condición de bien de interés cultural, dado que ni la declaración de monumento nacional de 1923 afectó a los bienes muebles del monasterio, ni estos pueden tener tal carácter conforme al artículo 27 de la Ley del Patrimonio Histórico Español (Ley 13/1985, de 25 de junio), donde se establece que tendrán la consideración de bienes de interés cultural, en todo caso, «los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración (de bien de interés cultural) y que ésta los reconozca como parte esencial de su historia»; y c) Cataluña, al adquirir los bienes de Sijena e incluirlos en su patrimonio regulado por la Ley del Patrimonio de la Generalidad (Ley 11/1981, de 7 de diciembre, que, conviene precisar, se refiere al patrimonio como conjunto de bienes y derechos pertenecientes a la Generalidad, no a la protección del patrimonio histórico o cultural), ejerció sus competencias estatutarias de protección del patrimonio histórico en cumplimiento del artículo 8 de la citada Ley del Patrimonio Histórico Español, precepto que obliga a cualquier persona que observe «peligro de destrucción o deterioro de un bien integrante del Patrimonio Histórico Español» a «ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que esta ley dispone».

De otra parte, los fundamentos aportados por la representación de Cataluña para sostener el exceso competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón consistieron en: a) una extralimitación temporal, puesto que, cuando Cataluña adquirió los bienes en la compraventa celebrada el 28 de enero de 1983, Aragón carecía de competencias en materia de patrimonio histórico y cultural, y ello debido a que, a pesar de que hubiera asumido dichas competencias en su Estatuto de Autonomía de 1982 [artículo 36.1.g)], no pudo ejercerlas realmente hasta la entrada en vigor de los correspondientes trasposos (Real Decreto 3065/1983, de 5 de octubre, que los hizo efectivos desde el 12 de diciembre de 1983); b) una extralimitación territorial al haber ejercido Aragón el derecho de retracto sobre unos bienes que habían salido de su territorio con anterioridad a la aprobación de su Estatuto de Autonomía, actuación que sería contraria a la configuración del territorio como elemento delimitador de las competencias de las Comunidades Autónomas; c) una extralimitación material, derivada de que Aragón habría empleado el retracto violando el artículo 28 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, precepto que prohíbe la transmisión a particulares de bienes de interés cultural en posesión de instituciones eclesíásticas, los cuales «sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho público o a otras instituciones eclesíásticas», previsión normativa de la que la defensa catalana deduce que el derecho de retracto no puede ser legalmente utilizado entre Comunidades Autónomas respecto de bienes adquiridos a instituciones eclesíásticas; y d) finalmente, la consideración de que el objeto de la competencia controvertida es la preservación

del patrimonio histórico allí donde se encuentre en función de los «avatares de la historia», lo que explicaría que la legislación establezca como punto de conexión para determinar la competencia la ubicación del bien y no su procedencia en origen.

En síntesis, Cataluña aseguraba haber ejercido una competencia de protección del patrimonio histórico consistente en adquirir mediante compraventa a una institución eclesiástica unos bienes que no estaban formalmente declarados de interés cultural pero que formaban parte del Patrimonio Histórico Español y que corrían, al parecer, peligro de destrucción o deterioro (pese a estar depositados en centros museísticos de la propia Generalidad); en cambio, consideraba que Aragón carecía de competencia para ejercer el derecho de retracto al no haber recibido el traspaso de los servicios en materia de patrimonio histórico y, en todo caso, por encontrarse situados los bienes afectados en el territorio catalán con independencia de su origen, pertenecer los mismos a una institución eclesiástica y ubicarse precisamente en Cataluña como consecuencia de los «avatares de la historia».

La representación del Gobierno de Aragón, desempeñada por el abogado R. Santacruz Blanco, articuló la defensa de la competencia aragonesa en los siguientes argumentos: a) la falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional para conocer del conflicto planteado, dado que no estaba en cuestión la titularidad de la competencia sobre patrimonio histórico, sino únicamente una discrepancia sobre la concurrencia de los requisitos legales para ejercer el derecho de retracto, como el carácter de bienes de interés cultural, su naturaleza mueble o inmueble, o el régimen aplicable a las instituciones eclesiásticas; b) la inclusión del derecho de tanteo y retracto sobre las ventas de bienes de interés cultural en las competencias relativas al patrimonio histórico asumidas en el Estatuto de Autonomía de Aragón, que en su versión inicial de 1982 atribuía a la Comunidad Autónoma la ejecución en la materia [artículo 36.1.g)] y, tras la reforma estatutaria de 1996, la asumía con carácter exclusivo (artículo 35.1.33º), sin que el ejercicio inmediato de tales competencias pudiera quedar condicionado por los traspasos de los servicios estatales anteriormente competentes; c) bajo la óptica de la legalidad ordinaria se estimaba que los bienes retractados tenían la condición de bienes de interés cultural en aplicación de la disposición adicional primera de la Ley del Patrimonio Histórico Español, que considera bienes de interés cultural, entre otros, todos los que «con anterioridad hayan sido declarados histórico-artísticos», debiendo entenderse comprendidos en la protección monumental del Monasterio de Sijena pinturas murales, sepulcros, puertas, capiteles, columnas y demás elementos consustanciales al edificio, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la misma Ley del Patrimonio Histórico Español; y d) finalmente, se destacaba que Aragón no había desconocido las competencias de Cataluña en materia de patrimonio

histórico, ya que esta última no adquirió los bienes controvertidos en el ejercicio de sus competencias, sino en virtud de una compraventa civil que no supuso actuación de potestad alguna.

En definitiva, para Aragón, el conflicto carecía de relevancia constitucional al versar exclusivamente sobre cuestiones de legalidad ordinaria en relación con el ejercicio de una de sus competencias de defensa del patrimonio histórico, actuación a la que no se opondría una competencia catalana, sino más bien una simple actuación privada de la Generalidad de Cataluña, de manera que la vía adecuada para resolver los problemas implicados habría de ser la acción correspondiente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Planteados el conflicto en los términos expuestos, el Tribunal Constitucional, en la ponencia del magistrado E. Gay Montalvo, va a resolverlo a favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Para llegar a tal conclusión, en la Sentencia 6/2012, tras resumir las posiciones de las partes (FJ 1), cabe identificar el siguiente *iter* argumental: a) en primer término, se afirma la propia jurisdicción para conocer del conflicto, pues aunque las cuestiones relativas a la naturaleza de los bienes afectados y a la concurrencia de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de retracto deben excluirse dado su carácter fáctico o de legalidad ordinaria (FJ 2), sin embargo, mediante el conflicto constitucional de competencias cabe reclamar tanto la titularidad de la competencia ejercida por el ente demandado como la extralimitación en el ejercicio de tal competencia cuando vulnera competencias ajenas (FJ 3), supuesto este último que se identifica aquí al haberse denunciado que el ejercicio extralimitado de la competencia de retracto por Aragón impide el ejercicio de la competencia de tutela del patrimonio cultural por Cataluña (FJ 4); b) a continuación se recuerda que el sistema constitucional de distribución de competencias sobre el patrimonio histórico permite establecer que las atribuciones fundamentales en la materia corresponden a las Comunidades Autónomas, lo que se confirma con la cita detallada de los preceptos estatutarios concernidos (FJ 5), considerándose que sobre los mismos bienes Cataluña actuó para protegerlos mediante su adquisición y Aragón ejerció el derecho de retracto como medio de procurar el retorno de tales bienes a su territorio (FJ 6); c) después se razona que el principio de territorialidad no soluciona el conflicto, dado que dicho principio no impide que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, adopten decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional, como sucede precisamente en el caso al ejercerse por Aragón el derecho de retracto para recuperar el patrimonio cultural situado fuera del propio territorio (FFJJ 6 y 7); d) se identifica, así, un supuesto de concurrencia de competencias sobre un mismo espacio físico, competencias que persiguen ambas idéntica finalidad de preservación de los bienes, tanto el retracto empleado por Aragón con

efectos extraterritoriales para recuperar los bienes de su patrimonio cultural, como la adquisición realizada por Cataluña en su territorio de dichos bienes «independientemente de su origen» (FJ 8); y e) finalmente, en tal situación se considera prevalente la competencia que corresponde a Cataluña, dado que los bienes están adecuadamente conservados por ella, pues:

«...resulta constitucionalmente congruente desde esta perspectiva (la de preservación del patrimonio histórico), toda vez que los bienes sobre los que versa la controversia están en adecuadas condiciones de conservación en Cataluña, que los mismos permanezcan en la Comunidad Autónoma en la que se encuentran» (FJ 8).

En resumen, el Tribunal Constitucional resuelve el conflicto con arreglo a un criterio que podríamos considerar material: concurriendo las competencias de dos poderes públicos para proteger determinados bienes del patrimonio cultural, corresponde la competencia prevalente al poder que ya esté protegiendo dichos bienes en su territorio, y ello «con independencia de cuál sea el origen de los mismos». Para llegar a tal conclusión, el Tribunal ha aceptado previamente: a) que la compra de bienes por una autoridad pública entraña el ejercicio de una competencia susceptible de ser defendida mediante el conflicto constitucional de competencias; y b) que el origen o las características de los bienes del patrimonio cultural, así como las formas de adquisición o de protección de los mismos, resultan indiferentes bajo la perspectiva constitucional.

El voto particular de la magistrada E. Pérez Vera, que cuenta con la adhesión del magistrado R. Rodríguez Arribas, sostiene su discrepancia con respecto al criterio mayoritario del Tribunal Constitucional en dos principales razonamientos: a) la falta de jurisdicción, al plantearse un supuesto de aplicación por dos Comunidades Autónomas de competencias con contenido heterogéneo sobre unos mismos bienes, lo que determina una controversia sobre el ajuste a la legalidad del ejercicio de una de tales potestades, cuestión que corresponde resolver a los tribunales ordinarios; y b) admitiendo la jurisdicción constitucional, el eventual reproche habría de dirigirse no contra el retracto ejercido por Aragón, sino contra el precepto estatutario del que el mismo trae causa, lo que requeriría la tramitación del conflicto en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad.

El otro voto particular viene suscrito por el magistrado F.J. Hernando Santiago, adhiriéndose al mismo el magistrado F. Pérez de los Cobos, con arreglo también a dos argumentos: a) la falta de jurisdicción, al considerar que la controversia se ceñía a discutir el ejercicio concreto de la competencia aragonesa con arreglo a la legalidad ordinaria; y b) la crítica de la idea de la sentencia de que el principio de territorialidad conduce a que los bienes

permanezcan en la Comunidad Autónoma donde se encuentran, dado que ello supone dejar vacíos de contenido los preceptos estatutarios que permiten a Aragón adoptar medidas para la recuperación del Patrimonio Cultural Aragonés situado fuera de su territorio.

Aun empleando conceptos parcialmente diferentes, se observa una sustancial coincidencia en los reproches de los cuatro magistrados discrepantes a la sentencia adoptada por la mayoría del Tribunal Constitucional. La coincidencia consiste tanto en postular la inadmisión de un conflicto constitucional de competencias que trata exclusivamente de discrepancias sobre la aplicación de la legalidad ordinaria, como en estimar que, de admitirse el conflicto, habría que dirigir el eventual reproche de constitucionalidad contra la norma estatutaria que permite la actuación aragonesa, norma que, en otro caso, quedaría vacía de contenido por una interpretación impuesta en un procedimiento constitucional inadecuado.

III. LA INEXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA SIN EJERCICIO DE POTESTAD

Resultan sólidas las razones que hubieran debido llevar al Tribunal Constitucional a declarar su falta de jurisdicción para conocer del conflicto. Tal y como sostuvieron la defensa de Aragón y los cuatro magistrados discrepantes, Cataluña únicamente adujo supuestas violaciones por Aragón del régimen jurídico del retracto, es decir, cuestiones relativas a la legalidad del correspondiente acto administrativo ajenas al ámbito propio del conflicto constitucional de competencias.

No obstante, quizá cabe dar una explicación complementaria de esa situación bajo la óptica de los requisitos legitimadores del conflicto positivo de competencias.

La legitimación es una exigencia tendente a garantizar que en el proceso están presentes, única pero necesariamente, los titulares de los derechos o intereses objeto del litigio. Se manifiesta tanto para la parte demandante, cuya legitimación activa requiere la afirmación de un derecho o interés lesionado, como para la parte demandada, cuya legitimación pasiva precisa atribuirle una actuación lesiva del derecho o interés del demandante. Obsérvese que mientras la legitimación activa para reclamar la integridad de un propio derecho o interés exige en todo caso la afirmación de la existencia de ese derecho o interés, en cambio, la legitimación pasiva ha de referirse a actuaciones que el demandante supone fundadas en títulos inadecuados o incluso a actuaciones meramente materiales, que el demandado habrá de defender como legítimas o, en su caso, inexistentes.

La aplicación de los anteriores planteamientos generales al conflicto positivo de competencias requiere tener en cuenta que el objeto de éste consiste en mantener «el orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las leyes orgánicas correspondientes» (art. 62 LOTC). Por tanto, la legitimación de ambas partes ha de derivar de la defensa de sendas competencias propias diferenciadas: para la parte demandante la competencia propia ha de ser la que considera agredida por la demandada, mientras que ésta habrá de configurar como competencia propia la que entiende ha ejercido legítimamente sin invadir la correspondiente a la parte actora. La legitimación activa corresponde al ente que reclama la integridad de una competencia propia, mientras que la legitimación pasiva se atribuye al que supuestamente ha producido la lesión de la competencia ajena en el ejercicio de una competencia que considera propia. Se trata, pues, de un litigio sobre títulos competenciales, de manera que ambas partes han de esgrimir la aplicación de una competencia propia.

No obstante, ese requisito legitimador no puede ser aplicado con igual intensidad a ambas partes en el conflicto positivo de competencias. La lesión de competencias ajenas determinante de la legitimación pasiva se puede producir por variadas vías: no sólo, desde luego, ejerciendo formalmente tales competencias ajenas mediante «una disposición, resolución o acto», conforme a la explícita previsión del art. 63.1 LOTC, sino también a través de actuaciones materiales que violen el sistema de distribución de competencias establecido en el bloque de la constitucionalidad.

Esa lógica amplitud de la legitimación pasiva parece explicarse en nuestra jurisprudencia constitucional como un concepto amplio del conflicto positivo de competencias, según se recuerda explícitamente en el FJ 3 de la sentencia que analizamos:

«Como es sabido, nuestra jurisprudencia ha ido configurando un concepto amplio de conflicto positivo de competencia a partir de su regulación en los arts. 62 a 67 LOTC, afirmando que en este tipo de procesos no resulta indispensable que el ente que los formaliza recabe para sí la competencia ejercida por otro; basta que entienda que una disposición, resolución o acto emanados de ese otro ente no respeta el orden de competencias establecido en el bloque de la constitucionalidad y, en el caso de las Comunidades Autónomas, además, que tal disposición, resolución o acto afecte a su ámbito de autonomía condicionando o configurando sus competencias de una forma que juzga contraria a este orden competencial. Así, en el ámbito procesal propio de los conflictos constitucionales de competencia cabe, tanto la reivindicación de la titularidad del acto controvertido, como la denuncia de los excesos en el ejercicio de una competencia ajena siempre que ese exceso vulnere el sistema de distribución de competencias diseñado en el bloque de la constitucionalidad (SSTC 243/1993, de 15 de julio, FJ 2, y 87/1997, de 24 de abril, FJ 2).»

De acuerdo con ese planteamiento, en la jurisprudencia constitucional se han admitido conflictos positivos de competencias frente a actuaciones de tipo material, cual sucede, por ejemplo, en diversos conflictos suscitados todos ellos contra la Comunidad Autónoma del País Vasco por actuaciones consistentes en emplear el escudo de la Comunidad Foral Navarra (STC 94/1985, de 29 de julio), participar en la convocatoria de unas elecciones sindicales de funcionarios sin que el Estado hubiera procedido a establecer el régimen aplicable (SSTC 102/1988, de 8 de junio, FJ 3 y 158/1988, de 15 de septiembre, FJ 3) o realizar análisis oficiales de la calidad del agua en la Comunidad Autónoma de Cantabria (STC 101/1995, de 22 de junio, FFJJ 5 a 7).

Sin embargo, en todos los casos citados se exigió por el Tribunal Constitucional que la actuación material denunciada tuviera efectos jurídicos sobre las competencias del ente que planteaba el conflicto, como eran, en los supuestos citados, las competencias de Navarra para establecer el uso exclusivo de los símbolos propios, las del Estado para regular las elecciones sindicales de funcionarios o las de Cantabria para analizar la falta de calidad de las aguas en su territorio. El efecto jurídico sobre las competencias ajenas como requisito del conflicto de competencias consiste, así, en el empleo de su propia competencia por el ente demandado invadiendo, negando, desconociendo, menoscabando o lesionando la competencia de ente demandante, que es suplantada o cercenada.

En cambio, en la jurisprudencia constitucional se ha rechazado el empleo del conflicto de competencias para atacar los que se denominan «efectos de hecho» que en las competencias propias pueda producir el ejercicio de competencias ajenas. El efecto de hecho se identifica con el empleo de la propia competencia por el ente demandado de manera que pudiera incluso ser anti-jurídica, pero que no invade, niega, desconoce, menoscaba ni lesiona la competencia del ente demandante, en cuyo caso el conflicto de competencias no puede considerarse admisible, sin perjuicio del control de legalidad que pueda llevarse a cabo por los tribunales ordinarios. Así, la mera omisión, como es la falta de actividad estatal en el traspaso de los servicios correspondientes a una competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, «no encaja en el conflicto positivo de competencias consistente en una acción positiva de invasión de la esfera competencial» (STC 155/1990, de 18 de octubre, FJ 2), lo mismo que sucede cuando la realización de obras por la Comunidad Autónoma de Galicia dentro de su territorio repercute negativamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Asturias, lesión que justifica el ejercicio de las acciones que procedan ante la jurisdicción ordinaria, pero no el planteamiento de un conflicto constitucional de competencias (STC 195/2001, de 4 de octubre, FJ 3).

Pues bien, si tal es el lógico alcance de la legitimación pasiva, en cambio, la legitimación activa en el mismo conflicto positivo de competencias requiere

inexcusablemente de la identificación y defensa de una competencia propia por parte del ente demandante. No puede reconocerse legitimación activa sino para la *vindicatio potestatis*, esto es, para la reclamación del ámbito propio y exclusivo característico de toda competencia pública, y ello, insisto, con independencia de que ese ámbito haya podido ser violado por la actuación material de un ente determinante de su legitimación pasiva, es decir, al margen de la aptitud para ser demandado en el conflicto.

En el caso que nos ocupa, parece no existir problema en identificar una posible situación de legitimación pasiva de Aragón para ser demandada en el conflicto de competencias. Así, se razona en el FJ 4 de la sentencia:

«...las órdenes impugnadas por las que se acuerda ejercitar el derecho de retracto legal sobre los mencionados bienes constituyen un ejercicio de la competencia de ejecución en materia de patrimonio artístico asumida por la Comunidad Autónoma de Aragón [art. 36.1.g) EAAr, posteriormente art. 35.1.33 EAAr], tal como admite el Letrado de dicha Comunidad en sus alegaciones. Ello es así porque la decisión de ejercitar tal derecho es un acto formal de la Comunidad Autónoma, que realiza como tal de conformidad con el art. 38 de la Ley del Patrimonio Histórico Español y los arts. 40, 41 y 41 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, según reza el fundamento jurídico segundo de la Orden de 8 de agosto de 1997. Los preceptos citados contemplan la posibilidad de retracto de determinados bienes culturales por parte de ‘los demás organismos competentes para la ejecución de esta ley’ (art. 38.4 de la Ley del Patrimonio Histórico Español), entre los que figuran aquellos que ‘en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del Patrimonio Histórico’ [art. 6.a) de la misma ley], en este caso el Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón.»

No hay duda pues de que Aragón ejerció lo que consideraba una competencia propia y exclusiva atribuida por el bloque de la constitucionalidad. Una competencia consistente en la potestad de ejercer el derecho de retracto sobre determinados bienes del Patrimonio Histórico Español. En el epígrafe siguiente trataremos de demostrar que el ámbito de esa competencia no era en realidad el Patrimonio Histórico Español, sino concretamente el Patrimonio Cultural Aragonés. Pero marginando ahora esa cuestión, de lo que no cabe duda es de que Aragón actuó en ejercicio de una potestad que le correspondía, al menos, en su propia estimación.

La legitimación activa de Cataluña suscita, en cambio, interrogantes ante la dificultad de identificar como una competencia propia la adquisición de bienes procedentes del Monasterio de Sijena. Según denunció el letrado aragonés, una compraventa civil no supone actuación de potestad alguna. Sin embargo, tal alegato va a recibir una expeditiva respuesta en el mismo FJ 4 de la sentencia que comentamos:

«...debemos también rechazar que la compraventa de los controvertidos bienes por parte de la Generalidad no supusiera actuación de potestad alguna, como sostiene la representación del Gobierno de Aragón. De la misma forma que el ejercicio del derecho de retracto sobre aquellos bienes constituye un ejercicio de la competencia de ejecución en materia de patrimonio histórico por parte del Gobierno de Aragón, su previa adquisición por parte de la Generalidad se realizó, como sostiene su escrito de requerimiento de 16 de abril de 1998, en ejercicio de las competencias en materia de patrimonio cultural y de museos asumidas estatutariamente (arts. 9.5 y 9.6 EAC), y en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico (arts. 6 y 8 de la Ley del Patrimonio Histórico Español y art. 40.3 del Real Decreto 111/1986).»

Pues bien, frente a lo afirmado en la sentencia, cabe comprobar que ninguna de las normas citadas atribuye ni a la Comunidad Autónoma de Cataluña ni a ningún otro poder público una potestad exclusiva y excluyente de adquirir por compraventa ni bienes en general ni bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español: a) los preceptos del Estatuto de Cataluña de 1979 que cita el Tribunal Constitucional se limitan a asumir genéricamente la competencia exclusiva en materia de cultura y de patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico (arts. 9.5 y 9.6), situación que no cabe entender modificada por el vigente Estatuto de Cataluña de 2006, donde las concretas competencias incluidas dentro de la materia «patrimonio cultural» tampoco comprenden ninguna referencia a las adquisiciones de bienes [art. 127.1.b)]; b) las menciones de la Ley del Patrimonio Histórico Español únicamente nos servirían, primero, para mantener que los órganos de la Comunidad Autónoma de Cataluña que tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico se consideran organismos competentes a efectos de la propia ley [artículo 6.a)], y segundo, que las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deben ponerlo, en el menor tiempo posible, en conocimiento de «la Administración competente», concepto en el que genéricamente puede incluirse a la Administración catalana, «quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta ley se dispone» (artículo 8.1.), pero sin que en la misma ley quepa identificar ninguna referencia, no ya a una competencia de adquisición de los bienes concernidos, sino ni tan siquiera a una política pública de adquisiciones; y c) finalmente, la cita de un precepto del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley del Patrimonio Histórico Español (RD 111/1986) tampoco permite identificar la competencia a la que se refiere el Tribunal Constitucional, pues el precepto en cuestión se limita a establecer las reglas para determinar la Comunidad Autónoma competente a efectos de ejercer el derecho de tanteo en las enajenaciones de bienes de interés cultural o inventariados (artículo 40.3), referencia normativa esta cuyo empleo a favor de la posición catalana no puede menos de sorprender dada

la formal negación por su representación letrada de que los bienes adquiridos fueran ni bienes de interés cultural ni inventariados.

El reconocimiento de la competencia exclusiva de un ente público para adquirir un determinado género de bienes sólo tendría sentido en relación con los bienes del demanio natural o los bienes mostrencos, pero no para los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, dado que estos pueden ser plenamente de titularidad privada, sin perjuicio de que su régimen jurídico de uso, aprovechamiento e incluso de transmisión sea objeto de un importante conjunto de reglas encaminadas a preservar el valor inmaterial que se atribuye a la colectividad en este patrimonio. Las Administraciones autonómicas pueden naturalmente, en uso de su plena capacidad de obrar, adquirir bienes culturales por los mismos modos que cualquier persona natural o jurídica, realizando, eso sí, los correspondientes negocios jurídicos de adquisición a través de los órganos competentes y los procedimientos debidos establecidos en la legalidad. Pero lo que no cabe es identificar esa capacidad como una competencia exclusiva. Se trata pues de una facultad que concurre en el mercado en perfecta igualdad con la que corresponde a las demás personas. De ahí que quepa sostener que Cataluña no estaba defendiendo una competencia propia y no reunía, por tanto, el requisito exigible para su legitimación activa en el conflicto positivo de competencias.

IV. LA PREVALENCIA ENTRE COMPETENCIAS AUTONÓMICAS CONCURRENTES

En la sentencia que determina estas reflexiones, el Tribunal Constitucional emplea una suerte de concepto plano de patrimonio histórico o cultural, lo que le lleva a mantener en el FJ 6 que las dos Comunidades Autónomas enfrentadas estaban ejerciendo competencias equivalentes en la materia respecto de unos mismos bienes:

«Ambas Comunidades Autónomas ejercen dicha competencia respecto de unos determinados bienes procedentes del Monasterio de Sijena que habían sido trasladados a Cataluña por su propietaria (Orden de San Juan de Jerusalén), de tal modo que, mientras que el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, estando éstos ya en su territorio procedió en 1983 y 1992 a su adquisición, y ha actuado desde entonces a favor de su protección, el Gobierno de Aragón ejerció respecto de ellos el derecho de retracto como un modo para procurar el retorno de los mismos a su territorio. Por tanto aquí el elemento determinante del presente conflicto positivo de competencia radica en que cada parte actúa con la legitimidad constitucional que le confiere la norma estatutaria propia a tenor de los títulos competenciales que cada una de ellas tiene atribuidos. Así, mientras el Gobierno de la Generalidad de Cataluña ha actuado respecto de unos bienes que estaban ya en su territorio

procediendo a su adquisición y actuando a favor de su protección ex art. 127 EAC, el Gobierno de Aragón ejerció respecto de ellos el derecho de retracto como un modo para procurar el retorno de los mismos a su territorio. Así lo hizo en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre «patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico, científico y cualquier otro de interés para la Comunidad Autónoma», que comporta la adopción de «las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón» (arts. 71.45 y 22.2 EAAr).»

La igualdad de las posiciones autonómicas en litigio se aceptará incluso para el efecto extraterritorial de la competencia aragonesa. Así, el ejercicio por la Comunidad Autónoma de Aragón del derecho de retracto sobre bienes situados en el territorio de Cataluña se considera por el Tribunal Constitucional como uno de los supuestos en los que, conforme a su jurisprudencia consolidada, no se impide a «las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional» (FJ 6). Adicionalmente, el mismo Tribunal Constitucional razona sobre la legitimidad constitucional del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por parte de las Comunidades Autónomas con apoyo en su propia jurisprudencia (FJ 7). No deja de ser curioso este detenido análisis de la competencia aragonesa para ejercer el retracto, especialmente si se compara con la circunstancia de que la competencia catalana para adquirir los bienes tan apenas precisa de argumentación en la misma sentencia; quizá ello sea debido a que, tal y como hemos defendido en el epígrafe anterior, la aragonesa era, en realidad, la única verdadera competencia pública implicada, circunstancia que ayudaba, sin duda, a explicar mejor su existencia, fundamento y alcance.

En todo caso, tanto la indiferencia ante el concepto del patrimonio cultural como la equiparación entre las dos competencias en litigio son esenciales para concluir el discurso lógico en el FJ 8 de la sentencia:

«Así, desde la consideración de que el objetivo de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección del patrimonio histórico es la preservación de los bienes de esta naturaleza y tomando en cuenta no sólo la señalada funcionalidad general del territorio en el entramado de distribución de competencias operado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y demás leyes integradas en el bloque de la constitucionalidad, sino también que nos encontramos ante la concurrencia de competencias en un mismo espacio físico y ante la falta de recurso a las técnicas de colaboración entre Comunidades Autónomas, debemos concluir que en el presente caso prevalece la competencia que corresponde a Cataluña, a cuyo cuidado —y como resultado de las más diversas circunstancias— se hallan los bienes relacionados en las órdenes dictadas por el Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón. Ciertamente, al ejercer su competencia sobre patrimonio histórico sobre los bienes que se hallan en su

territorio —con independencia de cuál sea el origen de los mismos—, Cataluña viene cumpliendo la señalada función de preservación del patrimonio histórico y artístico de España, y resulta constitucionalmente congruente desde esta perspectiva, toda vez que los bienes sobre los que versa la controversia están en adecuadas condiciones de conservación en Cataluña, que los mismos permanezcan en la Comunidad Autónoma en la que se encuentran.»

El fundamento de la prevalencia de la supuesta competencia catalana no deriva pues de una extralimitación territorial en el ejercicio de la competencia aragonesa, sino simplemente de la constatación de que los bienes concernidos ya están protegidos en el territorio de Cataluña. Da igual de dónde procedan los bienes, lo importante es que se encuentran al cuidado de la Comunidad Autónoma de Cataluña, aunque ello sea «como resultado de las más diversas circunstancias», e incluso, se insiste, «con independencia de cuál sea el origen de los mismos».

En el plano estrictamente constitucional llaman la atención, en la sentencia que comentamos: a) el recurso al argumento extra-constitucional de la prevalencia de una de las competencias autonómicas concurrentes; y b) la ausencia de una expresa asunción como guía interpretativa de los objetivos constitucionales establecidos en el artículo 46 de nuestro texto fundamental.

La prevalencia es una regla exclusivamente prevista en nuestro sistema constitucional para resolver los problemas de concurrencia entre las competencias estatales y autonómicas: cuando el Derecho estatal y el autonómico ofrecen legítimamente soluciones diferentes sobre una misma cuestión, se impone la prevalencia de la regla estatal (Constitución: artículo 149.3). Dicha prevalencia no forma parte del régimen constitucional de distribución de competencias; es una regla dirigida al intérprete, al aplicador del Derecho, es decir, al juez en último extremo, ordenándole que si se encuentra ante dos normas válidas y aplicables, una procedente de una Comunidad Autónoma y otra del Estado, dé preferencia a la procedente de éste.

Nada similar se ha previsto en relación con las posibles competencias concurrentes de varias Comunidades Autónomas, por lo que parece que estaríamos ante un supuesto apropiado para resolverlo con arreglo a los principios generales del Derecho, de acuerdo con la consolidada fórmula de nuestro Código civil (artículo 1.4). Principios que corresponde aplicar al intérprete, al juez de manera definitiva en ejercicio de su función jurisdiccional. Resulta insólito que el Tribunal Constitucional se arroge la facultad de dar prevalencia a una competencia autonómica sobre otra cuando considera válidas a ambas. Para ello tiene que dar por supuestas cuestiones de hecho que no le constan de ninguna manera, como sucede cuando afirma que los bienes ya están adecuadamente protegidos en Cataluña. Y tiene también que adoptar un criterio de prevalencia sin dar ningún apoyo para el mismo; un criterio sorprendente, pues

consiste en la prevalencia temporal: la competencia catalana vale más que la aragonesa porque se ejerció con anterioridad, de manera que los bienes ya estaban «en adecuadas condiciones de conservación en Cataluña».

La falta de una adecuada *guía interpretativa* es también manifiesta en la sentencia. Tanto las expresiones como las consecuencias finales de la argumentación rezuman ese colonialismo cultural que se muestra indiferente ante las cuestiones relativas a la procedencia de los bienes y que asume indiferenciadamente la protección *in situ* o *ex situ* de los mismos. Quizá no sea inoportuno recordar la eficaz denuncia de tal planteamiento precisamente por la Comunidad Autónoma de Cataluña en el caso conocido como los «papeles de Salamanca», donde logró la restitución de los documentos y fondos documentales custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española (Ley 21/2005, de 17 de noviembre).

Se echa en falta, en efecto, una declaración parecida a la que se hizo en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, cuando se estableció como criterio para interpretar las reglas constitucionales de distribución de competencias en relación con las aguas el cumplimiento de los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente establecidos en el artículo 45 de la Constitución (FJ 13).

De la misma manera que se advierte para el medio ambiente, en relación con el patrimonio cultural la Constitución ofrece una guía interpretativa clara, al establecer en su artículo 46 que «los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran». También aquí, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, el Tribunal Constitucional habría de haber asumido el compromiso de respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato constitucional y alcanzar los objetivos de conservar el patrimonio cultural de los pueblos de España y promover su enriquecimiento.

Desde ese punto de partida no parece difícil resaltar la profunda relación del Patrimonio Histórico Español con el «patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España». Se trata de un patrimonio hecho de patrimonios, idea constitucional que conecta bien con las reglas estatutarias y legales que han permitido identificar y proteger los patrimonios culturales de las diferentes Comunidades Autónomas. Cada uno de los patrimonios culturales autonómicos, y entre ellos el catalán y el aragonés, se caracteriza, por tanto, como integrado por todos los bienes relacionados con la historia y la cultura de la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 1.2 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán, y art. 2 de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural de Aragón). En consecuencia, habría de darse preferencia a las interpretaciones que prima-

ran razonablemente la permanencia de los bienes culturales en el territorio con cuya historia y cultura se relacionan, así como el retorno de los mismos a dicho territorio.

La preferencia constitucional por el territorio originario del bien cultural cuenta con un elemento adicional que se deduce de toda la legislación ordinaria en materia de patrimonio cultural y que sin dificultad podría configurarse como un principio general de nuestro ordenamiento jurídico. Se trata del principio de preferencia de la conservación *in situ*, que viene imponiéndose reiteradamente en el Derecho español frente a todo tipo de derribos, desplazamientos, remociones o desmembramientos de los monumentos protegidos (arts. 27 y 35 de la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 1933; arts. 18 y 37 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985).

Aplicando a nuestro caso los anteriores criterios interpretativos, parece que no hubiera sido difícil diferenciar entre las dos competencias implicadas, puesto que mientras una de ellas postulaba el retorno de los bienes al Monasterio de Sijena por considerarlos parte integrante del mismo, otra propugnaba su mantenimiento en diversas instituciones museísticas. En esa tesitura, tanto la primacía constitucional otorgada a los patrimonios culturales de los pueblos de España, como el principio general de preferencia de la conservación *in situ*, habrían debido conducir a declarar la primacía de la competencia aragonesa.

Expuestas quedan, así, algunas razones que justifican la insatisfacción ante la argumentación y la solución dadas por el Tribunal Constitucional al conflicto sobre los bienes del Monasterio de Sijena. Conflicto que no debería haberse admitido ya que, en realidad, versaba sobre la aplicación de la legalidad ordinaria en el ejercicio del retracto por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón, tal y como se sostuvo por los cuatro magistrados discrepantes en los votos particulares a la sentencia. Adicionalmente, hemos mantenido en las páginas precedentes: a) que la compra de los bienes por la Generalidad de Cataluña no habría de calificarse como una competencia susceptible de ser defendida mediante el conflicto de competencias; y b) que la protección constitucional del patrimonio cultural incluye un principio de preferencia de la conservación *in situ* determinante de la primacía de la competencia ejercida por Aragón.

Las reflexiones aquí incluidas no pueden ya servir para la modificación del criterio impuesto en el caso por el Tribunal Constitucional. No obstante, pretenden contribuir a la determinación del perfil propio de los conflictos positivos de competencias suscitando cuestiones que parecen trascender del caso concreto, como son la identificación de las competencias objeto del conflicto y la determinación del alcance de las mismas conforme a los criterios que cabe deducir de los valores constitucionales.

Finalmente, en cuanto a la litigiosidad catalano-aragonesa sobre los bienes eclesiásticos del Aragón Oriental, cabe indicar que desgraciadamente continúa con todo vigor. Al margen de las variadas actuaciones judiciales y extrajudiciales referidas a otros bienes, en relación con los afectados por el conflicto que hemos analizado el Gobierno de Aragón ya ha anunciado el inicio de un pleito civil reclamando la nulidad de la compraventa realizada por los Sanjuanistas a favor de la Generalidad de Cataluña. Confío en que nadie se moleste demasiado si añado que, mientras tan ardorosamente Aragón defiende sus señas de identidad frente a las intromisiones del territorio vecino, muchos otros bienes culturales padecen los ataques producidos por la desidia y el abandono en el propio territorio.

ANÁLISIS ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO(*)

NICOLÁS A. GUILLÉN NAVARRO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ANTE EL FALLECIMIENTO DEL RECLUSO: 1. Suicidio del recluso. 2. Muerte.– III. LESIONES.– IV. HECHOS COMETIDOS DURANTE PERMISOS PENITENCIARIOS.– V. HUIDA DEL CENTRO PENITENCIARIO.– VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: La reciente jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo, como de la Audiencia Nacional, ofrece interesantes ejemplos de hasta qué punto la Administración debe responder a través de la responsabilidad patrimonial de distintas acciones y hechos que afectan al día a día de los reclusos. En este estudio podremos apreciar que no siempre la Administración actúa como aseguradora universal de estos ciudadanos, sino que la valoración del nexo causal torna en un elemento fundamental para determinar la trascendencia del deber de tutela que tiene ésta.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial; reclusos; Administración penitenciaria; lex artis; muerte; suicidio; lesiones.

ABSTRACT: This paper analyses the recently jurisprudence settled by The Spanish Supreme Court about different aspects and problems of the pecuniary responsibility for compensation as a result of the abnormal functioning of the prison administration.

Key words: pecuniary responsibility; prisoner; prison administration; lex artis; death; suicide; injure.

1. INTRODUCCIÓN

El hecho del internamiento de un recluso en un centro penitenciario conlleva la asunción de toda una serie de obligaciones de tutela por parte de la Administración. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo [vid. FJ séptimo de la STS de 27 junio 2007 (JUR 198959)] establece «el ineludible

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 22 de enero de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de febrero de 2012.

deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad» exigidas a través de los arts. 10.1, 10.2, 15 y 96.1 CE; art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; las previsiones contenidas en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y las Declaraciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. A ello debe sumarse la regulación contenida en la normativa concreta en esta materia, en la cual los arts. 1, 3, 4 y 8.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*, completada con su Reglamento (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), «otorgan a la autoridad penitenciaria las medidas de vigilancia y seguridad necesarias, tendentes a proteger a los reclusos» [vid. STS de 4 de enero de 1991 (RJ 50) y 13 de junio de 1995 (RJ 4675)].

A pesar de la obligación de tutela y control por parte de la Administración, ante casos tan dispares como el fallecimiento del recluso en la cárcel, acciones derivadas del consumo de drogas en el recinto penitenciario, lesiones, etc., se pueden encontrar numerosos pronunciamientos judiciales que analizan hasta qué punto la Administración debe responder por estos hechos. Con ello, la jurisprudencia delimita el alcance de la responsabilidad patrimonial partiendo del hecho de que el art. 106.2 CE garantiza el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la Ley, a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (1).

(1) En este sentido, este precepto debe completarse con el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde se recogen los requisitos que necesariamente han de concurrir para que proceda la indemnización reclamada por dicha vía, las cuales son: a) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos, del particular afectado. b) Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño. c) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido. d) Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. e) Que no tenga obligación jurídica de soportar el daño. f) Que no haya transcurrido el plazo de un año desde que se produjo la lesión o el daño. A todos estos requisitos se suma el hecho de que la jurisprudencia ha determinado de manera constante que el daño o lesión sufrido por el reclamante ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pero tal ha de ser en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto y sin intervención extraña que pueda interferir alterando el nexo causal [vid. FJ décimo de la SAN de 19 julio de 2006 (JUR 200196) en la cual se referencia a la STS 3ª, 6ª 8 de junio y 18 de octubre de 1993 y de 15 de febrero de 1994 y SAN 29 de marzo de 1993].

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ANTE EL FALLECIMIENTO DEL RECLUSO

Un supuesto recogido en numerosa jurisprudencia es el relativo a la responsabilidad patrimonial ante el fallecimiento de un interno en el establecimiento penitenciario. En este sentido, la jurisprudencia recoge la necesidad de que exista un elemento de anormalidad en el servicio suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño [vid. STS de 13 de junio de 1995, 25 de enero de 1997 (RJ 266), 18 de noviembre de 1996 (RJ 8063), 4 de enero de 1991 (RJ 500), 5 de noviembre de 1997, 26 de abril de 1997, 13 de marzo de 1989 (RJ 1986), 22 de julio de 1988 (RJ 6095) y 15 de julio de 1988 (RJ 5896)].

Con ello, para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de un interno, la jurisprudencia viene exigiendo que el nexo causal esté presidido por una relación directa, inmediata y exclusiva entre la actividad administrativa y el daño o lesión, pues, como afirma por ejemplo la STS de 25 de enero de 1997 (RJ 266), «la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes». En este sentido, conviene matizar, tal y como se señala en distinta jurisprudencia, que hay que rechazar «que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración» [Vid. STS de 25 mayo 2010 (RJ 5220) y de 14 de mayo de 2003 (RJ 8236)].

Así, en el caso de fallecimiento de internos en establecimientos penitenciarios, la jurisprudencia es constante en exigir la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño producido a pesar de haber intervenido terceras personas en su producción (2). A ello debe añadirse que la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama

(2) En este sentido se puede aludir a las STS de 23 de marzo de 2000 SIC [(RJ 4051) (rec. casación 1067/1996)]; de 5 de mayo de 1998 (RJ 4625) [(rec. casación 7098/1993)]; de 13 de junio de 1995 (RJ 4675); 25 de enero de 1997 (RJ 266); 4 de enero de 1991 (RJ 500); 26 de abril de 1997 (RJ 4307) y 22 de julio de 1988 (RJ 6095).

la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa [vid. STS de 18 de octubre de 2005 (RJ 8530) y de 7 de septiembre de 2005 (RJ 8846)].

1. Suicidio del recluso

Cuando hablamos de la muerte de un recluso, y más en concreto del suicidio del mismo, los pronunciamientos aluden a «la necesaria determinación de si ha tenido lugar la intervención de una tercera persona como agente activo, al exigir la jurisprudencia de manera constante la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario que fuera suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, determinando con ello el carácter antijurídico del daño producido, a pesar de haber intervenido terceras personas en su producción» (3).

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, la jurisprudencia del TS y de la AN rechaza la existencia de nexo causal ante supuestos tales como el suicidio del recluso si anteriormente la Administración, y más en concreto los funcionarios, habían hecho un seguimiento del recluso con la diligencia debida. A ello se suma el hecho de que la jurisprudencia indica la inexistencia de anormalidad en el servicio público penitenciario ante los casos de no utilización de instrumentos ajenos a los enseres propios de un establecimiento penitenciario para cometer el suicidio (4). Así, la STS de 22 junio 2010 (RJ

(3) Vid. entre otras STS de 13 de junio de 1995 (RJ 4675), 25 de enero de 1997 (RJ 266), 18 de noviembre de 1996 (RJ 8063), 4 de enero de 1991 (RJ 500), 5 de noviembre de 1997 (RJ 8298), 26 de abril de 1997 (RJ 4307), 13 de marzo de 1989 (RJ 1986) y 22 de julio de 1988 (RJ 6095).

(4) Por otra parte, la SAN de 25 de mayo de 2011, en su FJ cuarto (JUR 214163) reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial en el caso del suicidio en el calabozo de la comisaría para el que se empleó un cinturón que no había sido retirado al detenido: «Sentados los principios que deben informar la valoración que esta Sala ha de realizar, aparece, de los hechos que se han hecho constar, que la causa directa e inmediata de la muerte del hijo de los recurrentes deviene de su propia conducta y voluntad suicida; ahora bien, en la generación de este hecho ha intervenido una actuación omisiva de la Administración en la realización de las actuaciones de prevención que determina la propia naturaleza de la situación de privación de libertad que se encontraba el finado, pues, no procedió a retirarle las pertenencias personales que pueden ser generadoras de una conducta atentatoria contra su persona, como el cinturón que utilizó para el suicidio. En conclusión, en la generación del resultado ahora enjuiciado ha coadyuvado la deficiente y omisiva conducta de la actuación administrativa de custodia y vigilancia del detenido puesto a su disposición, cuidados que son los usuales y ordinarios en la labor de prevención que compete ante la situación de privación de libertad de las personas. Omisión que ha generado un perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en la persona de los padres del fallecido».

5788) en su FJ tercero, ante el supuesto de suicidio de un recluso en su celda con una sábana resuelve lo siguiente (5):

«Respecto al seguimiento de los funcionarios, éstos obraron con la diligencia debida no observando nada raro a lo largo de la jornada que hiciera sospechar sobre lo finalmente acaecido. El Psiquiatra, pocas horas antes del suicidio le realizó una larga entrevista, y sin embargo manifiesta que el interno no presentaba clínica depresiva, ni ideación autolítica, ni tampoco clínica psicótica. Así las cosas nada hacia previsible que tomara la trágica decisión del suicidio. En el ahorcamiento fue utilizada una sábana y para ejecutarlo se sirvió del tubo del aire. En definitiva, no existe constancia alguna de que el fallecimiento producido durante su estancia en prisión, se debiera a un mal funcionamiento de tales servicios, por lo que no se puede apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración, y por consiguiente falta la prueba del necesario vínculo causal entre el fallecimiento por ahorcamiento y el funcionamiento de los servicios penitenciarios. Por otro lado, la forma en la que se produjo el suicidio —por ahorcamiento con una sábana—, tampoco revela ninguna anomalía en el servicio público penitenciario, pues no se utilizó ningún instrumento ajeno a los enseres propios de un establecimiento de esta naturaleza, es decir, el instrumento utilizado «no parece especialmente idóneo para una tentativa de ahorcamiento», pues «constituye un elemento natural, aparentemente inofensivo, para el descanso de cualquier persona».

Otro aspecto analizado reiteradamente en la jurisprudencia es la valoración de la atención, cuidados y vigilancia prestados sobre reclusos con problemas psiquiátricos o antecedentes suicidas. En este sentido, sentencias como la de la Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000 (FJ séptimo y noveno) concluyen que el hecho de no advertir estas conductas o no recoger los trastornos psiquiátricos en los informes del centro penitenciario ya determina que la vigilancia practicada no fue suficiente (6):

«En efecto, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anomalía en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada, determinante de la omisión de cuidados que pudieron evitar el fallecimiento. El no haberse advertido al centro penitenciario de los antecedentes de tendencia suicida del interno consti-

(5) En este mismo sentido, STS de 5 de mayo de 1998 (RJ 4625) y SAN de 21 de mayo de 2008.

(6) Asimismo, es interesante acudir a la STS de 26 de noviembre de 1998 (RJ 9312) (recurso 4250/1992) la cual considera que «existió una omisión imputable a la Administración Penitenciaria causante del resultado, sin ruptura del nexo causal, pues se trata de un suicidio respecto del cual debieron adoptarse medidas previas de control médico, máxime teniendo en cuenta que se conocía con anterioridad la situación mental del interno que se suicida y que ya antes de la comisión del hecho determinante de su ingreso en prisión había dado muestras de una conducta anormal».

tuye por sí mismo un elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente, pues de haberse conocido esta circunstancia las autoridades del centro hubieran, como afirma la sentencia de instancia, ordenado cuidados especiales que hubieran podido impedir el suicidio» (FJ séptimo).

«Aplicando la anterior doctrina a los hechos que la Sala de instancia, en el ejercicio de su facultad exclusiva de valoración del material fáctico aportado, considera probados, puede deducirse de ellos que la comunicación omitida de los antecedentes suicidas del interno hubiera determinado la adopción de cuidados especiales que hubieran podido evitar su suicidio, de tal suerte que la culpa «in vigilando» dimanante del carácter defectuoso de la vigilancia llevada a cabo por ser insuficiente la información llegada al centro penitenciario aparece como causa idónea y relevante de los consiguientes perjuicios, siquiera lo sea de modo concurrente con la conducta propia del interno y su voluntad suicida» (FJ noveno).

Con todo ello, para determinar si procede apreciar responsabilidad patrimonial en los supuestos de suicidio es necesario analizar si el suicidio resultaba o no previsible a la vista de los antecedentes del paciente, por cuanto si atendidos éstos podía resultar previsible lo ocurrido y hubiera devenido necesario adoptar las medidas de atención y cuidado [(FJ segundo de la SAN de 30 marzo 2011 (JUR 130660)]. Así, por ejemplo, la adopción de medidas no adecuadas como el aislamiento en una habitación cerrada de una persona en crisis nerviosa y que unos momentos antes había dado claras y evidentes muestras de intentar suicidarse, o la existencia de informes psicológicos deficientes que no apreciaban severos trastornos de la personalidad que desembocarían en el suicidio del preso [Vid. SAN de 27 enero 1999 (RJCA 3475) (7)], conlleva la concurrencia de un elemento de anormalidad en el servicio público prestado, hecho que determina por sí mismo la existencia de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración penitenciaria. [Vid. FJ séptimo de la SAN de 22 octubre 2003 (JUR 2004/53563)].

(7) FJ tercero: «Aun cuando en los servicios penitenciarios se había constatado que era portador del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y del carácter de toxicómano ya referido, no se hizo ninguna mención a su personalidad psicopática, con severos trastornos de ésta, puestos de relieve por los informes del INSALUD y que sin embargo no recogieron los informes psicológicos del Centro Penitenciario, lo que sin ninguna duda constituye una omisión importante, de la valoración que podía hacerse de la personalidad del interno, que junto con la adicción a las drogas, sí constatada, presentaba severos trastornos de la personalidad no apreciados, por los servicios penitenciarios. Si a ello se añade, que con anterioridad inmediata a la incidencia ya expuesta del 26 de octubre de 1995, consta en su expediente otra de 5 de octubre, en la que pide metadona que no se le otorga, anunciando que se va a pinchar heroína y que precisa que le vea el psiquiatra y se constata que estaba bajo los efectos de una ingesta importante de tranquilizantes, que no le habían sido recetados, debe concluirse que existió una relación causal entre el suicidio del señor L. y una omisión del deber de cuidado por parte de la Administración Penitenciaria que a la vista de su personalidad ya expuesta, no tomó las precauciones necesarias para evitar que aquél terminara con su vida, incumpliendo así las prevenciones de la legislación penitenciaria».

2. Muerte

Aparte de los casos de suicidio, la jurisprudencia también analiza otros supuestos de muerte del recluso que pueden originar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En este sentido, y aludiendo a lo expuesto en el FJ cuarto de la STS de 13 de marzo de 1989 (RJ 1986), se debe reiterar el deber de tutela de la Administración, el cual «se cumple a través de una serie de medidas de vigilancia y seguridad tendentes entre otras cosas a proteger a los reclusos de agresiones de toda índole por parte de otros compañeros e incluso de sí mismos (caso de autolesiones o suicidios). De ahí las requisas, cacheos, recuentos, comprobación de envíos del exterior, etc. Y también de ahí que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo haya considerado a los reclusos no como extraños al funcionamiento del Centro penitenciario sino integrados en su organización y disciplina». Por otra parte, es preciso señalar que cuando se habla de anormalidad del servicio, la jurisprudencia, entre otras la STS de 18 de julio de 2002 (RJ 6606), señala que «el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar que objetivamente existió una deficiencia, aún cuando fuera aislada determinante de la omisión de cuidados que pudieron evitar el fallecimiento».

Con ello, se puede aludir a la existencia de relación causal como consecuencia de un anormal funcionamiento del servicio penitenciario en supuestos en los que no se ha detectado la existencia de puñales o instrumentos punzantes utilizados para asesinar a un recluso o no haber detectado los roces o malas relaciones entre agresor y víctima, y en caso de que fuesen conocidas en el Centro, no haber adoptado medidas oportunas para evitar la proximidad entre ambas personas o cualquiera otra adecuada y eficaz. En resumen, todos estos supuestos entrañan una desvirtualización del «deber elemental de velar por la integridad de las personas sometidas a custodia, atribuible exclusivamente, directamente e inmediatamente a un deficiente funcionamiento del servicio público penitenciario que no ha sabido evitar ni la posesión del arma homicida, ni el ataque, más o menos súbito, del autor del hecho» (8).

(8) En este sentido, también se puede aludir a la STS de 13 marzo de 2001 (RJ 1382) en donde se reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración ante el apuñalamiento de un recluso. En este caso, la sentencia reconoce la existencia de nexo causal en la muerte del interno debido a la falta de la debida vigilancia que conllevó ésta, dada por la circunstancia de que la navaja estaba enterrada en el patio: (FJ tercero) «El motivo único articulado, en la forma que consignábamos en el fundamento primero, deviene de todo punto improcedente, en contemplación de cuanto hemos expuesto en el anterior, pues desde luego concurren los requisitos enunciados que uniformemente viene exigiendo la jurisprudencia para dar lugar a la responsabilidad patrimonial cuestionada en el proceso, y en concreto el nexo causal puesto ahora en tela de juicio, para lo cual basta observar

En relación con estos supuestos podemos aludir a la SAN de 7 mayo de 2002 (JUR26552) que analiza el fallecimiento de un recluso a consecuencia de las heridas sufridas por agresión de otro recluso y en el que se observa la omisión del deber de vigilancia necesaria en el centro. En este sentido, la sentencia admite la responsabilidad de la Administración, si bien la cantidad de la indemnización se minorra como consecuencia de que el fallecido era el que portaba el «pincho» que le fue arrebatado y causó su muerte (9).

Lejos de estos casos, supuesto diferente es el recogido en la SAN de 19 julio de 2006 (JUR 200196) el cual se centra en el fallecimiento de un recluso por legionella en el centro penitenciario y se analiza si la actuación médica fue diligente o no. A este respecto, la sentencia, en su FJ undécimo, parte del hecho de que a la hora de determinar hasta qué punto puede entenderse que

que la muerte ocasionada al marido de la recurrente se produjo como consecuencia o con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos penitenciarios del establecimiento de Alcalá-Meco al ser apuñalado, según relata la Sala de instancia, al finalizar el servicio religioso, con una navaja que el acreedor había recogido del campo de fútbol, en cuyo suelo estaba enterrada, particular circunstancia que denota falta de la debida vigilancia, la cual, sobre suponer el incumplimiento de los particulares deberes que al respecto impone la normativa penitenciaria, fue la determinante de la mortal agresión causada, sin que, de otra parte, quepa dar mayor relieve a cuanto se aduce por el Abogado del Estado en orden, a la necesidad de cohonestar la vigilancia con la libertad e intimidad de los internos y con las obligaciones que pesan sobre los funcionarios, e incluso el resultado positivo y favorable de la información reservada acerca del cumplimiento correcto de las normas de vigilancia y control, ya que la responsabilidad reconocida es desde luego y como venimos reiterando netamente objetiva, y son intrascendentes e irrelevantes tales alegaciones o factores ante la realidad de la muerte causada en el Centro Penitenciario mientras se desarrollaba la actividad penitenciaria, dentro de la cual tiene particular importancia la atención de la salud y seguridad de los internos y obsérvese, en último término, que la exclusividad a que se alude en el escrito de interposición en la relación de causa a efecto no es, según tiene declarado esta Sala, esencial e inexcusable, por cuanto la responsabilidad puede en ocasiones ser procedente aunque concurren con causas, o en otros términos «puede aparecer bajo formas mediatas y concurrentes», determinantes también en alguna medida del daño causado, en su caso, al objeto, de graduar la correspondiente indemnización, para la atribución proporcional de la reparación»

(9) Vid. FJ tercero: «En definitiva la sentencia penal nos da una referencia probada de lo acaecido, la cual es reveladora de que la vigilancia por parte de la Administración no fue la adecuada, existiendo, por tanto, un funcionamiento anormal de aquella determinante de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, también hay que ponderar la conducta de la propia víctima, que influye en el quantum indemnizatorio en el sentido de minorar la cantidad con que debe ser indemnizada la parte actora, dado que el evento dañoso —se produjo por la intervención activa en los hechos acaecidos de la propia víctima que portaba el «pincho», que posteriormente le fue arrebatado por su agresor e incluso llegó a prevenirse de la posible reacción del agredido mediante medios protectores. La concurrencia de culpa tanto por parte de la Administración como del fallecido en la causación del daño debe minorar la cantidad que debe serle reconocida a los demandantes, que el Tribunal valora en un millón de pesetas para los padres y 300.000 pesetas para cada hermano, habida cuenta de que no queda acreditada a existencia de una situación de dependencia económica a los miembros de la familia actuantes respecto al fallecido, limitándose lo indemnizado al daño moral sufrido por los recurrentes con la precisión indicada».

existe o no responsabilidad de la Administración «resulta que se hace necesario, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos». Con ello, este criterio o parámetro de determinación de la normalidad de la asistencia sanitaria se encuentra, generalmente, en el criterio de la *lex artis ad hoc* y ello independientemente de valorar otros criterios de normalidad como los que hacen referencia a la valoración de la antijuridicidad del daño. Este criterio, como se explica en la referida sentencia, «se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia medica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (*lex artis*)».

Centrándonos en los pronunciamientos en esta materia, existe una consolidada línea jurisprudencial que establece que «en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis* responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado» (10).

(10) En el caso referido, la sentencia consideró que no hubo infracción a *lex artis*: «El hecho de que los facultativos del servicio médico del Centro Penitenciario de Madrid VI (Aranjuez), no detectaran que el esposo de la actora padecía de legionella el día 22/11/02 cuando acudió a consulta, y que de haberse efectuado el diagnóstico ese día se podría haber impedido su muerte. De un lado por la dificultad de diagnóstico de ciertas enfermedades, y en concreto de la legionella que, según el Informe Médico Forense, tiene un periodo de incubación de 2 a 10 días en que puede presentar síntomas inespecíficos como malestar general, mialgias, escalofríos y posteriormente pasar al cuadro propiamente dicho con manifestaciones respiratorias, que en este caso no eran muy evidentes en

Para finalizar, y en cuanto a la muerte del recluso por sobredosis, los pronunciamientos se centran en analizar la responsabilidad en torno a dos cuestiones como son las medidas adoptadas para evitar la entrada y consumo de estupefacientes en la prisión, y la atención médica dispensada. Así, sentencias como la del Supremo de 8 de noviembre de 2010 (RJ 7939), en su FJ primero, parten del hecho de que el «deber público que la Ley impone a la Administración de velar por la salud e integridad físicas de las personas internadas en centros penitenciarios, es una obligación de actividad, no de resultado». Es por ello que si consta que se practicaron diversas medidas para impedir la entrada y la circulación de drogas o sustancias estupefacientes, no es apreciable una falta de vigilancia, descuido, desentendimiento o despreocupación por impedir estas conductas (11).

Un último supuesto a destacar en este apartado es la muerte producida como consecuencia de un incendio. A este respecto, la SAN de 20 marzo de 2001 (JUR295492), en su FJ segundo, deja aparte la actuación del personal funcionario de la prisión, de la cual no se induce negligencia o demora injustificada, para centrarse en las condiciones de la celda en la que se encontraban los fallecidos. Así, aduce el hecho del deber de vigilancia de las celdas por parte de la Administración, la cual debía haber evitado la existencia de materiales tóxicos e inflamables en ella y que causaron la muerte de los reclusos, de ahí la existencia de responsabilidad patrimonial:

principio, manifestaciones digestivas (diarreas, náuseas y vómitos, dolor abdominal), manifestaciones neurológicas, renales y otras esto es una afectación multisistémica. Es decir, los primeros síntomas de la enfermedad son inespecíficos y puede confundirse fácilmente con una afección leve de las vías respiratorias (un simple catarro) De otro lado, no existe certeza de que de haber sido detectada la enfermedad el 22/11/02, en lugar del día 26/11/02, no hubiese fallecido el 30/11/02, pues como puede comprobarse por las fechas el proceso patológico fue vertiginoso, sin duda potenciado por los antecedentes médicos del difunto».

(11) Vid. FJ primero: «Así, consta que se practicaron diversas medidas para impedir la entrada y la circulación de drogas o sustancias estupefacientes en el Centro, como los cacheos o la realización de pruebas radiológicas con ocasión de las comunicaciones, el escaneado de los paquetes enviados a los internos o los cacheos y requisas en las dependencias carcelarias, en concreto, respecto de estos últimos, se ha participado la realización durante el último trimestre de 2005 y el primero de 2006 de cacheos en la cocina (en 16 ocasiones), comunicaciones exteriores e interiores (42), talleres (1) y celdas (11.107), además, la celda del interno, «durante el tiempo que permaneció [en el] Centro fue cacheada en 20 ocasiones. No le fueron encontradas drogas» (folios 99 a 108 del expediente administrativo). Por consiguiente, no se puede decir que el Centro se mantuviera pasivo ante dicho problema o que errara en las actuaciones reseñadas, como expone la parte demandante, pues no cabe reclamar una garantía absoluta y perfecta de aislamiento en cuanto a las drogas, ya que esta pretensión, como ha declarado esta Sección con anterioridad, «no se compagina con la realidad actual, en sus vertientes humana y técnica, al no disponerse de los medios adecuados para alcanzar ese fin y, al mismo tiempo, respetar los derechos de los internos, de sus visitantes y de quienes desempeñan sus funciones en el recinto» (Sentencia de 17 de julio de 2008)».

«Ahora bien del examen de los hechos probados se infiere que concurrieron circunstancias, atribuibles a la Administración que facilitaron el efecto dañoso, provocando la extensión del fuego y facilitando el efecto lesivo. En este sentido el párrafo penúltimo de los hechos probados señala que «dadas las reducidas dimensiones de la celda (tres por cuatro metros), su ocupación (tres personas) y la alta combustibilidad de los enseres y materiales que allí había (entre otros sulfumán, agua fuerte y objetos de pintura) el fuego se propagó con extraordinaria rapidez al tiempo que generaba gases tóxicos (monóxido y dióxido de carbono).

No queda acreditado quién colocó tales elementos tóxicos o inflamables en la celda, y, aunque los internos que en la misma se encontraban evidentemente debieron conocerlos; sin embargo, la Administración que debe cuidar la vigilancia de las celdas y lo en ellas existente, permitió su existencia y permanencia de tales materias.

Es por ello que existen causas favorecedoras de la extensión y gravedad del daño cuya existencia la Administración debió vigilar e impedir.»

Por otra parte, en este tipo de pronunciamientos hay que tener en cuenta si en el incendio ha tenido una participación activa el recluso, lo que es un elemento importantísimo para considerar o no la existencia de responsabilidad patrimonial. Esta circunstancia es advertida en la SAN de 8 abril de 1998 (RJCA 1285), en donde en su FJ tercero se señala que si el incendio es provocado por uno de los fallecidos entonces desaparece el nexo causal, hecho que también se produce ante una diligente actuación por parte del centro. No obstante, dicha sentencia considera la existencia de responsabilidad de la Administración por no haber adoptado las medidas tendentes a evitar el incendio, poniendo fuera del alcance los medios que provocaron éste:

«Sin embargo, aunque el órgano judicial ya citado vino a advertir la existencia en la causa penal de «elementos bastantes para llegar a la conclusión y convicción fundada de que el inicio de la ignición no se debió o fue producido, ni propiciado siquiera, por defectos, vicios o deficiencias de la instalación de energía eléctrica o de otra índole de que se hallaba dotada la celda, o por cualquier circunstancia imputable al régimen penitenciario, sino que por el contrario el incendio fue provocado, de forma casual, negligente o aun de forma intencionada ... por alguna de las reclusas fallecidas», no puede dejarse de advertir tampoco, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 139 de la Ley 30/1992) que —sin perjuicio de la inoperancia de alegaciones efectuadas por la parte demandante, por no ser incardinables en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración o por carecer del necesario respaldo probatorio, así, la alegación vertida por la representación procesal de doña Trinidad P. A., en su escrito de demanda, hechos, primero, apartados 1 y 2—, la causación del resultado dañoso pone de manifiesto la falta de adopción de las medidas adecuadas para evitarlo, poniendo fuera del alcance de las internas los medios que eventualmente hubieran determinado «casual, negligente o aun de forma intencionada» la producción del incendio, dado el deber que a la Adminis-

tración incumbe de mantener a los presos en condiciones de seguridad y de velar por su integridad, ya anticipado».

III. LESIONES

Cuando nos referimos a la responsabilidad de la Administración por lesiones, un punto de partida a considerar es aquel que se relaciona con las secuelas cerebrales como consecuencia de intoxicación por drogas en el centro penitenciario. A este respecto, la valoración se vincula con los supuestos anteriormente señalados en el caso del fallecimiento, los cuales se centran en dos actuaciones esenciales: en primer lugar, la insuficiencia de las medidas adoptadas para interceptar la entrada de estupefacientes y de sustancias prohibidas en la prisión; y, en segundo lugar, la ineficacia de las medidas acordadas para evitar la circulación de dichos productos dentro del recinto [vid. FJ primero STS de 8 noviembre de 2010 (RJ 7939)].

Lejos de estos casos, en la jurisprudencia podemos encontrar otros pronunciamientos acerca de lesiones que valoran el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Así, la STS de 26 enero de 2010 (RJ 3152) analiza las lesiones de un interno como consecuencia de una caída en el frontón por estar reparando la red. A este respecto, en la sentencia se señala que la «jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración». A ello suma que constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, circunstancia que en el presente caso no se acreditó que la caída fuera debida al deficiente estado de la instalación deportiva ni que el recurrente estuviera arreglando la red a instancia de un funcionario.

Caso curioso es el relativo la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de las lesiones sufridas como consecuencia de la caída de un recluso de la cama. A este respecto, la STS de 7 junio de 2011 (RJ 5077) parte del hecho de que el preso sufrió una crisis epiléptica y una caída de la litera superior, que carecía de ningún sistema de protección, golpeándose con una silla y quedando a causa de ello tetraplégico. Ante los casos de lesiones producidas por caídas de una litera, existe jurisprudencia como la STS de 26 de diciembre de 2006

(PROV 2007/23127) que en un supuesto parecido señala que la caída no es debida a un mal servicio de la Administración o como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio público, por tanto no se puede hablar de relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración Penitenciaria y las lesiones sufridas por la recurrente. A ello se suma el hecho de que la sentencia de 7 de junio de 2011 referida (FJ primero) señala «la obligación de la administración penitenciaria de mantener los medios con los que cuenta en buenas condiciones de seguridad, utilidad y funcionamiento, y es así que la Dirección del Centro, con los medios que cuenta, asigna a cada interno un módulo y una celda, pero no la cama que ha de ocupar, que en momento alguno derivó en la obligación de la litera de arriba, que por cierto no presentaba el día de los desgraciados hechos defecto o anomalía alguna».

Dentro del conjunto de sentencias referidas a lesiones, no sólo hay que centrarse en la esfera de los reclusos, sino que también existen pronunciamientos que afectan al personal funcionario que trabaja en los establecimientos penitenciarios. En este sentido, la responsabilidad patrimonial de la Administración puede surgir a causa de un deficiente mantenimiento de las instalaciones. Así, es interesante acudir al caso de las lesiones de un Guardia Civil, destinado en un centro penitenciario, producidas como consecuencia de la caída sufrida al tropezar con la extremidad de una reja exterior de hierro colocada de forma superficial frente a su lugar de trabajo. En este caso, la SAN de 26 mayo de 2004 (JUR 245809) declara la responsabilidad patrimonial de la Administración, «dado que fueron las malísimas condiciones de mantenimiento del perímetro exterior de la prisión las que originaron la caída del recurrente en el foso de dicho recinto penitenciario, con las consiguientes lesiones que tal accidente le produjo. Máxime cuando no se infiere que el perjudicado cooperase al funcionamiento anormal del servicio ni menos que su actuación fuese la causa determinante de sus manifiestas deficiencias, por lo que no existe para él un deber jurídico de soportar el perjuicio sufrido causado exclusivamente por ese deficiente estado de conservación del perímetro de la prisión en la que aquél prestaba sus servicios».

IV. HECHOS COMETIDOS DURANTE PERMISOS PENITENCIARIOS

Cuando se habla de responsabilidad patrimonial en el ámbito penitenciario, no sólo debemos referirla a hechos acaecidos dentro del recinto, sino que la jurisprudencia trata minuciosamente situaciones cometidas por los reclusos durante el disfrute de un permiso de salida del centro penitenciario.

Dentro de esta jurisprudencia se puede aludir a la SAN de 18 marzo de 2005 (JUR 226054) que se pronuncia acerca del funcionamiento normal

o anormal de los servicios públicos ante el fallecimiento de un policía en el curso de un atraco cometido por personas que se encontraban en libertad como consecuencia de la concesión de un permiso de salida. Aspecto importante que surge en esta sentencia es el referido a los permisos penitenciarios y su incidencia en el nexo causal. En este sentido, el pronunciamiento parte del hecho de que «la finalidad de la reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad, «ex» art. 25.2 de la CE impide la existencia de un sistema penitenciario que mantenga aislado al interno de la sociedad». Con ello, se impone a todos los ciudadanos la carga general de soportar estos daños, que puede comportar en ocasiones la obligación de indemnizar o dicho en palabras del Tribunal Supremo: «la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados [...], pues los riesgos que la sociedad objetivamente debe asumir en la concesión de permisos penitenciarios, porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España, no es adecuado, con arreglo a la conciencia social, que sean soportados de manera individual por aquéllos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud de un principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el presupuesto público» [FJ octavo de la STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 9422)].

Teniendo presente estos hechos, la sentencia expone que «la obligación de indemnizar no se produce de modo automático una vez constatada la concesión del permiso penitenciario y la comisión de un delito que ocasionó daños al perjudicado, sino que debe acreditarse que el permiso concedido pasó por alto alguna circunstancia o debió tener en cuenta otros elementos que hubieran alterado la decisión de su concesión, constatando la peligrosidad que el interno demostró posteriormente». Concretando, y enlazando con la STS de 16 de diciembre de 1997, «la obligación de la sociedad de asumir los daños derivados del fracaso de los permisos penitenciarios y la consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración sólo se produce cuando es posible demostrar, como en el caso enjuiciado ha ocurrido, que la comisión de los hechos dañosos tenía relación con una peligrosidad del penado anterior a la salida del establecimiento penitenciario que objetivamente pudo ser apreciada y no lo fue por las autoridades penitenciarias».

Por otra parte, hay que tener en consideración que aunque se conceda la libertad condicional, la Administración mantiene el deber de tutela. En este sentido, la SAN de 15 junio 2011 (RJCA 585), en su FJ sexto, expone lo siguiente:

«En el supuesto de autos, aunque la libertad condicional fue concedida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no puede afirmarse que ello implique la

desaparición de la relación existente entre el interno y la Administración, consecuencia de la denominada relación de «supremacía especial», de la que dimanar un conjunto de derechos y deberes entre ambos, y que no quedan en suspenso o desaparecen durante los periodos de permiso, sino que continúan, incluso fuera del centro penitenciario».

Teniendo en cuenta estos aspectos, la sentencia redonda en la consideración de que la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los beneficios penitenciarios de esta naturaleza, que por perseguir la reinserción social del penado deben ser soportados por toda la sociedad porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la propia Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España. Es por ello que «con arreglo a la conciencia social, no es adecuado que tales perjuicios sean soportados de manera individual por aquéllos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública —«l'égalité devant les charges publiques», según la doctrina francesa— que, como tal, no puede gravar sobre un solo ciudadano y, por tanto, debe repartirse entre todos, a través de la correspondiente indemnización de la víctima, cuya carga definitiva, por la mecánica del impuesto, incumbe a los contribuyentes».

V. HUIDA DEL CENTRO PENITENCIARIO

Para finalizar esta visión acerca de la responsabilidad patrimonial en el ámbito penitenciario, es interesante concluir con el análisis de las consecuencias derivadas de los hechos delictivos cometidos por los reclusos tras huir de un centro penitenciario. En este sentido, es necesario aludir a la SAN de 23 de julio de 2002 (RJCA 1285) que profundiza acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración ante la huida de un miembro del GRAPO del centro penitenciario en que se hallaba y que tuvo un importante papel en el secuestro del empresario aragonés Publio Cordón.

El elemento esencial a considerar es la existencia o no de un funcionamiento anormal de la Administración que derivaría la pertinente indemnización. Así, la sentencia en su FJ sexto analiza la evolución jurisprudencial de las teorías acerca de la causalidad y en qué medida puede influir la intervención de un tercero en el nexo causal:

«Así las cosas, conviene traer a colación, siquiera brevemente, las teorías existentes sobre la causalidad. En un primer momento, en interpretación de la Ley de Expropiación Forzosa, la jurisprudencia manejó la restrictiva «teoría de la causalidad exclusiva», que suponía que para que la Administración respondiera del daño causado éste debería ser producido por la sola intervención de aquella. En momento posterior, la doctrina legal empezó a hacer uso de la «teoría de la equivalencia de las condiciones», que supone que si en cualquier supuesto de daño concurren varias causas, de tal suerte que no se hubiese producido de faltar una sola, todas ellas han de considerarse de igual relevancia, por lo que la obligación de indemnizar puede imponerse a cualquiera de ellas y, por ende, también a la Administración. Existe una tercera teoría, la de la «causalidad adecuada», y con arreglo a ella el órgano jurisdiccional selecciona entre todas las causas la que sea idónea para generar el daño, debiendo indemnizar la Administración cuando su proceder adquiere una relevancia especial entre todo el haz de causas. Por último, merece también ser aludida la «teoría de la imputación objetiva», en cuya virtud responderá quien haya propiciado la situación de riesgo o peligro en la que se origina el supuesto dañoso.

Sobre esta base teórica, forzoso es concluir que en el presente supuesto no se produce el nexo causal requerido, más allá de suposiciones más o menos arriesgadas o de conjeturas sobre la causa eficiente de los hechos, cuando el funcionamiento anormal invocado por los promoventes descansa, como ya se expresó, en una fuga ocurrida en 1992, años antes del secuestro, a la que se atribuye una importancia capital en la producción del acto terrorista, olvidando que la existencia de una organización de esa naturaleza, antes y después de la huida, avala que el plan criminal y su ulterior ejecución pudiera producirse al margen del referido quebrantamiento de condena, y, en cuanto a la operación policial que desemboca en la detención de tres terroristas, se antoja cuando menos atrevido afirmar que propiciase la ilocalización del secuestrado, del que desgraciadamente nada se sabe a ciencia cierta, sin que incluso sea descartable desapareciera antes de ese operativo de las fuerzas de seguridad, por lo que, orillando, claro está, la «teoría de la causalidad exclusiva», ya abandonada por la dogmática y la jurisprudencia, ninguna de las otras teorías que pudieran utilizarse para, en su caso, atribuir responsabilidad a los poderes públicos en la producción del daño, permite abonar la tesis de la parte actora, cuyo substrato fáctico, dicho sea con todos los respetos que merece una familia que ha sufrido deforma tan intensa la lacra terrorista, se caracteriza por su carácter especulativo e hipotético».

Otro supuesto de huida que se puede encontrar recogido en la jurisprudencia es el relativo a las lesiones ocasionadas por un preso hospitalizado que se liberó de los grilletes y se fugó aprovechando una ausencia del funcionario de policía que lo custodiaba. En este caso, la STS de 18 mayo de 2010 (RJ 3651) es muy clara en su FJ cuarto al establecer un nexo causal entre la no diligente actuación de la Administración y el hecho acaecido:

«En el caso de autos, no podemos olvidar que el hecho causante del resultado dañoso se produjo por un tercero, después de haberse fugado en un hospital

mientras cumplía una condena anterior por un delito de homicidio y tenencia ilícita de armas, de manera que si tal fuga no se hubiera producido, tampoco se hubiera ocasionado la lesión que originó los daños susceptibles de indemnización; de ahí, como reconoce el Instructor del expediente y declara como probado la Sala de instancia, apreciamos la existencia de una concurrencia de causas, determinantes de una moderación en el quantum indemnizatorio, pero no la inexistencia de la responsabilidad de la Administración como sostiene y defiende la Abogacía del Estado».

Un último supuesto es el del análisis de la responsabilidad ante los daños producidos en un coche de un funcionario en el curso de una salida programada por el Centro Penitenciario. En el presente supuesto, la sentencia núm. 421/2007 de 25 mayo del TSJ Cataluña (JUR 277348) parte de la circunstancia de que «el servicio penitenciario conlleva siempre una serie de riesgos, entre ellos el de la fuga, de modo que la Administración penitenciaria, titular del servicio, que fue quien organizó la salida y autorizó la salida de los cuatro internos, como se ha dicho, vigilados tan solo por un funcionario (que tuvo que afrontar él solo un incidente relativo a la salud de uno de los internos) es quien debe asumirlo» (FJ quinto). Es por ello, que admite la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la relación especial de sujeción existente:

«Como quiera que el vehículo que sufrió los daños, propiedad del Sr. Luis Andrés, estaba siendo utilizado específicamente para la actividad penitenciaria programada y su sustracción tuvo lugar durante el desarrollo de la actividad, es decir, mientras el funcionario se hallaba prestando sus servicios para dicha Administración, poniendo a disposición de ésta un bien particular y teniendo en cuenta que el vehículo fue sustraído por un interno, es decir, alguien que se encontraba en una relación especial de sujeción con la Administración penitenciaria y que además participaba en el programa, es evidente que concurren todos los presupuestos que exige el art. 106 de la CE (RCL 1978, 2836) , el art. 139 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993,246) y el art. 87 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre (LCAT 1989, 510) , que permiten declarar la responsabilidad de la Administración».

VI. CONCLUSIÓN

Como se ha podido comprobar a lo largo de este estudio, cuando se habla de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito penitenciario, sin duda torna en esencial la delimitación del nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse ésta. Teniendo en cuenta este aspecto, hay que señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad no conlleva el hecho de que la Admi-

nistración tenga que responder de todos los actos lesivos que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que éstos puedan imputarse al funcionamiento del servicio. No obstante, la propia jurisprudencia sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público. Por último, y como se ha señalado, la jurisprudencia matiza que la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración; es por ello que para determinar la responsabilidad patrimonial y su incidencia habrá que tener en cuenta todos estos importantes aspectos.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN MATERIA DE DESPIDOS COLECTIVOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y POSIBLE INCIDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR UNA COMUNICACIÓN PREVIA^(*)

MONTSERRAT CUNILLERA BUSQUETS

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LA ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.– II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO.– III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ANULACIONES DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO: 1. Denegación indebida de autorización posteriormente anulada. 2. Autorización indebida posteriormente anulada.– IV. POSIBLE INCIDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR UNA COMUNICACIÓN PREVIA.– V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: Se analiza la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de anulación de autorizaciones administrativas de despidos colectivos y la posible incidencia que sobre ésta puede tener la nueva reforma laboral.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial; anulación de actos administrativos; despidos colectivos; reforma laboral.

ABSTRACT: *There is analyzed the institution of the administrative responsibility in the suppositions of cancellation of administrative authorizations of collective dismissals and the incident that on this one possibility can have the new labour legislation.*

Key words: *Administrative responsibility; cancellation of administrative acts; collective dismissals; new labour legislation.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 22 de marzo de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 23 de mayo de 2012.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LA ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Constituye doctrina jurisprudencial inveterada que la responsabilidad de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base, no sólo en el principio genérico de la tutela efectiva, que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución Española (en adelante CE) sino también, de modo específico, en el art. 106.2 CE al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Es trasunto de dicho precepto constitucional el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que determina el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado por la jurisprudencia (1) que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.

Asimismo, a los fines del art. 106.2 CE, la jurisprudencia ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

(1) Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992, 5 de octubre de 1993 y 2 de marzo de 1995 entre muchas otras.

El supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración a consecuencia de la anulación del acto recurrido, se rige por las normas comunes de imputación del daño y su reparación. En principio parece claro que los aspectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo, invariable en ambos supuestos, y la determinación de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto en ambos casos a los mismos criterios valorativos.

Esto no obstante, hay que advertir que aún cuando el Tribunal Supremo viene repitiendo retóricamente que las Administraciones Públicas responden civilmente de manera objetiva por los daños que sus actos administrativos ilegales hayan causado, lo cierto es que en muchas ocasiones aplica un criterio culpabilístico; sólo las declara responsables cuando la ilegalidad cometida constituye «una flagrante desatención normativa», una infracción negligente del ordenamiento jurídico (2).

Existe una línea doctrinal y jurisprudencial que considera que este supuesto específico de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos administrativos expresos, debe regirse por criterios más restrictivos (3). Esta corriente doctrinal iniciada por BLASCO ESTEVE (4) mantiene que sólo deben considerarse resarcibles los actos administrativos que incurran en ilegalidades inexcusables ya que «*si toda ilegalidad que causara un perjuicio abriera derecho a reparación podría paralizarse la vida administrativa, o al menos podría disminuir hasta niveles inferiores a lo que demanda en la actualidad el cuerpo social*». Como apunta DOMÉNECH PASCUAL (5) al analizar esta corriente doctrinal, el carácter «inexcusable» puede determinarse en función de la gravedad de la irregularidad cometida y la complejidad de las normas jurídicas aplicables entre otras.

Es decir, en esta tonalidad anunciada, esta doctrina defiende que los requisitos para que se produzca el daño han de ser examinados con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos, en su normal

(2) DOMÉNECH PASCUAL (2010: p. 203) manifiesta el autor que: «*Hoy todo el mundo sabe o debería saber que nuestros Tribunales actúan en el terreno de los hechos como si no se creyeran el mito. Suelen decir una cosa y hacer otra. Por más que afirmen —retóricamente— que las Administraciones públicas responden de manera objetiva, la mayoría de los casos que llegan a su conocimiento los resuelven como si dicha responsabilidad requiriese una actuación negligente.*»

(3) Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio y 24 de septiembre de 2002 y de 23 de junio de 2003.

(4) BLASCO ESTEVE (1985, la 1ª ed. es de 1981: pp. 222 y ss.)

(5) DOMÉNECH PASCUAL (2010: p. 198)

actuar, participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo.

En algunos pronunciamientos judiciales, la necesidad de este examen más riguroso, se razona aludiendo a que quizá sea éste el motivo por el que el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas, tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto, siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, y no concurra en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión (6).

En esta línea, una ya consolidada jurisprudencia (7) viene manifestando, en interpretación del art. 142.4 LRJPAC que la anulación de un acto o disposición administrativa no genera por sí una responsabilidad patrimonial. De tal manera que, no se admiten tesis maximalistas en el sentido de afirmar que siempre existirá responsabilidad en estos supuestos o que ésta no existirá nunca. En síntesis, el derecho a la indemnización no se presupone por la sola anulación del acto sino que es preciso que concurran los requisitos exigidos con carácter general para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (8).

(6) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 90/2010 de 29 de enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Borrell Mestre. Sentencia de la Audiencia nacional de 29 de marzo de 2000. Ponente Excmo. Sr. Juan Pedro Quintana Carretero.

(7) La doctrina sobre responsabilidad de la Administración por anulación de actos administrativos ya la encontramos sintetizada entre otras en la Sentencia de 16 de septiembre de 1999 del Tribunal Supremo donde literalmente se expresa: *«El precepto (hoy artículo 142.5 de la Ley 30/1992 sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 40 (hoy art. 139). Por ello no cabe interpretarlo con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad. Como recoge la memoria del Consejo de Estado [año 1990], el artículo 40, hoy 142.5, que examinamos sólo dice que lo presupone, es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente».*

(8) Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010. Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí.

Ciertamente, la jurisprudencia ha incidido de manera especial en la anti-juridicidad del daño y ha establecido que ésta no se anuda a la conformidad o no a derecho de la actuación administrativa sino a que el resultado de la misma produzca en el administrado un daño que este no tenga el deber de soportar. Y por otra parte, condiciona la exclusión de la misma a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables.

Para GARCÍA-ÁLVAREZ (9) esta posición jurisprudencial se enmarcaría en la línea de lo que podría denominarse del «margen de tolerancia» aún cuando a decir del autor el Tribunal Supremo lo niega enfáticamente (10) o podemos acudir a denominaciones doctrinales como la de la «escala de la discrecionalidad» (11) que probablemente según el mismo autor esté llamada a tener éxito.

(9) GARCÍA-ÁLVAREZ (2006: pág.159)

(10) En efecto la línea marcada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 en la que, afirmando la tesis de que la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, expresamente se rechaza la tesis de lo que se ha denominado «margen de tolerancia», en cuanto pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión.

Sin embargo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2003 señala que el hecho de despedir trabajadores es una decisión autónoma del empleador, si bien soportada cuando se considera de «colectiva», de autorización administrativa. Ésta, sin embargo, no es la causa directa de los despidos y, en buena lógica, tampoco puede ser el origen de una eventual indemnización por la eventual anulación posterior del expediente. Tal como se manifiesta en la sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2009 (ponente Ilma. Sra. Dña. María Abelleira Rodríguez) al interpretar esta sentencia: *«La anulación que se efectúa por la Sección Segunda de esta Sala, se fundamenta en una interpretación jurídica de las normas aplicables, que no acota completamente el supuesto de actuación de la Administración laboral para autorizar estos expedientes. Y ello, determina que la actuación de la Administración se deba encuadrar dentro de la teoría formulada por el Tribunal Supremo de «margen de tolerancia», en cuanto que la interpretación mantenida por la Administración no puede estimarse de carente de apoyo normativo de la conjugación de los artículos 51 y 52 ET y de los Informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2.7.1996»*.

(11) FONT LLOVET (2000: pp. 237-243) Considera este autor, además, que tal vez fuese razonable dar un tratamiento distinto a los actos que inciden desfavorablemente en situaciones jurídicas ya existentes de los particulares y los actos que dejan de crear ilegalmente situaciones jurídicas favorables, pues el daño sufrido es más grave en el primer caso.

En efecto, se declara que en el supuesto del ejercicio por la Administración de facultades discrecionales y aún en el de aquéllos actos reglados en que se aplique un concepto jurídico indeterminado, salvo que la actuación de la Administración haya sido completamente irrazonable, no existe lesión antijurídica y el particular tiene el deber jurídico de soportar el daño (12).

Así, puede afirmarse que la doctrina jurisprudencial distingue entre los distintos supuestos de ejercicio de la potestad en orden a sus consecuencias a la hora de valorar si existe o no responsabilidad patrimonial (13). Es decir, distingue cuando la Administración ejerce una potestad discrecional, pues en estos casos puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE., de los supuestos en que la Administración ejerce una potestad reglada en la que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador.

En el primer supuesto, el de los actos discrecionales el Tribunal Supremo parte de la idea de que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo dentro de unos márgenes de apreciación razonables y razonados; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar un posible resultado lesivo. Sin embargo, debe apuntarse que para algunos autores esta argumentación es en sí muy discutible y, ello porque la existencia de discrecionalidad comporta un margen de apreciación para la Administración pública, pero si un órgano judicial ha anulado ese acto es que ese margen de apreciación ha sido traspasado (14).

En el segundo supuesto, en el de las potestades regladas, a su vez, debe discernirse entre aquella actuación en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa, de aquellos en que, acudiendo a los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible, mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa.

Así, para nuestra jurisprudencia, en los dos supuestos de ejercicio de potestad reglada, si la solución adoptada por la Administración se produce

(12) Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio y 24 de septiembre, 24 de enero de 2002 y 23 de junio de 2003.

(13) Por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009. Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Huelín Martínez de Velasco.

(14) GARCÍA-ÁLVAREZ (2006: p. 174).

dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada (15), el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (16).

Y ello no sólo cuando existan conceptos jurídicos indeterminados sino que también resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que por tanto no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado

(15) Lo que GARCÍA-ÁLVAREZ (2006: p. 170) denomina como: doctrina de la ilegalidad cualificada.

(16) Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 21 abril 2005 Ponente: Excm. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández: *«En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en una conducta arbitraria rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales, a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio, siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos. Estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.*

El tema, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones».

con cargo a los presupuestos públicos en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes (17).

Cabe destacar que GARCÍA-ÁLVAREZ (18) sintetiza esta doctrina del Tribunal Supremo, al analizar los supuestos de denegación improcedente de licencias urbanísticas, al expresar: *«Que no existiese una actitud negligente de autoridades y funcionarios, pese a lo cual el acto administrativo fue anulado, se convierte en la causa fundamental de la inexistencia de responsabilidad, de acuerdo con el Tribunal Supremo.*

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

La figura de los Expedientes de Regulación de Empleo tiene por objeto valorar la existencia de condiciones especiales, en determinadas situaciones de crisis patrimonial o tecnológica u organizativas, que a cambio de reconocer una serie de derechos a los trabajadores, permiten disminuir sus compromisos económicos de índole laboral en el determinado contexto (19).

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral, el día 12 de febrero de 2012, la intervención administrativa en los expedientes de regulación de empleo o despidos colectivos ha perseguido evitar que estos despidos colectivos se produjeran sin un mecanismo de control previo en defensa de los intereses generales que pueden resultar afectados. Entre ellos, desde luego, los intereses de los trabajadores considerados en su globalidad, pero también la competitividad empresarial, costes económicos de los procesos de reestructuración o ajuste de plantilla. Se establecía, de esta forma, la sujeción de los poderes empresariales de disposición sobre el término de los contratos a la existencia de causas justificativas previstas legalmente, sin que la limitación administrativa instrumental en que consiste la necesaria autorización pueda desligarse de su condición causal, en los términos previstos en la norma que reconoce a la Administración la correspondiente potestad de intervención, conectada, además, con las exigencias de la economía general.

Es por ello que, en cuanto a la naturaleza de los expedientes de regulación de empleo, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que se trata de

(17) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2008. Ponente: Excmo. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández.

(18) GARCÍA-ÁLVAREZ (2006: p. 169).

(19) Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011. Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

un mecanismo de control causal atribuido a la Administración, sin perjuicio de la eventual revisión jurisdiccional.

Mecanismo, de naturaleza reglada, encaminado a evidenciar si realmente concurre o no alguna causa legal a la que se supedita la procedencia del despido colectivo, sin que la Administración pueda arbitrar en conflictos suscitados en el seno de la empresa, al margen de la constatación de dicha causa legal, o hacer cumplir eventuales obligaciones asumidas en virtud de acuerdos o pactos entre la empresa y los trabajadores (20). Es decir, a la vista y, acreditadas las causas económicas, se acordaba la aprobación del ERE y la rescisión de los contratos sin que pudieran establecerse otros controles más de los que específicamente señalaba la norma.

Por consiguiente, la actividad que la Administración desenvolvía, al otorgar o denegar la autorización pedida no era otra que la confrontación de la solicitud empresarial con las causas legales que permiten al empresario adoptar los despidos. Ello, con independencia de la complejidad material o técnica de esa confrontación y de las dificultades que suponía la valoración que la Administración debía hacer de la concurrencia de las causas legales atendiendo a los fines previstos por el legislador. Y con independencia, asimismo, de los posibles intereses enfrentados de los trabajadores en la tramitación del procedimiento administrativo. Literalmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de junio de 2003 expresa que los expedientes de regulación de empleo son un mecanismo de *«control causal atribuido a la Administración, de naturaleza reglada encaminado a evidenciar si realmente concurre o no alguna causa legal para el despido colectivo, sin que la Administración pueda arbitrar en conflictos suscitados en el seno de la empresa, al margen de la constatación*

(20) La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2007. Ponente: Excm. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández expresa literalmente que: *«La sujeción de los poderes empresariales de disposición sobre el término de los contratos a la existencia de causas justificativas previstas legalmente, sin que la limitación administrativa instrumental en que consiste la necesaria autorización pueda desligarse de su condición causal, en los términos previstos en la norma que reconoce a la Administración la correspondiente potestad de intervención, conectada, además, con las exigencias de la economía general. Por consiguiente, la actividad que la Administración desenvuelve, al otorgar o denegar la autorización pedida no es otra que la confrontación de la solicitud empresarial con las causas legales que permiten al empresario adoptar los despidos. Ello con independencia de la complejidad material o técnica de esa confrontación y de las dificultades que supone la valoración que la Administración debe hacer de la concurrencia de las causas legales atendiendo a los fines previstos por el legislador. Y con independencia, asimismo, de los posibles intereses enfrentados de los trabajadores en la tramitación del procedimiento administrativo» (...)* *«La concurrencia efectiva de las causas legales de los despidos colectivos y su adecuación a los objetivos señalados por el legislador se sujeta a un procedimiento de verificación por las Administraciones de carácter reglado, sin que éstas dispongan de facultades discrecionales que les permitan oponerse a los despido ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las previsiones causales de los despidos colectivos establecidas por el legislador.*

de dicha causa legal, o hacer cumplir eventuales obligaciones asumidas en virtud de acuerdos o pactos entre la empresa y los trabajadores». En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Alto Tribunal de 21 de abril de 2005.

La concurrencia efectiva de las causas legales de los despidos colectivos y su adecuación a los objetivos señalados por el legislador se sujetaba a un procedimiento de verificación por las Administraciones, insistimos, de carácter reglado, sin que éstas dispusieran de facultades discrecionales que les permitieran oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las previsiones causales de este tipo de despidos establecidas por el legislador (21).

Con la reciente modificación introducida por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral, desaparece el régimen de autorización que queda sustituido por el de información y control, por lo que desaparece también el acto reglado, pero no las potestades de control de la autoridad laboral.

Las competencias de la autoridad laboral en este proceso se establecen más en la línea de lo previsto por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Por otra parte, la Disposición Final decimoquinta del RDL 3/2012, preceptúa bajo el epígrafe «*Facultades de desarrollo*» lo siguiente:

«(...) 2. El Gobierno aprobará en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley un real decreto sobre el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada que desarrolle lo establecido en este real decreto-ley, con especial atención a los aspectos relativos al período de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario».

Es decir que habrá que estar al desarrollo reglamentario para perfilar exactamente el rol de la autoridad laboral. A pesar de ello podemos afirmar la competencia de ésta en materia de información y en materia de supervisión en el procedimiento de los expedientes de regulación de empleo.

Así, si bien el empresario no deberá pedir autorización a la autoridad laboral sí deberá remitir una copia de la comunicación escrita de apertura del período de consultas a la autoridad laboral, que deberá contener los

(21) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003. Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo.

datos relativos a la justificación y extensión del despido (causas, trabajadores afectados, etc.) y memoria explicativa de todo ello. Una vez la autoridad laboral reciba esta comunicación deberá a su vez comunicarlo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y solicitar el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tanto sobre el contenido de la referida comunicación empresarial como sobre el desarrollo del período de consultas. Dicho informe debe ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

Transcurrido el período de consultas el empresario debe comunicar a la autoridad laboral el resultado de las mismas, y, si se hubiera llegado a ello, copia íntegra del acuerdo alcanzado entre las partes, debe trasladar a dicha autoridad copia íntegra del mismo; en caso contrario, debe remitirle la decisión final de despido y las condiciones del mismo.

Véase que en la línea de la regulación europea se pasa de un control previo de la Administración, a un control del proceso y de resultado.

III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ANULACIONES DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

1. Denegación indebida de autorización posteriormente anulada

Si como consecuencia de la denegación de una autorización y posterior anulación de la misma se impidió que la empresa redujera unos costes laborales a los que tenía derecho, el Tribunal Supremo viene entendiendo que concurren los requisitos reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al menos en la minoración de costes que hubiera resultado para la empresa, si se le hubiese permitido por la autoridad laboral, reducir aquellos, como consecuencia del expediente de regulación de empleo (22). Y ello básicamente porque la resolución de la Administración laboral se basa únicamente en la constatación de datos objetivos para aprobar o denegar la autorización.

Así, por ejemplo el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de octubre de 2011 recurso de casación 5763/2007 (23) ratifica la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de 12 de abril de 2007 y reconoce el derecho de una empresa a ser indemnizada por

(22) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005. Ponente: Excm. Sra. Margarita Robles.

(23) Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

responsabilidad patrimonial por la Administración de la Junta de Andalucía por haber denegado un ERE que posteriormente, al ser recurrido, fue anulado en sede judicial.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía considera que la anulación del acuerdos de la administración laboral se debe, no a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, sino a la simple constatación de datos objetivos, por lo que en aplicación de reiterada jurisprudencia procede declarar la responsabilidad patrimonial si concurren los restantes requisitos exigibles de realidad del daño y de relación de causalidad. Considera el tribunal acreditada la realidad del daño por cuanto, por mor de la resolución denegatoria del ERE, se hubieron de mantener los contratos de trabajo , con sus contraprestaciones de salario y cotización a la Seguridad Social, pese a la inactividad de los empleados dada la paralización del proceso de producción y además tubo que pagar los despidos como improcedentes (indemnización que por la normativa vigente en el momento de los hechos se calculaban a razón de 45 días de salario por año de antigüedad).

Por su parte, y cuestionada la relación de causalidad en recurso de casación, manifiesta el Tribunal Supremo que carece de fundamento negar la relación de causalidad, pues si la resolución administrativa hubiera autorizado el ERE, como procedía, el empresario no habría tenido que decidir despidos disciplinarios con reconocimiento ulterior de su improcedencia.

Sin embargo cabe también señalar que en el marco de estas líneas generales, pero dentro de la casuística que comporta el propio ámbito de la responsabilidad patrimonial, nos encontramos con pronunciamientos judiciales que desestiman el derecho a la indemnización a pesar de existir un error cualificado de la Administración a la hora de denegar la autorización. Y ello por otras cuestiones concretas que concurren en los concretos autos que se ventilan.

Muestra de ello lo es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de febrero de 2012 que resuelve una solicitud de responsabilidad patrimonial por una anulación de un ERE solicitada por una empresa. En este supuesto la resolución anulada resulta singularmente rechazable por la claridad del defecto que aparece en el ERE, incumpliendo un hecho tan simple como la cifra de trabajadores a despedir, dato que además había sido advertido en el informe emitido por la Inspección de Trabajo (24). Sin embargo considera la Sala que la causa determinante del daño irrogado es el actuar de la empresa que ha solicitado el ERE sin atenerse a su especial normativa, y que con posterioridad pese a su flagrante improcedencia decide llevar adelante los despidos. Y

(24) Es decir, nos hallaríamos ante lo que la doctrina denomina un a «ilegalidad cualificada» que a priori daría lugar al derecho a la indemnización.

ello, también, en base a la tesis que parte de la idea de que la autorización administrativa no extingue per se los contratos laborales, sino que se limita a autorizar al empresario a hacerlo por sí mismo mediante un ulterior acto de carácter ejecutivo, otorgando, por tanto, una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario.

También es desestimatoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de noviembre de 2009 (25) en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por una empresa como consecuencia de la anulación de un ERE. La sentencia desestima la pretensión indemnizatoria porque los daños sufridos por la empresa se derivan de haber extinguido unos contratos antes de que la resolución que autorizaba el despido colectivo fuera firme en vía administrativa, y por tanto considera que la empresa debe asumir su responsabilidad y no puede pretender traspasarla a la Administración.

2. Autorización indebida posteriormente anulada

Cuando se otorga de forma indebida la autorización y posteriormente es anulada por los Tribunales, si la Administración se limita a homologar el acuerdo extintivo pactado y sus criterios de afectación individual, sin integrar en tal resolución la determinación de las personas que deban ser incluidas en la extinción de la relación laboral, bien por su designación nominal, bien por referencia a una condición, cualidad o circunstancia que prácticamente equivalga a esa determinación, únicamente si la Administración en su resolución ha vulnerado los requisitos formales a seguir en la tramitación del expediente, o ha cometido un error en la comprobación de la existencia de las razones tecnológicas, económicas, organizativas o de producción que sirvan de justificación al despido colectivo dará lugar a indemnización si se cumplen con los requisitos generales exigidos para ello.

Recuérdese que la autorización de la Autoridad laboral en los expedientes de regulación de empleo, ha venido siendo considerado por nuestra doctrina, como una especie de habilitación que removía el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario (26), o lo que es lo mismo, la autorización era sólo la confrontación de la solicitud empresarial con las causas legales que permitían al empresario adoptar los despidos. Por lo que, de ello puede deducirse que no era la autorización administrativa (y por ende no la Administración Pública) quien extinguía *per se*, mediante su

(25) Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Sánchez Sánchez.

(26) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003.

participación en los ERES, las relaciones laborales existentes (27). Teniendo en cuenta que a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2012 ya no nos hallamos ante una autorización sino ante una comunicación, esta interpretación cobra más fuerza si cabe.

En efecto, es el ejercicio libre del poder organizativo del empresario el que decide la extinción de los contratos laborales. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005, se plasma la línea jurisprudencial que adopta el Tribunal Supremo —que se recoge también en sentencias posteriores (28)—, que en síntesis, mantiene que sólo procedería la responsabilidad patrimonial, si concurrieran todos los requisitos necesarios al efecto cuando la Administración hubiese concedido la autorización sin comprobar errores de carácter objetivo en la solicitud del empresario pero no cuando la autorización es anulada por consideraciones jurídicas. Literalmente la sentencia expresa: *«(...) para declarar la responsabilidad patrimonial es necesario distinguir aquellos supuestos en que la anulación de la resolución de la Administración laboral se debe a un diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, de aquellos otros en que habría habido un error o deficiente valoración de datos objetivos. Solo en este último supuesto habría obligación de indemnizar, siempre que concurriesen todos los requisitos exigibles para la configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración.»*

Cabe por otra parte señalar que si el recurrente es el trabajador despedido la línea general es la no apreciación de la antijuridicidad del daño, en base al tratamiento similar que en la legislación laboral se inspira el régimen común del despido.

Ciertamente, los perjuicios que a priori se reclamarán por parte del trabajador son los generados en el período que media entre el despido colectivo y la readmisión ofrecida tras la anulación del expediente de crisis y la doctrina del Tribunal Supremo viene manifestando la dificultad de reconstruir plenamente hacia el pasado la situación afectada por las medidas suspensivas o extintivas de la relación laboral, en virtud de la imposibilidad de prestar el trabajo que no se prestó o de realizar una puesta a disposición del empleador, lo que determina que en estos actos la restitución imposible in natura de forma plena y reciproca haya de instrumentarse en su caso a través de la indemnización, evitando así situaciones de enriquecimiento sin causa (doble percepción de salarios si el trabajador encuentra otro empleo durante la vigencia de la

(27) Esta doctrina del Tribunal Supremo se recoge en numerosos pronunciamientos de los Tribunales de Justicia. Por todas: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 473/2008, de 16 de junio. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Abelleira Rodríguez.

(28) Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008, 19 de febrero y 16 de febrero y 26 de junio de 2009 y de 21 de febrero de 2012, entre otras.

suspensión o extinción autorizada); solución similar a la que en definitiva se inspira el régimen común al despido, en el que los salarios de tramitación se conciben como una indemnización y que muestra como ha destacado la doctrina científica, que los efectos ex nunc de la nulidad suelen ser fundamentalmente los adecuados en el marco de contratos de tracto sucesivo como el del trabajo (29).

Así por ejemplo, en una reciente sentencia de 8 de febrero de 2012 (30), por su parte, la Audiencia Nacional desestima una petición de responsabilidad patrimonial por la anulación de un expediente de regulación de empleo en el cual el demandante alega que el daño producido consiste en los salarios que debió percibir desde la extinción de la relación laboral hasta su readmisión. La Sala desestima el recurso en base a la inexistencia de antijuridicidad de la lesión. Se dice en la sentencia que: *«tal y como ha sucedido en el caso examinado, en el que la falta de abono de los salarios de tramitación —daño invocado— encuentra su justificación en el ordenamiento jurídico, siendo precisamente las normas laborales las que con carácter general impiden la indemnización reclamada»*, y que *«en tales condiciones mal puede hablarse de un daño antijurídico, cuando es precisamente la norma jurídica la que fundamenta y legitima la falta de abono de los salarios de tramitación que se reclaman vía responsabilidad de la Administración»*.

Por otra parte, cabe destacar que una línea jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia pone el acento en que la base de que exista responsabilidad hay que buscarla a la hora de efectuar el análisis valorativo en la existencia de la relación de causa a efecto entre la actuación que se imputa a la administración y el daño producido.

Para este sector doctrinal en el expediente de regulación de empleo, para determinar la causalidad, debe partirse en primer lugar del papel que corresponde a todos y cada uno de los intervinientes. Por una parte, al empresario le corresponde impulsarlo, y junto con la representación de los trabajadores llegar a los oportunos acuerdos, asimismo también debe solicitar la oportuna aprobación a la autoridad laboral, y posteriormente llevar a cabo las correspondientes tareas de ejecución. Por otra, a la Administración le compete proceder en su caso a la autorización administrativa para extinguir los contratos, pero no tiene la facultad de extinguirlos, pues la extinción propiamente dicha le compete al empresario mediante un acto de carácter ejecutivo. La autorización supone una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario. Por ello, es la empresa

(29) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2008. Ponente: Excm.a Sra. Dña. Margarita Robles Fernández.

(30) Ponente: Excm.a Sra. Dña. Ana M^ª Sangüesa Cabezudo.

la que adopta la decisión concreta de aplicar de modo individualizado a los trabajadores en la plantilla los criterios generales de tipo socio-económico homologados por la autoridad administrativa laboral, resolviendo así la relación contractual que con ellos mantenía, limitándose la resolución de la autoridad laboral a aprobar el convenio paccionado que autorizaba a extinguir hasta un número determinado de contratos laborales. Y, que, la resolución administrativa autoriza, pero no impone los despidos.

En ésta dirección se posiciona la sentencia del TSJ de Cataluña núm. 90/2010 de 29 de enero (31) al dictaminar que *«Así las cosas tanto el empresario que procedió a los despidos, como los trabajadores afectados, entre los que se encontraban las actoras, pudieron prever las consecuencias del recurso interpuesto, entre las que se encontraba la posibilidad de la anulación de la autorización administrativa. Al materializarse esta posibilidad quien debía asumir la responsabilidad de las sucesivas actuaciones era el empresario»*. Y que la resolución anulada de un ERE *«no produce daños derivados del funcionamiento de la Administración a los interesados que no tuvieran el deber jurídico de soportar dados los efectos sustantivos y procesales de dicha resolución y la naturaleza y alcance la misma, limitada a autorizar, sin imponer, la extinción de los contratos de trabajo, por lo que la diferencia entre el nivel de los ingresos salariales y la cuantía de la prestación o del subsidio de desempleo no pueda considerarse, desde la perspectiva de la acción de responsabilidad, como un lucro cesante atribuible a la actuación de la Administración en el expediente de crisis»*.

En sentido contrario se posiciona el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en sentencia de 24 de julio de 2008 (32) resuelve un recurso interpuesto contra la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por unos recurrentes contra la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana, como consecuencia de la rescisión de sus contratos de trabajo, autorizada a una mercantil mediante resolución del Área de trabajo de la extinta Dirección Territorial de Empleo, Industria y Comercio en el marco de un expediente de regulación de empleo, que fue anulada mediante sentencia firme.

Parte dicha sentencia que el aspecto esencial que se dilucida en este caso es el de la eventual concurrencia del imprescindible nexo causal entre la actuación de la Administración (autorización del expediente de regulación de empleo, anulada judicialmente) y la lesión producida a los recurrentes (menor indemnización de los recurrentes por despido derivado de expediente de regulación de empleo).

(31) Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Borrell Mestre.

(32) Ponente: Ilma. Sr. D. María Inmaculada Revuelta Pérez.

La Sala afirma que: *«no puede aceptar que el daño sea imputable al empresario y no a la Administración, ya que de no haber autorizado ésta el expediente de regulación de empleo, el empresario no hubiera podido llevar a cabo el despido de los trabajadores como colectivo».*

Sin embargo, una vez apreciada la existencia de nexo de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido a los recurrentes, al plantearse la cuestión de la cuantificación de la indemnización a percibir por los actores desestima la petición de éstos en base a la falta de acreditación de la cuantía (33).

IV. POSIBLE INCIDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR UNA COMUNICACIÓN PREVIA

Desde la perspectiva de las peticiones por responsabilidad patrimonial por anulación judicial de resoluciones administrativas de expedientes de regulación de empleo en primer lugar cabe resaltar, tal como se ha apuntado anteriormente que el Real Decreto Ley 3/2012 suprime la exigencia legal de la autorización administrativa para proceder al despido, y la sustituye por la comunicación, esto supone que la distinta participación de la Administración en este procedimiento hará también variar el fundamento y la naturaleza de las posibles peticiones en esta materia.

Por otra parte, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 148 b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social, la autoridad laboral goza de competencias de control sobre la legalidad de los acuerdos de despido que adopte el empresario y podrá impugnarlos cuando considere la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Podrá también hacerlo en los supuestos en que la entidad gestora de la prestación por desempleo informe sobre la posibilidad de que tuvieran por objeto la

(33) *«[...]Los recurrentes la cuantifican conforme a los criterios establecidos en el art. 141 de la normativa de referencia, esto es, la indemnización que les hubiera correspondido por despido improcedente conforme a las circunstancias de cada uno de los recurrentes (antigüedad, salarios mensuales y fecha de la extinción indebidamente autorizada). A esa cantidad, le restan las cuantías supuestamente percibidas como consecuencia del expediente de regulación de empleo indebidamente autorizado. Sin embargo, esta Sala desconoce, porque no se ha acreditado debidamente en autos, las sumas percibidas por cada uno de los recurrentes por el concepto de despido colectivo. Tampoco se ha acreditado debidamente las cantidades que deberían haberse percibido en concepto de despido improcedente. En este sentido, conviene señalar que incumbe al reclamante de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública la carga de la prueba de la cuantía de los daños, para que su indemnización sea procedente.*

SÉPTIMO

Las razones expuestas conducen a la desestimación del recurso».

obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Efectivamente, el hecho de que la autoridad administrativa no autorice, no hace que deje de tener competencias de control de la legalidad de los acuerdos adoptados por la empresa, por lo que debiendo identificarse el servicio público a los fines del artículo 106.2 de la Constitución con toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo, si se dan en un determinado procedimiento los requisitos generales del art. 139 LRJPAC nada obstará a poder solicitar la responsabilidad patrimonial (34).

Recuérdese, sin embargo, que la relación de causalidad, presupuesto para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial, la jurisprudencia viene señalando que no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo.

Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar (35).

(34) Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril y 12 de julio de 2011 entre otras muchas.

(35) Entre otras: Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero, 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009 y de 16 de mayo de 2008. En esta última el Alto Tribunal afirma en su fundamento de derecho octavo: *«El motivo décimo invoca infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión o inactividad de la Administración. Los recurrentes sostienen, en sustancia, que en este tipo de supuestos el nexo causal entre la omisión y el resultado lesivo puede aparecer bajo formas indirectas y concurrentes, de manera que puede haber, en sus propias palabras, una «conurrencia objetiva de factores cuya inexistencia hubiera evitado el resultado dañoso». La idea sería que, si la CNMV hubiera ejercido desde el primer momento todas las potestades de que dispone, no se habría producido la pignoración*

A la vista de lo expuesto parece que pocos serán los supuestos en que se pueda producir responsabilidad patrimonial de la Administración en estos procedimientos a la vista de la premisa jurisprudencial que: «*La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular*».

Como ya afirmó BLASCO ESTEVE (36): «*en el momento actual parece aún más difícil que nuestros Tribunales condenen a la Administración por daños causados por su inactividad que por su actividad positiva*».

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLASCO ESTEVE, Avelino (1985, la 1ª ed. es de 1981): *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, pp. 222 y ss.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2010): «Responsabilidad Patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, pp. 198.

de acciones, que está en la base de la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes. Tampoco este motivo puede ser estimado.

Sin duda alguna, desde un punto de vista puramente lógico, es cierto que la mencionada pérdida patrimonial no se habría producido si la CNMV hubiese ejercido todas sus potestades frente a AVA desde el momento en que tuvo noticia de irregularidades en la actuación de dicha agencia de valores. Pero ya se ha visto que la CNMV no tenía entonces un deber jurídico de realizar unas determinadas actuaciones, tales como divulgar toda la información que iba adquiriendo, incoar un procedimiento sancionador, o incluso acordar la intervención de los cargos de dirección y administración de AVA. Un deber jurídico, claro y preciso, de llevar a cabo una determinada actuación sólo surgió, como se ha comprobado, el 25 de noviembre de 1997. Este extremo es de crucial importancia para el análisis jurídico del presente caso y, más en general, para la adecuada comprensión del significado del nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión. En efecto, aun cuando el hecho de que la CNMV no ejerciese todas sus potestades desde el primer momento sea una de las causas en sentido lógico de la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes, ello no significa, por sí solo, que quepa hacer a la CNMV jurídicamente responsable de dicha pérdida patrimonial. La razón es que la CNMV no tenía un deber jurídico de realizar una determinada actuación. De aquí que no se le pueda objetivamente imputar un resultado lesivo que no estaba obligada a evitar. La función que la Ley encomienda a la CNMV es supervisar e inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos. En ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad y prudencia de todas las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias de valores no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de éstas. La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular».

(36) BLASCO ESTEVE (1985, la 1ª ed. es de 1981: pp. 221.)

FONT LLOVET, Tomás (2000), pp. 237-243: «Hacia la escala de la discrecionalidad: primer paso, la anulación de lo actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 106, pp. 237-247.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo (2006): «La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas», en *Revista de Administración Pública*, 169, págs.157-188.

DERECHO COMPARADO

EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS DISCURSOS PRESIDENCIALES EN LA ARGENTINA – 1983-2011(*)

JORGE O. BERCHOLC
DIEGO J. BERCHOLC

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. BREVE GUÍA DE PAUTAS METODOLÓGICAS.– III. LA PRESIDENCIA DE ALFONSÍN (1983-1989): 1. El contenido económico de los discursos de Alfonsín. 2. Alfonsín y la eficiencia.– IV. LA PRIMERA PRESIDENCIA DE MENEM (1989-1995): 1. El contenido económico de los discursos de Menem. 2. Menem y sus logros económicos. 3. Menem y la eficiencia. 4. Menem y su política impositiva.– V. LA SEGUNDA PRESIDENCIA DE MENEM (1995-1999): 1. El contenido económico de los discursos de Menem. 2. La «humanización» de la economía y del crecimiento. 3. Discurso de 1999. Síntesis de época. Los paradigmas económicos de los '90.– VI. LA PRESIDENCIA DE DE LA RÚA (1999-2001): 1. El discurso económico de De la Rúa. 1. Recesión y desempleo. Crecimiento y competitividad. Las claves económicas que derivan en la crisis política.– VII. LA PRESIDENCIA DE DUHALDE (2002-2003): 1. La economía de Duhalde: producción e industrialismo.– VIII. LA PRESIDENCIA DE KIRCHNER (2003-2007): 1. El contenido económico de los discursos de Kirchner. 2. Kirchner y sus críticas a la herencia económica recibida. 3. El modelo económico de Kirchner. 4. La reivindicación del Estado como agente económico. Las obras públicas. 5. Kirchner y el tratamiento de la deuda externa.– IX. LA PRESIDENCIA DE CRISTINA (2007-2011): 1. El contenido económico de los discursos de Cristina. 2. Los pilares del «modelo».– X. CONCLUSIONES.– XI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En el presente artículo comentamos el contenido económico de los discursos presidenciales de apertura de la Asamblea Legislativa en la Argentina. Dichos discursos están prescriptos por la Constitución Nacional en su artículo 99 inciso 8, y por ello son las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales de la Presidencia. Se trata del discurso que da cuenta del estado de la Nación y que inaugura el período anual de sesiones parlamentarias.

Las tesis y conclusiones descriptivas que se comentan aquí surgen de una investigación muy exhaustiva, llevada a cabo para el período 1983-2011, que ha abarcado todos los periodos presidenciales, hasta el último discurso del 1 de marzo de 2011 emitido por la Presidente Cristina Fernández.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 9 de diciembre de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 24 de febrero de 2012.

Se ha efectuado un trabajo empírico-cuantitativo-descriptivo-exploratorio, con análisis cualitativo agregado, que contiene 243 gráficos y 135 cuadros estadísticos con variada información. Las conclusiones y evidencias obtenidas han sido suficientemente corroboradas. Se trata de sesgos y/o tendencias sustentables y consistentes, propias del objeto de estudio investigado.

Palabras clave: estudios presidenciales; discursos presidenciales; análisis de contenido económico.

ABSTRACT: In this paper we discuss on the economic content of the State of Union addresses in Argentina from 1983 to 2011. Those speeches are prescribed by the Constitution, s. 99, ss. 8 and for that reason they constitute the most important verbal activity juridically and institutionally of the Presidency.

The thesis and conclusions that we expound here emerge from a broader research on the content analysis of the State of Union addresses from 1983 to 2011, including all the presidential terms from the restoration of democracy.

That work meant an empirical-quantitative-descriptive approach, that also included qualitative analysis. The result was a big data-base including 243 graphics and 135 tables with varied of information. The conclusions and evidencies arising from the work are enough corroborated.

Key words: presidential studies; presidential speech; economic content analysis.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo comentamos el contenido económico de los discursos presidenciales de apertura de la Asamblea Legislativa en la Argentina. Dichos discursos están prescritos por la Constitución Nacional en su artículo 99 inciso 8, y por ello son las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales, de la Presidencia. Se trata del discurso que da cuenta del estado de la Nación ante la Asamblea Legislativa y que inaugura el período anual de sesiones parlamentarias.

Las tesis y conclusiones descriptivas que se comentan aquí surgen de una investigación muy exhaustiva, llevada a cabo para el período 1983-2011, que ha abarcado todos los períodos presidenciales desde la restauración democrática en el país, hasta el último discurso del 1 de marzo de 2011 emitido por la Presidente Cristina Fernández (1).

(1) Proyecto de investigación UBACyT acreditado en el marco de la Programación Científica de la Universidad de Buenos Aires 2004-2007, Código D013, con sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Ambrosio L. Gioja», Facultad de Derecho. A partir del año 2007 el proyecto fue financiado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.

Se presenta aquí el contenido económico de los discursos presidenciales. Las conclusiones y evidencias obtenidas han sido suficientemente corroboradas a través de los pasos metodológicos que son largamente explicados en el trabajo completo cuya publicación es de próxima aparición (Bercholz, 2012). Se trata de sesgos y/o tendencias sustentables y consistentes, propias del objeto de estudio investigado. Estas corroboraciones son observables a través de la investigación y aplicables al análisis de todo el período.

II. BREVE GUÍA DE PAUTAS METODOLÓGICAS

A fin de facilitar la comprensión del trabajo al lector, se agrega aquí un breve índice de pautas metodológicas aplicadas para la recolección de datos, la construcción de la base y el análisis agregado.

1.– Unidades de análisis: Son las unidades que fueron contabilizadas a fin de construir la base de datos, fuente con la cual se produjeron los cuadros estadísticos sobre los que se efectuó el análisis agregado y la extracción de hipótesis y conclusiones suficientemente corroboradas. Se utilizaron dos unidades de análisis:

i) palabras o conceptos; ii) campos semánticos que aglutinan palabras (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado.

Aquí analizamos el campo semántico económico y todas las palabras que se han contabilizado dentro del mismo.

2.– Variables cuantitativas independientes de frecuencia: Se trata de dos variables que miden a las unidades de análisis en términos nominales o relativos, y a las que se identifica durante el trabajo por las siglas establecidas a continuación:

i) cantidad de repeticiones nominales de palabras —CR—; ii) coeficiente de repetición —CoR— que mide las frecuencias relativas de aparición de las palabras considerando la longitud de cada discurso.

Los comentarios, análisis y conclusiones se han efectuado considerando los guarismos obtenidos en el proceso de recolección y compaginación de los datos. A partir de ello hemos detectado los conceptos y categorías que por su continuidad de apariciones en los discursos merecen ser destacados por su relevancia para el análisis.

Los cuadros que siguen muestran la cantidad de repeticiones nominales (cuadro N° 1) y el coeficiente obtenido (cuadro n° 2) desagregado por presidencia.

Cuadro N° 1: Ranking de palabras en el campo semántico Economía/política económica, cantidad de repeticiones –CR–, desagregado por periodo presidencial

PALABRA	Alfonsín	Menem 1°	Menem 2°	De la Rúa	Duhalde	Kirchner	Cristina	CR Total
Economía	182	98	49	21	26	131	102	609
Producción	92	53	19	13	39	100	45	361
Crecimiento	51	51	41	20	8	113	75	359
Desarrollo (económico)	83	34	23	9	10	92	15	266
Inversión (económica)	39	37	27	14	2	109	28	256
Mercado	39	29	16	16	11	53	20	184
Industria	69	7	6	4	15	44	29	174
Eficiencia – eficacia	62	45	14	16	6	27	2	172
Empresas	47	30	9	8	8	32	33	167
Obras públicas	36	9	2	6	3	71	17	144
Capital	29	21	8	0	0	29	14	101
Infraestructura	11	6	10	8	1	34	28	98
Impuestos – tributario	19	25	18	16	1	9	8	96
PBI	12	9	9	0	1	26	33	90
Precios	28	10	5	4	3	22	15	87
Presupuesto	18	8	14	7	3	21	11	82
Crédito	11	18	3	9	2	19	19	81
Gasto público	34	10	1	12	4	13	3	77
Financiamiento	15	10	1	4	2	17	21	70
Inflación	23	23	5	0	2	17	0	70
Competitividad	2	8	7	13	2	21	13	66
Estabilidad-estabilización	14	23	15	0	2	9	1	64
Consumo	11	3	0	0	0	34	13	61
Superávit	0	0	0	0	4	22	24	50
Sector privado	9	10	2	1	1	11	12	46
PyMES	4	6	4	14	1	6	10	45
Subsidios	12	3	2	5	1	10	12	45
Turismo	1	1	2	3	2	29	6	44
Comercio (interior)	18	3	2	1	4	6	9	43
Reservas	4	1	4	0	1	16	16	42
Ajuste	8	15	1	1	2	8	5	40
Valor agregado	5	1	0	2	2	10	20	40
Recaudación	4	3	6	0	1	10	15	39
Rentabilidad	4	1	0	1	1	11	16	34
Política económica	7	4	0	2	2	14	1	30

EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS DISCURSOS PRESIDENCIALES EN LA ARGENTINA –1983-2011

Convertibilidad	0	3	7	1	1	9	7	28
Reactivación	8	9	1	2	4	4	0	28
Préstamos	7	4	0	1	0	3	8	23
Privatización	5	11	2	1	0	3	1	23
Dinero	2	1	1	2	2	5	8	21
Economías regionales	6	7	2	1	2	2	0	20
Recesión	4	4	1	1	3	4	3	20
Tasa de interés	0	0	0	2	0	8	10	20
Déficit fiscal	13	1	1	4	0	0	0	19
Monopolio	8	4	2	2	0	1	2	19
Tipo de cambio	1	1	2	0	5	2	8	19
Especulación	4	11	0	0	0	1	2	18
Manufacturas	2	1	1	0	0	5	7	16
Sistema financiero	3	0	3	2	3	1	3	15
Finanzas	4	2	1	1	0	4	2	14
Demanda agregada	0	0	0	0	0	2	10	12
Capacidad instalada	1	0	0	0	0	2	7	10
Equilibrio fiscal	4	0	0	1	4	1	0	10
Desregulación	2	2	3	2	0	0	0	9
Solvencia fiscal	0	0	0	8	0	1	0	9
Sustitución importaciones	2	0	0	0	3	1	3	9
Eco. popular mercado	0	5	0	0	0	0	0	5
Fuga de divisas / capitales	1	2	0	0	0	2	0	5
Modelo de acumulación	0	0	0	0	0	0	5	5
Retenciones	4	0	0	0	0	0	0	4
Demanda global	0	0	0	0	0	0	3	3
Primarización	0	0	0	0	0	0	3	3
Términos de intercambio	0	0	0	0	0	0	1	1
TOTAL	1.084	683	352	261	200	1257	784	4621

Fuente: elaboración propia, según base de datos relevada en proyecto de investigación

Cuadro N° 2: Ranking de palabras en el campo semántico Economía/política económica, coeficiente de repetición –CoR–, desagregado por periodo presidencial

PALABRA	Alfonsín	Menem 1°	Menem 2°	De la Rúa	Duhalde	Kirchner	Cristina	COR 1983/2011
Economía	2.36	2.38	2.28	1.61	2.87	1.96	2.66	2.28
Producción	1.19	1.29	0.88	1.00	4.31	1.50	1.17	1.35
Crecimiento	0.66	1.24	1.91	1.53	0.88	1.69	1.95	1.34
Desarrollo	1.07	0.83	1.07	0.69	1.11	1.38	0.39	1.00
Inversión (económica)	0.50	0.90	1.26	1.07	0.22	1.63	0.73	0.96
Mercado	0.50	0.70	0.74	1.23	1.22	0.79	0.52	0.69
Industria	0.89	0.17	0.28	0.31	1.66	0.66	0.76	0.65
Eficiencia – eficacia	0.80	1.09	0.65	1.23	0.66	0.40	0.05	0.64
Empresas	0.61	0.73	0.42	0.61	0.88	0.48	0.86	0.62
Obras públicas	0.47	0.22	0.09	0.46	0.33	1.06	0.44	0.54
Capital	0.38	0.51	0.37	0.00	0.00	0.43	0.36	0.38
Infraestructura	0.14	0.15	0.47	0.61	0.11	0.51	0.73	0.37
Impuestos – tributario	0.25	0.61	0.84	1.23	0.11	0.13	0.21	0.36
PBI	0.16	0.22	0.42	0.00	0.11	0.39	0.86	0.34
Precios	0.36	0.24	0.23	0.31	0.33	0.33	0.39	0.33
Presupuesto	0.23	0.19	0.65	0.54	0.33	0.31	0.29	0.31
Crédito	0.14	0.44	0.14	0.69	0.22	0.28	0.50	0.30
Gasto público	0.44	0.24	0.05	0.92	0.44	0.19	0.08	0.29
Financiamiento	0.19	0.24	0.05	0.31	0.22	0.25	0.55	0.26
Inflación	0.30	0.56	0.23	0.00	0.22	0.25	0.00	0.26
Competitividad	0.03	0.19	0.33	1.00	0.22	0.31	0.34	0.25
Estabilidad-estabilización	0.18	0.56	0.70	0.00	0.22	0.13	0.03	0.24
Consumo	0.14	0.07	0.00	0.00	0.00	0.51	0.34	0.23
Superávit	0.00	0.00	0.00	0.00	0.44	0.33	0.63	0.19
Sector privado	0.12	0.24	0.09	0.08	0.11	0.16	0.31	0.17
PyMES	0.05	0.15	0.19	1.07	0.11	0.09	0.26	0.17
Subsidios	0.16	0.07	0.09	0.38	0.11	0.15	0.31	0.17
Turismo	0.01	0.02	0.09	0.23	0.22	0.43	0.16	0.16
Comercio (interior)	0.23	0.07	0.09	0.08	0.44	0.09	0.23	0.16
Reservas	0.05	0.02	0.19	0.00	0.11	0.24	0.42	0.16
Ajuste	0.10	0.36	0.05	0.08	0.22	0.12	0.13	0.15
Valor agregado	0.06	0.02	0.00	0.15	0.22	0.15	0.52	0.15

EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LOS DISCURSOS PRESIDENCIALES EN LA ARGENTINA –1983-2011

Recaudación	0.05	0.07	0.28	0.00	0.11	0.15	0.39	0.15
Rentabilidad	0.05	0.02	0.00	0.08	0.11	0.16	0.42	0.13
Política económica	0.09	0.10	0.00	0.15	0.22	0.21	0.03	0.11
Convertibilidad	0.00	0.07	0.33	0.08	0.11	0.13	0.18	0.10
Reactivación	0.10	0.22	0.05	0.15	0.44	0.06	0.00	0.10
Préstamos	0.09	0.10	0.00	0.08	0.00	0.04	0.21	0.09
Privatización	0.06	0.27	0.09	0.08	0.00	0.04	0.03	0.09
Dinero	0.03	0.02	0.05	0.15	0.22	0.07	0.21	0.08
Economías regionales	0.08	0.17	0.09	0.08	0.22	0.03	0.00	0.07
Recesión	0.05	0.10	0.05	0.08	0.33	0.06	0.08	0.07
Tasa de interés	0.00	0.00	0.00	0.15	0.00	0.12	0.26	0.07
Déficit fiscal	0.17	0.02	0.05	0.31	0.00	0.00	0.00	0.07
Monopolio	0.10	0.10	0.09	0.15	0.00	0.01	0.05	0.07
Tipo de cambio	0.01	0.02	0.09	0.00	0.55	0.03	0.21	0.07
Especulación	0.05	0.27	0.00	0.00	0.00	0.01	0.05	0.07
Manufacturas	0.03	0.02	0.05	0.00	0.00	0.07	0.18	0.06
Sistema financiero	0.04	0.00	0.14	0.15	0.33	0.01	0.08	0.06
Finanzas	0.05	0.05	0.05	0.08	0.00	0.06	0.05	0.05
Demanda agregada	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.03	0.26	0.04
Capacidad instalada	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.03	0.18	0.04
Equilibrio fiscal	0.05	0.00	0.00	0.08	0.44	0.01	0.00	0.04
Desregulación	0.03	0.05	0.14	0.15	0.00	0.00	0.00	0.03
Solvencia fiscal	0.00	0.00	0.00	0.61	0.00	0.01	0.00	0.03
Sustitución importaciones	0.03	0.00	0.00	0.00	0.33	0.01	0.08	0.03
Eco.popular de mercado	0.00	0.12	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.02
Fuga de divisas/capitales	0.01	0.05	0.00	0.00	0.00	0.03	0.00	0.02
Modelo de acumulación	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.13	0.02
Retenciones	0.05	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01
Demanda global	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.08	0.01
Primarización	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.08	0.01
Términos de intercambio	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.03	0.00
TOTAL	14.03	16.58	16.37	20.01	22.11	18.81	20.43	17.29

Fuente: elaboración propia, según base de datos relevada en proyecto de investigación

III. LA PRESIDENCIA DE ALFONSÍN (1983-1989)

Alfonsín asume el gobierno el 10 de diciembre de 1983. Su triunfo electoral como candidato de la Unión Cívica Radical, luego de más de 7 años de gobierno militar, resultó un tanto sorprendente, pues implicaba una derrota severa para el peronismo, invicto hasta entonces en elecciones nacionales para presidente. Existía una gran expectativa y esperanza en la población respecto al nuevo proceso de apertura democrática que se iniciaba. El mandato del nuevo presidente era por seis años y debía entregar el poder al siguiente presidente el 10 de diciembre de 1989.

La crisis económica que se precipitó y que tornó inmanejable la situación de la inédita hiperinflación, obligó a un adelantamiento de la entrega del poder a Carlos Menem, quien ya era presidente electo, —producto, a su vez, del adelantamiento de las elecciones que se había también producido por la crisis— el 8 de Julio de 1989.

Alfonsín ha sido el único presidente, dentro del período investigado, cuyos discursos han tenido mayor contenido político que económico. El contexto de la época llevó a Alfonsín a una preocupación preponderante por el régimen político y el orden social. La clave histórica transcurría por las cuestiones de organización política y funcionamiento social luego de siete años de dictadura militar. La preocupación discursiva en el período alfonsinista se focalizó en esa dimensión en detrimento de los temas económicos. Aún a pesar de la crisis económica que aconteció al final del período y que fue madurando desde 1987, las referencias al régimen político y al orden social fueron preponderantes.

Los discursos del período estuvieron signados por un contexto de transición del autoritarismo a la democracia, y marcado por los intentos de generar condiciones socio-políticas para la consolidación del sistema. Se proponía superar una sociedad basada históricamente en estructuras corporativas a través de tres elementos básicos, democracia participativa, ética de la solidaridad y modernización.

1. El contenido económico de los discursos de Alfonsín

Alfonsín es quien más habló de política, lo que no significa que no haya hablado de economía. Durante su presidencia se observa el coeficiente —índice que relaciona cantidad de palabras con extensión de sus discursos— más reducido de menciones en el campo económico, un reflejo del mencionado sesgo político de sus discursos.

Las palabras de Alfonsín que superan el promedio del coeficiente del período, y que nos dan la pauta de las tendencias en el contenido económico

de su discurso fueron: *economía, desarrollo, industria, eficiencia-eficacia, gasto público*.

Todos los presidentes han enunciado la palabra *economía* en muchas más ocasiones que el resto de las palabras del campo. Sin embargo, dicha enunciación, resulta en general poco desagregada, poco específica y técnicamente superficial. Si bien delimita un campo temático concreto, su enunciado implica una referencia general sobre un área de gobierno o la enunciación de medidas o planes en dicha área, pero sin explicación profunda o detallada de las decisiones que puedan impulsarse. Se trata de un «significante vacío» que puede ser rellenado por el emisor de las formas más diversas, puesto que la palabra puede remitir a una serie de enunciaciones referenciales que enmarcan la temática sin precisiones mayores.

Ello, sumado a que las otras palabras que superan el promedio en el período de Alfonsín son sólo cinco, (hay algunas más pero con escasas menciones, por ello no merecen considerarse) demuestra una perspectiva económica no muy elaborada ni desagregada y que no fue continuada en los discursos de los presidentes sobrevivientes. Claramente eso no aconteció con Menem, en especial a partir de su segunda presidencia y, aunque aparecen algunas coincidencias con los discursos de Duhalde, Kirchner y Cristina, en especial estos dos últimos, muestran un arsenal discursivo en lo económico más sofisticado, complejo y específico que el de Alfonsín.

Un aspecto que refuerza esta idea resulta de observar que, de las pocas palabras económicas del discurso de Alfonsín que superan el coeficiente promedio del período, dos de ellas, *desarrollo e industria*, remiten a concepciones *desarrollistas* clásicas que, por sí, no explicaban las complejidades de la economía de la época.

Retomando el uso de la palabra *economía*, resulta interesante observar que Alfonsín fue el presidente que ocupó el contenido de su discurso económico en mayor porcentaje (17%) con dicha palabra.

El discurso económico de Alfonsín careció de contenido técnico y tuvo, por el contrario, una fuerte carga *política* en su enunciado y en los significantes otorgados a la palabra *economía*. No debe confundirse este juicio con lo dicho en relación al *sesgo hacia un contenido económico en detrimento de lo político*. Ocurre que las referencias económicas, en especial en la palabra *economía*, resultan poco desagregadas y/o específicas técnicamente y con muchas referencias a cuestiones extraeconómicas para señalar problemas del campo, a ello nos referimos al hablar de *carga política en el discurso económico*.

Se han detectado al menos cinco significantes diferentes dados a la misma.

A) La palabra economía para describir la herencia dejada por el gobierno militar

En este apartado se verán las referencias semánticas de la palabra economía entendida como herencia del gobierno anterior:

- «La represión era una variable más de las utilizadas para ajustar la *economía* nacional hacia abajo
- «Al 10 de diciembre de 1983 todas las *economías* regionales estaban virtualmente en quiebra»
- «La evolución de la *economía* nacional a lo largo de 1984 estuvo signada por las complejas negociaciones en torno de la refinanciación de la deuda externa»
- «la crisis *económica*, la monstruosa deuda externa, la clausura de los mercados internacionales»
- «Las instituciones castrenses, al igual que las políticas, las *económicas* y las culturales, están viviendo también su transición del autoritarismo a la democracia»
- «la *economía* desarticulada y deformada»
- «El signo distintivo de la desorganización de la *economía* argentina es la inflación.»
- «la mayor crisis económica que ha padecido el país»
- «las dificultades de la agricultura y de la ganadería como fuentes del crecimiento *económico* argentino»

B) Diagnósticos sobre la economía

Frases con juicios que implican diagnósticos sobre problemas económicos.

- «una crisis *económica* y tecnológica pero también política, ética, cultural y social»
- «No puede hablarse de un proceso lineal de expansión *económica* basada en la libre competencia»
- «Compartieron entre sí doctrinas autoritarias. Unas veían en la democracia un sistema ligado a un particular estadio *económico* de la sociedad, que debía ser eliminado o superado por una nueva sociedad, sin clases y sin contradicciones»
- «Esta nueva realidad debe ser asumida a fondo por los organizadores racionales de la actividad *económica* —los empresarios, los directivos, los

técnicos de todo nivel—, pues junto con los procesos productivos y las herramientas del pasado también están desapareciendo en el mundo desarrollado los viejos criterios de organización, operatividad y gestión de las unidades económicas»

- «las causas que dieron origen al estancamiento y al atraso. La centralización del poder político y económico es una de ellas»
- «Por mucho tiempo, lo que se entendía por costo argentino incluía, en primer lugar, nuestra crónica inestabilidad política. Cualquier proyecto económico debía computar la prima de riesgo que significaba la posibilidad de ruptura del orden constitucional y la consecuente alteración de las reglas de juego»
- «El ejercicio de 1987 se cerró con un déficit fiscal de un nivel incompatible con la consolidación de la estabilidad económica»
- «El endeudamiento externo de la Argentina es tal vez uno de los episodios más trágicos de la historia económica contemporánea»

C) La palabra economía y la integración

La palabra economía relacionada con instituciones o procesos de integración regional como propuesta o juicio de valor positivo justificativo de políticas al efecto.

- «considero el espacio económico regional como el ámbito más adecuado para el crecimiento nacional»
- «El mundo se ha dividido hoy en grandes espacios regionales, en donde el desarrollo económico depende cada vez menos de un país en particular y cada vez más de la integración regional.»
- «no hay posibilidades de un desarrollo sostenido si la economía argentina no logra una mayor integración a la economía mundial»
- «unirnos al mundo permite también construir un nuevo horizonte para nuestra economía»

D) Propuestas sobre economía

Menciones con propuestas económicas:

- «debemos reactivar la economía»
- «mostrar cómo el ajuste de la economía se compadece con una política de progreso y justicia social»
- «Modernización económica»

- «la descentralización institucional, demográfica y *económica* es una aspiración común»
- «transformación de las tecnologías productivas y de la organización *económica*»
- «Argentina que quiere capitalizar su *economía*, introducir nuevas tecnologías, mejorar su eficiencia y competitividad»
- «contra la concentración del poder político y *económico*»

E) Del discurso de 1989. Conclusiones sobre la performance económica

Como colofón, algunas frases de despedida de Alfonsín, en su último discurso de 1989, que grafican con exactitud los sentimientos ambivalentes y contradictorios que, en la época, despertaba su presidencia. Las dos primeras frases reflejan el dramatismo de la crisis de la época y el reconocimiento del déficit en la gestión económica del período de Alfonsín.

- Déficit reconocidos: «en el campo *económico* hemos recogido una nación en crisis y que muy probablemente entreguemos al próximo gobierno una nación en crisis. No hemos conseguido superar la crisis *económica*»
- «si no avanzamos al ritmo que queríamos para transformar de raíz un sistema *económico* perverso, para modernizar un Estado burocrático e inmanejable, para quebrar de cuajo un funcionamiento cerrado de la *economía*, de espaldas al mundo y poco eficiente, eso queda como parte de una herencia que otro gobierno constitucional deberá complementar»

La siguiente frase refleja ingenuidad en el análisis de las condiciones objetivas de posibilidad en la gestión, y del rol de los agentes económicos y de su comportamiento en defensa de sus intereses.

- Ingenuidad: «nuestra firme voluntad de estabilizar la *economía*, de restablecer definitivamente el orden, de proteger a los desprotegidos, de garantizar la transición democrática hasta el 10 de diciembre, cuando asuma el nuevo presidente. Estoy convencido de que para esta causa vamos a contar con la ayuda de todos, porque es una causa noble»

Finalmente, la última frase colectada enmarca, en una queja o lamento, una buena síntesis de los logros y los déficits de la presidencia de Alfonsín, en medio de los enormes desafíos que debió afrontar.

- Síntesis de época: «estamos asistiendo a un curioso fenómeno político-cultural de distorsión evaluativo que muestra a algunos políticos, ciertas concentraciones de poder corporativo y muchos medios de difusión asociados, consciente o inconscientemente, en una gigantesca campaña de acción psico-

lógica apuntada a presentarnos como un gobierno cuya característica central, distintiva y definitoria es la de no haber superado la crisis *económica* y no la de haber cumplido aquella epopeya democratizadora en circunstancias tan terriblemente adversas a su realización»

2. Alfonsín y la eficiencia

La palabra *eficiencia-eficacia*, otra de las de mayor coeficiente en el campo económico, fue enunciada por Alfonsín en sus discursos de 1985 a 1988. Especialmente en este último, para referirse a los excesos de burocratismo e ineficiencia en el Estado y, en particular, en las empresas estatales prestatarias de servicios públicos. Ello, a fin de legitimar un discurso racionalizador y contrario a los criterios estatistas predominantes en la época. Se debe tener en consideración que, en la época, comenzaban a asomar los discursos privatizadores y los criterios de eficiencia economicista contrarios a los déficit fiscales y al excesivo *gasto público* (la otra palabra que se destaca por sobre el CoR promedio en el período), todo ello, además, en un contexto de alta inflación y tendiente a justificar la política de privatización de las empresas estatales.

Obsérvese incluso que, un enunciado de tipo desarrollista e industrialista, resulta auto-contradictorio con la preocupación por la eficiencia como valor contrario a los problemas que presentaban el gasto público y la inflación como consecuencia de la ineficiencia. Este enunciado auto-contradictorio del discurso económico alfonsinista reflejó las tensiones que en el período se suscitaron entre, las ideas económicas tradicionales del radicalismo, en confrontación, con las dificultades complejas que se presentaban.

Algunas de las frases en las que Alfonsín enunció *eficiencia-eficacia* y derivados fueron:

- «Estado *ineficaz*, con servidores desalentados»
- «la administración pública cobró dimensiones que desbordaban su propia función, restando *eficacia* al Estado»
- «La batalla que seguiremos librando contra el gasto público, contra el Estado *ineficiente*»
- «La reforma administrativa debe tender a que la organización burocrática sea un instrumento *eficiente* para la ejecución de las decisiones políticas que se adopten»
- «El déficit de las empresas que dependen del Ministerio de Obras y Servicios Públicos representa la mitad del déficit fiscal de la Nación y allí se manifiesta la *ineficiencia* del Estado, que la sociedad percibe y sufre en los

servicios que prestan esas mismas empresas. Gas débil, cortes de energía y otras deficiencias conocidas por todos son manifestaciones de la crítica situación de nuestro sistema estatal de servicios públicos.»

- «Por otra parte, estamos seguros de que la única manera de fortalecer las empresas públicas es capitalizarlas y dotarlas de *eficiencia* a través de inversiones genuinas que ni el Tesoro nacional, ni las tarifas por sí solas pueden aportarles.»

- «estamos procediendo a priorizar la *eficiencia* y capacidad de gestión de las empresas del Estado, proporcionándoles variantes asociativas que les aseguren aportes de capital»

- «debemos pensar en los usuarios de servicios que el Estado ha prestado monopólicamente a sus expensas, porque resultan cada vez menos confiables y *eficientes*.»

- «proponemos continuar racionalizando la administración para eliminar organismos innecesarios, gastos postergables y, en fin, aumentar la *eficiencia*.»

- «que la *ineficiencia* en los servicios de las empresas públicas es una causa de empobrecimiento colectivo»

Existen algunas palabras que presentan coeficientes, en el total del período, notoriamente superiores a los que arroja la presidencia de Alfonsín. Estas palabras, con su escasa frecuencia de enunciación, también ilustran las tendencias discursivas en el campo económico de esta presidencia. Algunas de ellas están más enraizadas en el lenguaje económico de la ortodoxia liberal. Esas palabras fueron: *crecimiento, inversión, mercado, infraestructura, PBI, crédito, competitividad*.

IV. LA PRIMERA PRESIDENCIA DE MENEM (1989-1995)

Menem, candidato del Peronismo o Partido Justicialista, asume el gobierno el 8 de Julio de 1989. Su asunción se produjo con anticipación al plazo original, en razón de la severa crisis hiperinflacionaria que obligó al presidente saliente Alfonsín a adelantar, primero las elecciones y, luego, la entrega del poder. El mandato del nuevo presidente era por seis años y debía entregar el poder al siguiente presidente el 10 de diciembre de 1995.

Menem asumió su primer mandato en medio de una severa crisis económica, con hiperinflación incluida, que fue controlada con dificultad en un proceso que sufrió una recaída con un segundo brote hiperinflacionario a fines de 1989 y se extendió durante los primeros meses de 1990.

1. El contenido económico de los discursos de Menem

A partir del primer mandato de Menem, en especial al promediar su primera presidencia, se observa un cambio de tendencia imponiéndose un sesgo economicista en el contenido de sus discursos, por sobre el contenido político.

Menem en su primer mandato, en el campo económico, mencionó en más ocasiones las palabras: *economía, producción, crecimiento, eficiencia—eficacia, inversión, desarrollo, empresas, mercado, impuestos—tributario, estabilidad inflación*.

En general, hay en lo económico, un alto grado de coincidencias entre las palabras más nombradas por Alfonsín y Menem en su primera presidencia. Sin embargo hay también algunas significativas diferencias que dan pautas notorias sobre el nuevo rumbo que tomó la economía en los '90. Del discurso de Menem casi desaparecieron las palabras, *industria* (de 69 menciones con Alfonsín pasó a 7) y *obras públicas* (de 36 a 9 menciones).

También las palabras insignia, en el discurso económico de la campaña electoral de Menem, *revolución productiva, salarizado, cultura del trabajo*, prácticamente desaparecieron de sus discursos presidenciales. (2)

Resulta interesante y paradójico resaltar en qué consistía la idea de «revolución productiva». Se trataba de una serie de «ideas fuerza» tradicionales del peronismo. Producción de riqueza y crecimiento del mercado interno a través del aumento de salarios y la mejora del nivel de consumo para generar demanda de bienes y servicios. (3) Estas «ideas fuerza» recién son retomadas por Duhalde en 2002 y desplegadas como política económica por Kirchner y Cristina.

En cambio se incorporan, entre las palabras más nombradas por Menem en este campo, *impuestos—tributario, estabilidad, inflación, capital, crédito*. Además, aparecen novedades, con palabras incluidas en el contenido económico de Menem, inexistentes o casi en el período anterior, por ejemplo, *competitividad, ajuste, sector privado, especulación, privatización, economía popular de mercado*. Sólo estas nuevas apariciones de palabras reúnen 60 menciones.

Las diferencias son reflejo de la opción por el retraimiento del Estado en su rol económico y por la apertura de la economía, sin resguardo de políticas

(2) Estas categorías que fueron principales slogans de campaña, no aparecen mayormente en los discursos presidenciales analizados durante el gobierno de Menem. Ello también fue advertido por otros autores (Arias, 1997).

(3) Estas ideas fueron expuestas en Duhalde y Menem, 1989: p. 30.

industriales y de protección de las manufactureras locales. Ello se corrobora además con la aparición de palabras clásicas del ideario económico liberal, y nuevas del «aperturismo» y «neoliberalismo» de los '90.

Otra corroboración que nos permite identificar con mayor profundidad los datos destacados del discurso económico de Menem, resulta de observar las palabras que presentan un mayor coeficiente de repetición que la media del período. Ello nos indica en qué ha hecho mayor hincapié el emisor, durante su período, en relación al resto de los presidentes.

Esas palabras por sobre la media del período son: *eficiencia, empresas, impuestos-tributario, inflación, estabilidad, capital, crédito*.

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe perderse de vista que la palabra más mencionada fue *economía*, sobre la que ya advertimos su ambigüedad, escasa desagregación y falta de especificidad intrínseca.

El uso de la palabra *economía* por Menem tuvo algunas correlaciones y aplicaciones destacadas.

A) La emergencia económica, la hiperinflación y la justicia social – 1989 y 1990 –

Las referencias económicas fueron, en los primeros años de su gobierno, relacionadas a la severa emergencia y a la hiperinflación en medio de la cual asumió el gobierno, proceso que fue difícil de dominar. Menem, ante la emergencia y la necesidad de un duro ajuste económico, intentó justificar las estrictas y complejas medidas que se tomaron, algunas a contrapelo de la historia del peronismo (privatizaciones de las empresas públicas, achicamiento del rol estatal, alianzas políticas con sectores tradicionalmente enfrentados) con algunos giros discursivos que hacían referencia a conceptos típicos de la liturgia peronista. Por ejemplo, no se privó de mencionar el clásico tríptico, *justicia social, soberanía política, independencia económica*. Además fue quién más enunció el concepto de justicia social. El 65% de las menciones son hechas durante sus presidencias, en especial durante la primera, donde enuncia el 50%. Los párrafos que siguen muestran los esfuerzos dialécticos por justificar ese concepto, tan caro a la liturgia peronista, en medio de la hiperinflación y del duro de ajuste que anunciaba en la economía. La descripción de la emergencia fue dramática y el anuncio de duras medidas de ajuste, descarnado. Se observa cierta continuidad en varios párrafos con algunos presagios de Alfonsín, cuando invocaba la imperiosa modernización en las estructuras productivas y del Estado que fatalmente se avecinaban. Como novedades aparecen, el concepto de *economía popular de mercado*, y la asunción de un proyecto que busca un capitalismo decente, humano, eficiente y competitivo.

- «la justicia social, en una primera etapa, comenzará a consolidarse a partir de la asunción de una realidad terminante. Vivimos en una *economía* de emergencia. Estamos en una auténtica situación de emergencia *económica* y social. Y es bueno que el país lo sepa con crudeza: de esta tragedia nacional no vamos a poder salir sin realizar un esfuerzo. Un esfuerzo que será equitativo, pero que abarcará a todos y cada uno de los sectores sociales.»

- «vamos a poner la *economía* al servicio de la dignidad de hombre argentino. Entiéndase bien: la primera y fundamental batalla que deberá ganar esa *economía* de emergencia, es la batalla contra la hiperinflación. El principal enemigo contra la justicia social es la hiperinflación, que devora salarios y bienestar en millones de hogares argentinos.»

- «Sería un hipócrita si lo negara. Esta *economía* de emergencia va a vivir una primera instancia de ajuste De ajuste duro. De ajuste costoso. De ajuste severo. Pero la *economía* argentina está con la soga al cuello, y ya no queda lugar para los titubeos. La justicia social, para nosotros, se va a conjugar con un solo verbo: producir, producir y producir.»

- «Una *economía* de emergencia, también será una *economía* que castigue severamente la evasión impositiva. Lo afirmo con énfasis, para que nadie se llame a engaño. Así como vamos a ser generosos y amplios para convocar al capital extranjero y nacional, para que se incorpore en las mejores condiciones en esta nueva etapa nacional, también vamos a ser inflexibles con el delito de evasión fiscal.»

- «Las leyes fundacionales de Reforma del Estado y de Emergencia *Económica*, que vuestra honorabilidad aprobó patrióticamente al comienzo de nuestro mandato, fueron las bases de este nuevo modelo propuesto a la ciudadanía. En el mismo sentido, consideramos la Ley Penal Tributaria, y el nuevo régimen impositivo... que buscan instalar nuevas reglas de comportamiento y acción en materia *económica*... Aspiramos a construir un capitalismo humanizado. Decente. Eficiente. Competitivo. Un capitalismo de verdad, y no simplemente una retórica capitalista que en realidad se convirtió en una pantalla para ocultar vicios perversos. Porque el verdadero capitalismo excluye a la burocracia estatal y a la incompetencia privada.»

- «El último año se ha desarrollado en un contexto *económico* signado por la hiperinflación y consecuentemente por la recesión. La recesión hiperinflacionaria no es, como otras recesiones, un fenómeno breve o habitual del ciclo *económico*. Produce una ruptura profunda en la voluntad inversora del empresariado y la imposibilidad de la inversión pública, impidiendo la creación de fuentes de trabajo. Si bien la hiperinflación puede ser breve y violenta, sus consecuencias son de una duración extremadamente larga. Produce la interrupción de las cadenas productivas y genera la desaparición del país de los

mercados internacionales. Pero, lo que es mucho peor, termina evaporando el patrimonio económico-cultural. Las habilidades de la fuerza laboral, el espíritu de emprendimiento del sector privado, la capacidad mediadora del Estado. Entre esa situación y la disolución nacional, sólo media un paso, como lo demuestran diversas experiencias históricas. No puede extrañar, entonces, que nuestra lucha esencial en este terreno se haya centrado en el abatimiento de la hiperinflación.»

- «La *economía* popular de mercado que propone mi gobierno escapa a los caprichos ideologizados de cualquier signo, a las imposiciones partidistas, a los dogmas solitarios. Busca, ni más ni menos, que constituirse en una propuesta original, genuina y propia, de acuerdo a los más preciados intereses nacionales. Repudiamos la idea de un Estado totalitario, que invada conductas y asfixie legítimas iniciativas. Pero también repudiamos a un Estado que permanezca indiferente ante las escandalosas desigualdades sociales.»

B) La economía, definiciones ideológicas

A partir de 1991, con la hiperinflación controlada, Menem comienza a delinear sus planes económicos con definiciones tácticas y estratégicas más concretas. Libertad de mercado en el marco de la denominada economía popular de mercado, apertura económica, reforma impositiva, producir, y reabrir fábricas. Sin embargo, respecto a estos dos últimos conceptos, resulta interesante referir una idea que es contradictoria con ellos, si se los entiende como políticas industrialistas que ocupen mano de obra y generen empleo. Cuando Menem dice «...*sustancial reconversión de nuestro aparato productivo, hacia actividades competitivas e integrantes a nivel mundial...*», debe entenderse que la reconversión implica modernización, tecnificación y robotización de plantas de producción, lo que significará pérdida de puestos de trabajo, en especial los poco calificados. Ello es imperioso, si se quiere ser competitivo e integrado a nivel mundial. Se puede crecer, y se creció, pero ello no implica mecánicamente generación de empleo, se puede crecer, además, en sectores de servicios con escasa generación de empleos y, además, de cierta calificación laboral. El discurso presenta entonces algunas ambigüedades en su contenido, producto de una relación de conceptos a priori positivos, en términos de efectos sociales, pero que, en una lectura atenta, permiten percibir los peligros de efectos negativos en el tejido social. Lo que debe reconocerse, en el discurso económico de Menem, es que no se ocultaron los lineamientos económicos hacia los que se dirigía el gobierno, si bien fueron expuestos como promisorios, pues nadie anunciaría medidas, superada la crisis, notificando que traerán nefastas consecuencias, el contenido del discurso permitía inferir el mapa económico que se dibujaba.

- «Con la libertad de mercado y la apertura *económica*, se terminó la impunidad para fijar precios monopólicos y oligopólicos, que siempre terminaban perjudicando a los sectores más humildes. En una auténtica *economía* popular, insisto: popular de mercado, el negocio tiene que ser producir más y no simplemente cobrar más caro.»

- «... se ocupe sustancialmente la capacidad ociosa de nuestras fábricas, para iniciar a partir de fines de año un crecimiento genuino de nuestra *economía*. Nuestra meta es que la *economía* argentina crezca significativamente en términos reales durante 1991. Esto implicará más oportunidades de trabajo. Mayor capacidad de consumo. Y, también, sustancial reconversión de nuestro aparato productivo, hacia actividades competitivas e integrantes a nivel mundial.»

Discurso de 1992

- «Queremos una *economía* popular de mercado que esté al servicio del hombre. Y no que el hombre se encuentre al servicio de una *economía* inestable, exclusiva de los privilegiados y excluyente para las mayorías.»

- «*Economía* sin solidaridad es puro economicismo. Solidaridad sin eficacia es pura demagogia. Eficacia sin responsabilidad es burda eficiencia inhumana»

- «afiancemos este cambio formidable en nuestra cultura impositiva. Consolidamos una *economía* popular de mercado. Tenemos que consolidar, también, una *economía* popular de solidaridad.»

- «la *economía* popular de solidaridad empieza por el pago de impuestos. Reitero: la solidaridad empieza por el pago de impuestos.»

Discurso de 1993

- «Ya hemos eliminado más de veinte impuestos que distorsionaban nuestra actividad *económica*.»

- «A tal fin, vamos a reconstruir el Sistema Estadístico Nacional, para contar con más y mejor información *económica* y social.»

- «Tampoco hay crecimiento sin democracia *económica*. Para las pequeñas y medianas empresas, anuncio y ponemos en marcha las siguientes políticas...»

Estabilidad y crecimiento son los logros más visibles del período, primero debió obtenerse la estabilidad, luego de la crisis de hiperinflación. A partir de 1993 se empieza a mencionar con asiduidad el crecimiento. Menem atribuye los logros en estabilidad y crecimiento, en gran medida, a la integración con el mundo. Esa integración para ser competitiva, sostenerse y profundizarse,

exige ciertos criterios de eficiencia. En 1994 Menem anuncia la necesidad de cambiar el sistema laboral vigente, con el argumento de que frena la competitividad y traba la generación de empleos. Ambos términos argumentativos no parecen articulables automáticamente, todo lo contrario. Una vez más, no se puede negar que Menem lo dijo, sobrevendrían reformas legales, cambios jurisprudenciales y la llamada «precarización laboral.»

En su último discurso del período, hay un expreso reconocimiento al gobierno de Alfonsín por su gestión eficaz para la consolidación de la democracia y las instituciones, al tiempo que se arroga la consolidación del cambio económico y el nuevo rol del Estado. No le ha faltado razón a Menem. Luego de sus dos períodos de gobierno, muchos de los paradigmas económicos del país cambiaron y aún hoy, a pesar de los distintos gobiernos que le sucedieron, se mantienen, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.

El discurso económico de Menem fue, respecto al de Alfonsín, más enfocado a definiciones técnicas propias de la economía, más desagregado, y con enunciados que relacionaron conceptos del campo económico entre sí, con mayor consistencia técnica, diferenciándose del enfoque político de la economía que, especialmente en sus primeros años, se observó en Alfonsín.

Discurso de 1994

- «Y es esa estabilidad de nuestras instituciones la que ha permitido que hayamos conseguido la estabilidad económica, punto de partida del crecimiento y la justicia social.»
- «La estabilidad y el crecimiento alcanzados, también han sido por la política iniciada en 1989, de integrar la economía al mundo.»
- «el sistema laboral vigente está afectando seriamente nuestras posibilidades competitivas, limitando la capacidad de nuestra economía de crear empleo, y tornando impracticables los principios de solidaridad, equidad y eficiencia sociales.»

Discurso de 1995. Síntesis de época

- «así como me tocó recibir un país con las instituciones democráticas consolidadas por la gestión de mi antecesor, el doctor Raúl Alfonsín, termino mi mandato con un país en pleno crecimiento social y *económico*.»
- «No hay transformación *económica*, ni hay revolución productiva que se proyecte en el tiempo, sin un sistema educativo que nos prepare, desde niños, para el difícil mundo del siglo XXI.»
- «El primer turno de la recuperación democrática fue el tiempo de la consolidación de las instituciones y el de la erradicación de los

fantasmas del pasado. Hoy podemos afirmar que está cancelada para siempre la incertidumbre sobre el destino democrático de la Argentina. El segundo turno fue el de la revolución *económica*, cuyas bases ya están asentadas, aceptadas y adoptadas por la inmensa mayoría de la población. Y no hemos hecho esta revolución vaciando al Estado... sino haciendo que se ocupe de lo que realmente debe ocuparse y deje de entorpecer, con burocracia y regulaciones, la iniciativa creativa de los sectores privados.»

- «Este Plan Quinquenal 1995-99 de Grandes Proyectos de Inversión para el Desarrollo Social y *Económico* no es un sueño, es un programa serio y factible si ponemos en práctica todas las decisiones anunciadas para promover el ahorro interno.»

2. Menem y sus logros económicos

En el último discurso del período, Menem hace un repaso de sus logros económicos, entre otros temas. Algunos de sus enunciados, elegidos entre varios por su elocuencia respecto a la ideología económica imperante en la época, fueron:

- «*La derrota de la hiperinflación y la espiral inflacionaria*»
- «*La recuperación de la moneda y el crédito, con una estabilidad que se apoya en reservas verdaderas del Banco Central*»
- «*La renegociación y el pago de la deuda externa*»
- «*La liberación de los mercados, dejando que sea el libre juego de la oferta y la demanda el único regulador.*»
- «*La reorganización del Estado, poniendo fin a un aparato elefantiásico, costoso e ineficiente, cuna de la corrupción.*»
- «*La privatización de las enormes empresas estatales, poniendo fin a un constante drenaje de divisas, e iniciando una mejora en los servicios para equipararlos a los de las naciones líderes.*»
- «*La jerarquización del empleo público, a partir de la profesionalización del mismo.*»
- «*El crecimiento sostenido del producto bruto interno, que nos ha colocado a la vanguardia de los países de Occidente y entre los tres países que más han crecido en el mundo en lo que va de la década.*»
- «*Desde la sanción de la Ley de Convertibilidad, aprobada por este Honorable Congreso, la productividad industrial registró un aumento del 36 por ciento, a un ritmo superior al 8 por ciento anual.*»

- «La *privatización de los medios de comunicación* en manos del Estado, garantizando el ejercicio de la más plena *libertad de expresión y prensa*.»

No puede negarse que Menem lo dijo, y de modo explícito. Muchos de estos logros, presentados positivamente el 1 de marzo de 1995, fueron denostados cinco años después. Dos meses y medio más tarde de este discurso, Menem era reelecto obteniendo casi el 50% de los votos y aventajando por 20 puntos porcentuales al segundo candidato más votado. Para esa fecha, las privatizaciones ya habían ocurrido y también, la reforma del estado.

3. Menem y la eficiencia

En repeticiones nominales fue Menem (1° mandato), luego de Alfonsín, quien más mencionó el término eficiencia-eficacia y derivados. Los presidentes referidos enunciaron el 62% del total de las menciones en todo el período.

Menem disminuye el uso de la palabra del 26% de su primer mandato a sólo el 8% en su segundo mandato considerando el total del período, ello refleja una reducción de 45 a 14 menciones.

Menem (especialmente en sus discursos de 1990 a 1992) mencionó la palabra, como Alfonsín, para referirse a los excesos de burocratismo e ineficiencia en el Estado y, en particular, en las empresas estatales prestatarias de servicios públicos. Como ya fue dicho, se trataba de legitimar un discurso racionalizador y contrario a los criterios estatistas predominantes en la época, todo ello, además, en un contexto de hiperinflación y tendiente a justificar la política de privatización de las empresas estatales. La utilización del concepto *eficacia-eficiencia* también tiene directa relación con el proceso de toma de decisiones. El «decisionismo» atribuido a Menem, se relaciona con la toma de decisiones rápida, prevaleciente, directa y efectiva, que genera la imagen de un gran ejecutor. Esa imagen descansa en un Presidente fuerte, intuitivo y operativo que no se detiene en detalles formales o republicanos y que gobierna ante un parlamento pasivo (Leiras, 2009).

A) Eficiencia aplicada a la economía, a los servicios públicos y al Estado

- «Queremos servicios públicos *eficientes*, donde sobrevivan en manos del Estado sólo aquellas empresas públicas que estructuralmente se necesiten para el desarrollo, crecimiento y producción nacional.»

- «La ganancia tiene que nacer del aumento de la producción y la *eficacia* y no del aumento de los precios.»

- «...un modelo argentino sin negociados turbios entre los funcionarios, los políticos, los gremialistas y los empresarios, al amparo de un Estado corrupto e *ineficaz*»
- «Vamos a aplicar a rajatabla el presupuesto por programas, para aumentar la *eficiencia* y el control del gasto público.»
- «El Estado de la post-privatización tiene que ser un Estado más *eficaz* en el control.»
- «La reorganización del Estado, poniendo fin a un aparato elefantásico, costoso e *ineficiente*, cuna de la corrupción.»

4. Menem y su política impositiva

Menem ha sido el presidente que más mencionó en todo el período el binomio de palabras impuesto-tributario. Estas palabras están entre las 10 más nombradas por Menem, representando además una novedad entre las más mencionadas respecto a Alfonsín y con un CoR por sobre la media de todo el período investigado. Menem hizo una dura cruzada discursiva contra la evasión impositiva dándole a su política en la materia una dimensión epopéyica, vinculando al pago de impuestos con la solidaridad y la justicia social, y caracterizando a los evasores como «marginados morales», «antisociales», «egoístas» y «corruptos», entre otros calificativos.

- «No hay crecimiento sin una política *tributaria* que castigue la evasión y promueva la producción.»
- «Una economía de emergencia, también será una economía que castigue severamente la evasión *impositiva*.»
- «Las leyes... que vuestra honorabilidad aprobó patrióticamente al comienzo de nuestro mandato, fueron las bases de este nuevo modelo propuesto a la ciudadanía. En el mismo sentido, consideramos la Ley Penal *Tributaria*, y el nuevo régimen *impositivo*»
- «con la nueva ley *impositiva*, sentamos las bases para terminar con la falta de castigo a la conducta antisocial de los evasores. En la Argentina de hoy; la justicia social comienza con cada argentino pagando sus *impuestos*.»
- «Democratizar el poder económico en una sociedad, también es reconocer en cada evasor de *impuestos* a un marginado moral. Por eso, buscamos simplificar la administración *tributaria*, al mismo tiempo que incentivar la producción y sancionar severísimamente la evasión fiscal, que es el peor síntoma de falta de solidaridad de este tiempo.»
- «no puede existir política social eficaz, sin política *impositiva* eficaz. Y en este ámbito, continuaremos siendo inflexibles con los evasores *impositivos*,

que constituyen uno de los peores ejemplos de egoísmo y corrupción social... la economía popular de solidaridad empieza por el pago de *impuestos*. Reitero: la solidaridad empieza por el pago de *impuestos*.»

- «Y hoy, por primera vez en nuestra historia, el no pago de *impuestos* termina en la cárcel, como ocurre en todos los países civilizados del mundo. Porque la justicia distributiva de una nación, tiene en el cumplimiento de las obligaciones *impositivas*, un pilar irremplazable.»

- «se profundizará el control de la evasión *impositiva*, en particular en los *impuestos* a los bienes personales y a las ganancias.»

- «La modernización de la política *impositiva*, el fin de los dobles *tributos* y la optimización de la recaudación, terminando con una evasión crónica y cambiando la cultura popular respecto del pago de *impuestos*»

V. LA SEGUNDA PRESIDENCIA DE MENEM (1995-1999)

Menem asume su segundo mandato el de Diciembre de 1995 luego de un contundente triunfo en primera vuelta obteniendo casi el 50% de los votos, y superando por más del 20% de diferencia a la segunda fórmula más votada que fue integrada, paradójicamente, también por dos peronistas, Bordón y «Chacho» Álvarez. Un triunfo notable que ocurrió cuando ya se habían producido en el país los grandes cambios en el Estado, las privatizaciones de empresas públicas y la estabilidad económica vía ley de convertibilidad.

Corresponden a este período el análisis de los cuatro discursos de apertura ante la Asamblea Legislativa, en virtud de la reforma constitucional de 1994 que redujo el período de mandato presidencial a cuatro años.

Se consolida en el segundo mandato de Menem la preeminencia del contenido económico por sobre el político.

Además, los discursos de este mandato han sido de los más breves del período investigado. Menem pareció navegar sobre las aguas tranquilas que le depararon su cómoda reelección, y la estabilidad política y económica alcanzada, luego de largo tiempo de turbulencias. Incluso pudo manejar con cierta tranquilidad el efecto de «lame duck» (4), al que estaba fatalmente condenada su segunda presidencia, por tener vedada, constitucionalmente,

(4) El llamado efecto de «lame duck» («pato renco») refiere a la situación de un presidente que no puede ser reelecto y que, por ello, ve antes del fin de su mandato licuado gran parte de su poder político sin futuro inmediato, el que se escurre en los vericuetos de las internas sucesorias. Literalmente, la figura remite al pato que por sus limitaciones no puede mantenerse vinculado a la bandada y por ello es la presa más débil y fácil para cazar.

la chance de ser reelecto en el cargo. Se especuló hasta último momento con intentos de «re-reelección» que no prosperaron, pero que le resultaron útiles para mantener poder y liderazgo hasta el final de su presidencia.

1. El contenido económico de los discursos de Menem

Para la segunda presidencia de Menem, los grandes cambios en los paradigmas económicos ya se habían producido y consolidado. Menem puso en funcionamiento una especie de «piloto automático» en la economía sustentado en la estabilidad que brindaba el plan de convertibilidad. Incluso le permitió prescindir del propio «padre de la convertibilidad», Domingo Cavallo, quien tenía sus propias ambiciones políticas. Cavallo fue reemplazado en el ministerio de economía en Julio de 1996. Así transcurrieron los años de su segunda presidencia, aunque ya se vislumbraban los límites, que imponía la convertibilidad, para la competitividad de los productos industriales y de la agroindustria del país y, por ende, para el crecimiento y la generación de empleo. La merma en el uso de la palabra producción y sus derivados y la escasa cantidad de menciones de la palabra industria, es fiel reflejo de la recesión acontecida hacia el final de los '90 y de los efectos de la convertibilidad y el aperturismo económico que generaron serias dificultades para la producción de bienes en el país.

El problema de la generación de empleo, está cada vez más sujeto a cuestiones estructurales como los procesos de integración y la competitividad de las economías integradas. Esa competitividad exigía a su vez el desarrollo tecnológico que, fatalmente, azuza los problemas de desocupación e impone el desafío de la educación y la capacitación laboral para evitar la exclusión social y la marginalidad. Todas estas cuestiones eran percibidas y diagnosticadas certeramente por Menem en sus discursos. Especialmente en su último discurso de 1999, establece un programa de cinco puntos que resultan muy premonitorios y anticipatorios de las políticas de Estado del futuro mediano, muchas de las cuales están, en la actualidad, en plena vigencia. Ese programa de cinco puntos resulta también curioso, considerando que Menem no podía ser reelecto. Los cinco puntos se referían a: i) la capacitación para la inclusión social y para combatir el desempleo; ii) el desarrollo de la industria agroalimentaria; iii) la descentralización de la gestión gubernamental; iv) la integración regional y continental; v) la unión monetaria americana.

En su segunda presidencia, Menem, mantiene altas, o aún aumenta, las frecuencias de las palabras, *crecimiento, desarrollo, inversión, impuestos, estabilidad*. Aparecen además, en alza, palabras de menor o escasa frecuencia hasta ese momento, *infraestructura, PBI, presupuesto, convertibilidad*.

En sentido contrario, hay palabras que, considerando la primera presidencia, disminuyen su frecuencia de aparición y, en otros casos, casi desaparecen

de los discursos de la segunda presidencia menemista. Por ejemplo, disminuyen, *producción, eficacia, empresas, capital*, y con muy pocas menciones casi desaparecen, *crédito, inflación, ajuste, sector privado*.

2. La «humanización» de la economía y del crecimiento

En ese marco de estabilidad se enunciaron algunos párrafos preocupados por dar respuestas sociales desde la economía. Particularmente, ya desde el discurso de 1997, se expresa con agudeza el problema de la desocupación, de la desigualdad y de la exclusión social que los cambios producidos en la economía estaban generando. Hay varios párrafos que construyen un discurso relacionando a los derechos humanos, en una nueva dimensión, con las relaciones económicas. En ese contexto, también se quiere relacionar y poner en perspectiva «humanista» a los logros y desarrollos tecnológicos que se alientan y resaltan, pero que también provocan nuevos problemas sociales.

- «Ningún emprendimiento *económico* debe iniciarse sin preocuparse por su inversión en capital humano. La humanización de las relaciones *económicas* debe primar sobre el uso irracional o innecesario de medios tecnológicos. Porque la más avanzada de las tecnologías es aquella que privilegia el trabajo, la vivienda, la salud y la dignidad del ser humano.»

- «Tras dos años difíciles como consecuencia de la crisis externa, nuestra *economía* ha entrado nuevamente en el sendero de alto crecimiento que nos va a permitir disminuir sensiblemente el desempleo y llegar con los beneficios de ese despegue a todos los argentinos, en especial a los más necesitados.»

- «El crecimiento *económico* apunta a la grandeza de la Nación pero éste no debe contradecirse con la felicidad del pueblo, puesto que los *derechos humanos* deben prevalecer sobre el derecho federal y común. Y uno de los principales *derechos humanos* es que no exista un *desarrollo desigual*... El *crecimiento con justicia social* es una exigencia del imperio de los *derechos humanos*. Debemos redoblar los esfuerzos para combatir el *desempleo, la discriminación, la marginación y la exclusión*. Por lo tanto todo emprendimiento *económico* debe iniciarse teniendo principal preocupación por la *inversión en capital humano*. Las relaciones *económicas* deben basarse en una primacía del hombre sobre el *uso irracional o innecesario de aspectos tecnológicos*.»

- «Para que nuestra *economía* fuese sana debimos transformarla; y la transformación que llevamos adelante durante estos años posibilitó nuestro definitivo desarrollo como país, dándonos *crecimiento* con estabilidad.»

- «Si bien hemos disminuido el índice de desocupación al 13,7%, el de los hogares con necesidades básicas insatisfechas al 10,7%, y el de los hogares por debajo de la línea de pobreza al 16%, se hace imprescindible intensificar la tarea en esta materia para que nuestro pueblo se beneficie concretamente con los logros de nuestro *crecimiento económico*.»

3. Discurso de 1999. Síntesis de época. Los paradigmas económicos de los '90

Resulta interesante observar que los paradigmas económicos impuestos en las presidencias menemistas perduran, tal cual Menem sostuvo en su discurso de 1999, «...Las transformaciones que hemos producido en estos diez años son irreversibles, todos lo sabemos».

En efecto, la lógica de muchos de los cambios económicos no fue revertida, y tampoco dependen, absolutamente, de decisiones soberanas de un Estado nacional. A lo sumo pueden, esos cambios, ser atemperados con algún tipo de intervención estatal que mitigue algunos durísimos efectos sociales vía planes asistencialistas y, en su caso, lo que se ha transformado, vía intervención estatal, es el modo de gerenciamiento de esos cambios —lo que, en muchos casos, no es poco—, pero no su lógica económica.

- «Fuimos capaces de adoptar *la competencia y la lógica del mercado* como los principales incentivos del sistema económico, por ellos impulsamos:

- i.– La convertibilidad, como base de la *estabilidad monetaria y cambiaria*.
- ii.– La *desregulación de los mercados*, para fomentar la competencia.
- iii.– Las *privatizaciones*, en busca de la eficiencia a partir de la inversión.
- iv.– La *apertura de la economía*, para permitir el acceso a los mercados internacionales.
- v.– La *autonomía del Banco Central*, para fortalecer la moneda.
- vi.– La recuperación del *Presupuesto Nacional* como instrumento central en la fijación de prioridades.
- vii.– La *reforma tributaria* progresiva y equitativa, que favorece el empleo a partir de la reducción de aportes patronales.

- «Entendimos que las crisis no nos tienen que hacer retroceder en nuestras políticas de *libre comercio*, que la fórmula no consiste en cerrar nuestra economía, porque esto significaría que no hemos sabido tomar los recaudos necesarios.»

- Si logramos complementar este código tributario con la agilidad del sistema judicial, la lucha contra el flagelo de nuestra *economía*, que es la evasión, estará ganada.
- Es necesario, también, que avancemos en la sanción de una ley anti-monopolios, para profundizar nuestro compromiso con la *desregulación económica*, facilitando la *competencia en todos los mercados...*»
- «El plan de convertibilidad nos ha posibilitado en estos años generar conciencia sobre la necesidad de tener disciplina fiscal, estabilidad en los precios, disminución de la inflación, aumento del producto bruto, mayor productividad, aumento de la inversión, reducción del déficit fiscal, crecimiento del comercio.»

VI. LA PRESIDENCIA DE DE LA RÚA (1999-2001)

De la Rúa asumió la presidencia el 10 de Diciembre de 1999, gobernó durante 740 días. En medio de una severa crisis económica y política renunció el 21 de diciembre de 2001. Son entonces solamente dos los discursos del período pronunciados por De la Rúa.

Su candidatura fue impulsada por una alianza política generada entre su partido, la centenaria Unión Cívica Radical y un Frente de pequeñas agrupaciones de centro izquierda conformada por peronistas desencantados con el menemismo.

1. El discurso económico de De la Rúa

En los dos discursos emitidos por De la Rúa hasta su renuncia, las 10 palabras más mencionadas en el campo fueron: *economía*, *crecimiento*, *mercado*, *eficiencia*, *impuestos-tributario*, *inversión*, *producción*, *PyMES*, *competitividad*, *gasto público*.

Se observa en este período un notorio desplazamiento de los ejes discursivos en materia económica. Respecto de Menem disminuyen las apariciones de *economía*, *crecimiento*, *desarrollo*, *inversión* y *convertibilidad*, desaparecen *capital*, *estabilidad* y *PBI*, y continúa con pocas apariciones *industria*. Por CoR es De la Rúa el que otorga mayor contenido económico a sus dos discursos. Las palabras en las que De la Rúa superó el CoR promedio del período fueron, *eficiencia*, *mercado*, *PyMES*, *competitividad* y *gasto público*.

Más allá de los matices indicados, se observa que el discurso económico de De la Rúa, no ofreció cambios sustanciales respecto del paradigma mene-

mista. En lo que sí se procuró hacer hincapié, fue en diferenciarse de prácticas relativas a la corrupción y a los ilícitos en el Estado.

2. Recesión y desempleo. Crecimiento y competitividad. Las claves económicas que derivan en la crisis política

De los discursos de De la Rúa se desprenden las preocupaciones y problemas más importantes de la época. La recesión que existía desde un par de años atrás, el desempleo que ya alcanzaba indicadores alarmantes, los límites que la convertibilidad imponía a la competitividad de los productos exportables del país y la falta de sustento programático y legitimidad política, indicaban un panorama altamente preocupante. Ante ello, De la Rúa sostenía una prédica esquemática que perseguía generar condiciones competitivas para los productos exportables y, así, lograr el crecimiento de la economía y la solución al problema del desempleo. Se trataba de enunciados voluntaristas que chocaban con las condiciones objetivas de posibilidad que la economía ofrecía, en el contexto normativo en la que se desenvolvía.

Además, la escasa base de poder político en la que se sostenía el gobierno, una alianza claramente electoralista sin programa ni afinidades, y una gran improvisación y amateurismo en los principales cuadros asesores del presidente, completaban un cuadro en el cual no era posible encarar las decisiones de política económica adecuadas para salir del atolladero. Para ello se debía contar con poder político y legitimidad de gestión suficiente pues las decisiones necesarias no podían ser incruentas.

El gobierno tuvo una actitud autista y cerrada. Un indicador de ello, es la constante enunciación de «*mi gobierno*» que hacía De la Rúa, ignorando lo básico, que se trataba de una alianza con extrapartidarios y con un partido propio, la UCR, que también lo observaba como a un extraño. Ese personalismo, como si se tratara de un gobierno «fuerte», no ayudaba a generar lealtades. Esas continuas expresiones, eran un ejercicio discursivo de autoafirmación de poder para evidenciar la existencia de un gobierno sustentable que, en los hechos duros de la política, se mostraba endeble y sin poder de decisión.

Ganado por las preocupaciones económicas y de gobernabilidad, tampoco hubo enunciaciones destacadas y consistentes en el campo político. Campo que, por otra parte, mostró repeticiones y coeficientes en importante disminución, respecto a los períodos anteriores.

- «*Crece con desarrollo social. Y es principalmente a través de las pequeñas y medianas empresas argentinas que conseguiremos el crecimiento sostenido y el desarrollo social. Y yo voy a defender a las pequeñas y medianas empresas.*»

- «Si somos capaces de *competir*, tendremos garantizado el crecimiento sostenido de nuestra *economía*. Esta es la única y verdadera solución de fondo al *desempleo*; no hay otra. Tenemos que *crecer*. Y ésta —vuelvo a repetir— es la estrategia *económica* y política de *mi gobierno*.»

- «La solución de fondo sólo vendrá si logramos transformar el Estado que no sirve en un Estado capaz de promover una *economía competitiva* que nos permita aprovechar nuestras oportunidades. Si somos capaces de *competir*, tendremos garantizado el *crecimiento* sostenido de nuestra *economía*. Esta es la única y verdadera solución de fondo al *desempleo*; no hay otra. Tenemos que *crecer*. Y ésta —vuelvo a repetir— es la estrategia *económica* y política de *mi gobierno*.»

- «Una *economía competitiva* como la que nos estamos proponiendo conseguir necesita un marco de seguridad jurídica, reglas claras, jueces honestos, que sé —me consta— son la gran mayoría.»

- «... la marcha del programa *económico* de *mi gobierno*. Sus objetivos son el *crecimiento*, la generación de *empleo* y la inserción de nuestra *economía* en el mundo. Sus herramientas, el equilibrio de las cuentas públicas, la *eficiencia* en la asignación del gasto, las políticas *pro-competitivas* y la transparencia en los procedimientos.»

- «... construyendo una *economía* verdaderamente *competitiva*, integrada al mundo, con un Estado formado y en *crecimiento* sostenido.»

- «... aumentar la *competitividad* de la *economía*, consolidar la solvencia fiscal y fomentar la equidad social, los tres pilares de nuestro programa. Estamos convencidos de que es la única manera de construir una *economía* más sólida, capaz de *crecer* sin pausa.»

VII. LA PRESIDENCIA DE DUHALDE (2002-2003)

El 2 de enero de 2002 Duhalde fue elegido presidente interino por la Asamblea Legislativa hasta el 10 de diciembre de 2003, completando así el período del mandato trunco por la renuncia de De la Rúa. Sin embargo, la severidad de la crisis y los incidentes producidos en manifestaciones que derivaron en la muerte de militantes de organizaciones sociales de desocupados, lo obligaron al adelantamiento de las elecciones y de la sucesión presidencial que se produjo el 25 de mayo de 2003. El período de su presidencia abarcó, entonces, sólo dos discursos de apertura de Asamblea Legislativa.

Duhalde había sido el candidato peronista derrotado por De la Rúa en las elecciones de 2001.

La gravedad de la crisis en la que asumió el poder condicionó absolutamente su gestión. Además fue una presidencia sustentada en el apoyo legislativo y, en medida importante, dependiente de los apoyos de los gobernadores provinciales que contaban con la legitimidad de sus mandatos y que habían resistido la crisis del sistema político nacional.

Claramente la economía fue el detonante de todos los problemas que se extendieron al plano político, al de la crisis de legitimidad y autoridad y al quiebre del sistema de partidos.

1. La economía de Duhalde: producción e industrialismo

Resulta muy interesante observar algunos conceptos, que implican un cambio de paradigma económico que continuó vigente en los gobiernos posteriores. La profundidad de la crisis económica obligó a Duhalde a emitir un discurso de cierta sofisticación y complejidad en la materia.

Sin embargo, ese cambio, no implicó trastocar absolutamente las reformas estructurales que dejó como herencia la década menemista. Ya dijimos que algunos temas se han consolidado y ya no se discuten en el sistema político argentino.

Crecimiento, desarrollo, exportaciones, integración, el redimensionamiento del Estado, fueron, antes y después de la crisis, parte sustancial del discurso económico presidencial. El gran vuelco fue deshacerse del ancla de la convertibilidad, lo que resultaba sumamente complejo, dada la estructura normativa que la sustentaba, y los efectos económicos y jurídicos que, luego de 10 años de vigencia, había generado.

La producción, el comercio exterior y las exportaciones, la integración, la superación del déficit fiscal como condición, la competitividad, son conceptos que forman parte de un discurso presidencial permanente desde la crisis de 2001/2002.

- «... sentar las bases de un nuevo proyecto nacional fundado en la *producción* y el trabajo, en la recuperación de los *mercados interno* y *externos* y en la promoción de una justa distribución de la riqueza y de un *desarrollo humano sustentable*.»

- «... desaparecieron no sólo empresas sino ramas enteras de la *industria*. Se desarticuló el aparato productivo y el desempleo alcanzó niveles nunca registrados en nuestro país.»

- «La convertibilidad, que había sido el remedio para salir de la hiperinflación, terminó cobijando la enfermedad que asfixia a nuestra *economía*.

Pensada para mejorar la *productividad*, terminó en depresión y profundizó la *exclusión masiva*.»

- «... ante esta espiral de derrumbe del sistema financiero y del tipo de cambio fijo, sólo quedaban dos opciones: la dolarización plena de la *economía*, como reclamaban y reclaman quienes sostuvieron el anterior modelo *económico*, o un nuevo modelo, orientado a un *desarrollo sustentable*, lo que supone no anclar toda la *economía* a una sola variable. Esto implica la adopción de un régimen monetario y cambiario con pesificación y tipo de cambio flexible, que es lo que hizo este gobierno y lo que reclamaban los sectores *productivos* y del trabajo en la Argentina y la comunidad internacional.»

- «La dolarización hubiese condenado al país a perder definitivamente su política monetaria y cambiaria; hubiera agravado la problemática de la *competitividad* y la desintegración de las cadenas productivas; hubiera primarizado las exportaciones y nos hubiera excluido de los procesos de *integración regional* mundial.»

- «La adopción de un tipo de cambio flexible y la pesificación de la *economía* modifican los precios relativos y abren un horizonte de rentabilidad que permitirá recuperar la dinámica de crecimiento basada en una estructura *productiva* más diversificada y con mejor inserción internacional.»

- «... los lineamientos de nuestra política fiscal, monetaria y cambiaria tienen una condición que les da coherencia y que identifica la voluntad de este gobierno: poner los instrumentos de la *macroeconomía* al servicio de la *producción y del trabajo*.»

- «... En materia fiscal, las limitaciones que sufre el Estado argentino requieren reglas estrictas en cuanto al gasto. Nos hemos propuesto bajar drásticamente el *déficit* como condición necesaria para destrabar la *economía* y contribuir a la reactivación de la actividad privada.

- «... hay que rescatar la mejor tradición *productiva* de la Argentina, que consiste en convertir la cultura del trabajo en motor del desarrollo.»

- «Un país en el que la *competitividad* se base en agregar valor a lo que produce. Un país que incluya en su proyecto *productivo* la investigación, el desarrollo de las más modernas tecnologías, la labor de sus científicos y artistas y que alumbré un porvenir cierto para las jóvenes generaciones ¿Qué necesitamos para lograr este proyecto? Recrear la alianza con la *producción y el trabajo*; restablecer el papel del sistema financiero como instrumento entre la *producción*, el comercio y la inversión.»

- «El gobierno, por supuesto, ha tomado partido y ha hecho lo que debía hacer: diseñar las herramientas para la nueva etapa. Ha creado un Ministerio de la *Producción*, que se dedica a generar las políticas de Estado que aseguren

las condiciones para que actúe la empresa privada. Ha adoptado un conjunto de iniciativas estratégicas que potencian las diversas áreas de la realidad productiva.»

- «Por primera vez en la historia, en conjunto con los ministros de la *Producción* de todas las provincias, se está elaborando un plan estratégico productivo, un programa verdaderamente federal que define políticas de Estado perdurables. «

- «En lo relativo a la creación de los puestos de trabajo, este gobierno considera a la *obra pública* como un formidable factor de reactivación. Es la mayor generadora de mano de obra y movilizadora de numerosas actividades *industriales*. Por esa razón, estamos gestionando —ante organismos internacionales— fondos que destinaremos a financiar un plan de obras que se concretarán en todo el territorio nacional.»

VIII. LA PRESIDENCIA DE KIRCHNER (2003-2007)

Kirchner asume la presidencia el 25 de mayo de 2003 en una situación de grave crisis de legitimidad del sistema político y con el marco de una alta fragmentación en el sistema de partidos. Como consecuencia de esos factores, su mandato se inicia con un débil sustento de apoyo electoral y con escaso poder institucional propio. Desempeñó el cargo hasta el 10 de diciembre de 2007.

En los hechos la elección presidencial fue un fiel reflejo de la crisis del sistema de partidos en la Argentina. Los partidos tradicionales y mayoritarios no pudieron lograr acuerdos internos para presentarse con candidaturas unificadas y fuertes. Tres de los candidatos más votados eran peronistas que se presentaron por su propia vía. Lo mismo ocurrió con la Unión Cívica Radical que se presentó a la elección en forma fragmentada, dividida al menos en tres sectores diferentes, con candidatos que se formaron en ese partido.

Kirchner asumió la presidencia solamente con el 22% de los votos efectivos obtenidos en la primera vuelta de la elección presidencial y merced a la renuncia de Menem que había obtenido el 25% (los dos candidatos más votados fueron peronistas) a participar en el balotaje. Ello implicó una situación de severa debilidad política, en especial, hacia dentro del sistema político e institucional pues no podía operar por sí mismo para cambiar una correlación de fuerzas desfavorable. No dominaba al partido Justicialista, no tenía bloques propios en el Congreso, se enfrentaba a una Corte Suprema con miembros que mayoritariamente habían sido designados por Menem. Hacia fuera del sistema político, de cara a la sociedad, debía lidiar con una explosiva situación social y económica que combinaba, exclusión, desempleo, recesión, pobreza extrema

creciente, deuda externa en default, escasez de reservas, inaccesibilidad al crédito, conflictos judiciales masivos por la salida de la convertibilidad, entre otras dificultades.

La variedad de conflictos a enfrentar, y las difíciles condiciones políticas y económicas del momento, derivaron en un discurso que presentó varias novedades en relación a las presidencias anteriores. Se profundizó el sesgo economicista de los discursos; el contenido se tornó más técnico y sofisticado; las variadas y múltiples demandas de la ciudadanía al sistema político requerían enunciados que no fueran solo consignas o invocaciones emotivas.

1. El contenido económico de los discursos de Kirchner

Kirchner fue quien más menciones nominales de palabras del campo economía enunció, fueron 1.257 palabras. En coeficientes presenta un notable aumento respecto a sus antecesores, y superando la media de todo el período analizado, en las menciones de *crecimiento*, *inversión*, *producción*, *desarrollo*, *obras públicas* y *mercado*.

Son novedades del período, el regreso al discurso presidencial de las palabras *obras públicas*, *industria e infraestructura* (antecedente de menciones con Menem) y la primera aparición relevante de *consumo*.

Otras palabras destacadas del período de Kirchner, que presentan escasas menciones previas, y que por ello resultan categorías originales de sus discursos fueron: *superávit*, *turismo*, *reservas*, *valor agregado*, *política económica*, *tasa de interés*. Entre las disminuciones y desapariciones, respecto a los períodos previos, se destacan: *eficiencia* e *impuestos-tributario*.

Obras públicas es un concepto que presenta 37 apariciones en todo el período investigado, 30 de las cuales fueron mencionadas por Kirchner y Cristina, el 81% del total.

De la palabra *reservas*, el 76% de las menciones se hicieron durante las presidencias de Kirchner y Cristina. La recuperación de las reservas disponibles en el Banco Central fue nota saliente y objetivo político luego de la crisis de 2002. También fue debatido el uso que, de las reservas, se hizo en las presidencias mencionadas.

Superávit (fiscal, comercial) es prácticamente un término que sólo ha sido utilizado a partir del gobierno de Kirchner y continuado por Cristina. De sus 50 menciones, 46 fueron hechas durante esas presidencias. Ello, producto de los superávit fiscal y comercial (los denominados superávit gemelos) obtenidos durante gran parte de esas presidencias, hecho inédito, o casi, en la historia del país.

El discurso presenta matices muy técnicos y sofisticados, con cita de categorías y articulaciones complejas de la jerga económica. Fue muy crítico de la convertibilidad y del modelo imperante en los '90 y se insistió con el desempeño activo y regulador que el Estado debe tener en la economía. El consumo interno y la inclusión social fueron también citas recurrentes.

2. Kirchner y sus críticas a la herencia económica recibida

- «En la década de los noventa, la exigencia sumó la necesidad de la obtención de avances en materia *económica*, en particular en materia de control de la inflación. La medida del éxito de esa política la daban las ganancias de los grupos más concentrados de la *economía*...»

- «Se intentó reducir la política a la sola obtención de resultados electorales; el gobierno, a la mera administración de las decisiones de los núcleos de poder *económico* con amplio eco mediático, al punto que algunas fuerzas políticas en 1999 se plantearon el cambio en términos de una gestión más prolija pero siempre en sintonía con aquellos mismos intereses.»

- «El modelo de concentración *económica*, señoreo de los intereses especiales, corrupción hasta límites inimaginables, destrucción del sistema productivo y de la actividad industrial, elevada exclusión social, cimentado en un impresionante endeudamiento, demostró con toda su crudeza la carencia de propia sustentabilidad y cayó estrepitosamente, destruyendo la legitimidad de las instituciones y desarticulando la legalidad y la cohesión social propias de un país normal.

- «En la década anterior, la política económica se orientaba a modificar las expectativas de los mercados financieros donde se mueven *capitales especulativos*, pues ese era el requisito para poder seguir expandiendo el *déficit* en base a mayor *endeudamiento*. En esas condiciones, el indicador de riesgo país pesaba más que cualquier dato de la economía real.»

3. El modelo económico de Kirchner

Las principales líneas económicas estuvieron enfocadas a desarrollar políticas de inclusión social, expansión del consumo y mercado interno. Se retoma la enunciación de conceptos como *política económica*, que remite a una intervención estatal y política en las decisiones del área, las que ya no quedarán sólo sujetas a los mercados y a los sectores económicamente concentrados. El *crecimiento* y el *desarrollo* estarán vinculados a una justa distribución del ingreso. Notable resulta observar la asunción de categorías económicas que, históricamente, han estado en boca de los sectores ortodoxos del liberalismo

económico del país. Por ejemplo, se pone énfasis en destacar los beneficios de «la *sabia regla de no gastar más de lo que entra*»; del «*equilibrio fiscal*» y de una «*mejor recaudación y eficiencia y cuidado en el gasto.*»

Se habla de inversión y producción, de apertura de mercados para las exportaciones, de competitividad y productividad, de superávit gemelos (fiscal y comercial), de nivel consistente de reservas. Este compendio de conceptos económicos, responden a criterios tradicionales de la disciplina con los que podrían concordar expertos de los sectores más conservadores.

Resulta interesante apuntar tal cuestión, pues demuestra que, como ya se ha dicho, los otrora existentes ejes dicotómicos de legitimidad en el discurso económico enunciado por las fuerzas políticas del país, ya no existen, al menos en aquellas fuerzas que tienen chances ciertas de asumir el poder de administración del Estado. Se observan continuidades discursivas superadoras de recetas pendulares que se adoptaron en el pasado, y que trajeron como consecuencia sucesivas crisis y fracasos. A veces por falta de comprensión de las tendencias mundiales insoslayables, gusten o no, que se imponen en el mundo. En ocasiones, por falta de poder o decisión política para adoptarlas. Asimismo, los pasos progresivos que se fueron dando en materia económica, luego de los primeros años de consolidación del sistema político e institucional democrático, fueron complementándose y supliendo carencias que, por ignorancia, impericia, falta de consenso o de poder y legitimidad política, no pudieron aplicarse contemporáneamente. Todo ello debe contextualizarse y comprenderse en el marco de los procesos de globalización y supranacionalidad, que no permiten decisiones extremas, so pena del aislamiento político y económico.

- «El objetivo básico de la *política económica* será el de asegurar un *crecimiento* estable, que permita una expansión de la actividad y del empleo constante, sin las muy fuertes y bruscas oscilaciones de los últimos años. El resultado debe ser la duplicación de la riqueza cada quince años, y una distribución tal que asegure una mejor *distribución del ingreso* y, muy especialmente, que fortalezca nuestra clase media y que saque de la pobreza extrema a todos los compatriotas. Para alcanzar tales objetivos respetaremos principios fundamentales que ayuden a consolidar lo alcanzado y permitan los avances necesarios. La *sabia regla de no gastar más de lo que entra* debe observarse. El *equilibrio fiscal* debe cuidarse. Eso implica *más y mejor recaudación y eficiencia y cuidado en el gasto.*»

- «Con *equilibrio fiscal*, la ausencia de rigidez cambiaria, el mantenimiento de un sistema de flotación con política macroeconómica de largo plazo determinada en función del ciclo de *crecimiento*, el mantenimiento del *superávit primario* y la continuidad del *superávit comercial* externo, nos harán crecer

en función directa de la recuperación del *consumo*, de la *inversión* y de las *exportaciones*.»

- «El *crecimiento* requerirá de una *demanda creciente* que aliente las inversiones, tanto para atender el *mercado interno* como a las *exportaciones*. A contrario del modelo de ajuste permanente, el *consumo interno* estará en el centro de nuestra estrategia de expansión.»

- «Sabemos que el *mercado* organiza *económicamente* pero no articula socialmente, debemos hacer que el Estado ponga igualdad allí donde el mercado excluye y abandona.

- «Este modelo de *producción, trabajo y crecimiento sustentable* y con reglas claras, generará *recursos fiscales, solvencia macroeconómica y sustentabilidad fiscal* creando las condiciones para generar nuevo y mayor *valor agregado*. «

- «Profundizar la estrategia de apertura de mercados, incrementar sustancialmente nuestro intercambio con el resto del mundo. Diversificar exportaciones hacia bienes con mayor valor agregado. Desconcentrar las ventas por destino y multiplicar el número de exportadores de modo que los beneficios del comercio exterior se derramen sobre todas las ramas productivas.»

- «En las nuevas circunstancias, la *política económica* se orienta a generar hechos, hechos de la economía real, la *economía productiva*. La *producción, el consumo, la inversión, el empleo, la disminución de la pobreza*, son los indicadores que importan. La *economía* mira al compatriota de carne y hueso. Es así que la recuperación del *consumo* ha sido puesta en el centro de la economía... si algo distingue al capitalismo es la idea del consumo. El capitalismo como sistema de ideas ha prevalecido entre otras cosas porque el consumir y vivir mejor no es una buena teoría sino un aspecto sustancial de la condición humana. Porque conocemos la importancia de la *inversión* y el peso de las *exportaciones* en nuestras posibilidades de *crecimiento* hacemos centro en el *consumo*. Sin *mercado interno* creciente y demandante, las inversiones se ubican en sectores especulativos, inmobiliarios, dirigidos a una pequeña porción de la población o donde el Estado garantiza con su regulación tasas enormes de rentabilidad... Sin un *tipo de cambio* realista, sin un *mercado interno* creciente y hasta sofisticado, la *exportación con valor agregado* no tiene suficiente base para desarrollarse con solidez. Eso hace que el país exporte prioritariamente bienes agrícolas o energía, que en nuestro caso son una base excepcional de ventajas competitivas, pero que no son —si miramos con visión de futuro— el todo. Tampoco los bajos salarios pueden ser la base de nuestra competitividad. Consumo, inversión, exportaciones, forman parte de un todo que debe generar empleo en cantidad y calidad para asegurar una base estable de crecimiento y, lo que es más amplio, de desarrollo, que es la forma de hablar de bienestar.

- «En materia económica, los resultados de las políticas aplicadas son firmemente positivos en todos los planos. *Solidez fiscal*, baja *inflación*, recuperación del *ingreso* en progreso y, por ende, mejora del *consumo*, expansión de las *inversiones*, aumento y diversificación de las *exportaciones* y creación de *empleo* genuino, basamentan un proceso de consolidación. La República Argentina lleva ya 11 trimestres consecutivos de aumento de la *producción*. No sólo se pudo poner en marcha capital productivo inmovilizado, también se ha expandido la inversión y logrado notables aumentos de *productividad*.»

- «La economía argentina ha iniciado un proceso de crecimiento sostenido...la economía argentina muestra saludables *superávits gemelos* en cada uno de los últimos 3 años, una situación inédita en la historia económica contemporánea de nuestro país.»

- «La creación de *empleos dignos*, con *salarios justos*, que permitan a los *trabajadores* acceder a la seguridad social y a una jubilación decorosa, es el punto de partida para todo país que se precie de querer alcanzar un *desarrollo* no sólo económico sino también social y humano.»

- «Se mantiene un *superávit fiscal* elevado, consistente con la estrategia de *desendeudamiento* del país y con el manejo de la *política económica* en la fase ascendente del ciclo económico. La *política monetaria* acompaña al *crecimiento* económico y contribuye a la *estabilidad* macroeconómica al apuntalar la *competitividad* de los sectores transables de la economía y al asegurar, vía acumulación de *reservas* internacionales, la cobertura necesaria frente a eventuales turbulencias en los mercados internacionales, al tiempo que se expande el crédito doméstico especialmente el dirigido a las *pymes*.»

- «... la economía sigue mostrando un cuantioso *superávit comercial* y en cuenta corriente,...El incremento en el acervo de *reservas* internacionales se produce fundamentalmente como consecuencia de dicho superávit, y no como efecto de un proceso irresponsable de *endeudamiento* del exterior. Ustedes se acuerdan que en las anteriores reservas, cuando la Argentina llegó más o menos a la misma cifra, para mantener la relación convertibilidad-emisión se tomaban créditos internacionales en el Fondo y en el Banco Mundial para mantener el nivel de reservas para poder mantener, con endeudamiento, la famosa convertibilidad. Hoy las reservas que tenemos son absolutamente genuinas.»

4. La reivindicación del Estado como agente económico. Las obras públicas

El rol del Estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner.

- «...el *Estado* se incorporará urgentemente como *sujeto económico activo*, apuntando a la terminación de las *obras públicas* inconclusas, la generación de trabajo genuino y la fuerte inversión en nuevas obras. No se tratará de obras faraónicas, apuntaremos más a cubrir las necesidades de *vivienda* y de *infraestructura* en sectores críticos de la economía para mejorar la calidad de vida y a perfilar un país más competitivo, distribuyendo la inversión con criterio federal y desarrollando nuestro perfil productivo. Tenemos que volver a planificar y ejecutar *obra pública* en la Argentina, para desmentir con hechos el discurso único del neoliberalismo que las estigmatizó como gasto público improductivo.»

- «Con la creación del *Ministerio de Planificación Federal e Infraestructura*, y con la decisión expresada desde el primer día de nuestro gobierno, se ha vuelto a planificar y a ejecutar *obra pública* en la Argentina, superando la visión que estigmatizaba esto como gasto improductivo. Esto ayuda a incrementar la velocidad de la recuperación económica.»

- «Uno de los principales desafíos que enfrentamos vinculados con el papel del *Estado* es volver a poner a la inversión en *obra pública*, en *infraestructura*, como una de las prioridades de la *gestión* estatal, considerando su capacidad de mejorar la calidad de vida, de motorizar rápidamente el nivel de actividad y generar mejor competitividad económica y social.»

5. Kirchner y el tratamiento de la deuda externa

Kirchner (39% de las citas totales) y Cristina (30%), han usado con persistencia y frecuencia la palabra Deuda y derivados. En el resto de los períodos presidenciales casi no se mencionó el tema. La política de desendeudamiento y la superación del default de 2002 estuvieron entre sus ejes discursivos y de acción de gobierno.

Además presentan en el campo semántico claras diferencias de frecuencia con los demás presidentes, salvo Alfonsín, quien reclamaba una solución política para el tema de la deuda.

Retrospectiva

- «La historia más reciente tornó usual la aplicación al problema del *endeudamiento* de una visión presidida por las necesidades de la coyuntura, tomándola como un tema del gobierno y no como una cuestión de la sociedad, de modo que los sucesivos gobiernos parecieron elegir el camino de simplemente postergar hacia el futuro los vencimientos. ... Sucesivos nombres se fueron instalando como supuestas soluciones basadas en la renovación de los plazos, el incremento de los intereses y la postergación de los pagos. Plan

Brady, Canje de Deuda, Blindaje, Megacanje, fueron nombres que se incorporaron a la crónica diaria, al lenguaje político y a nuestras realidades como fórmulas mágicas de solución para ganar tiempo sin enfrentar los problemas que padecíamos. Y así nos fue...»

- «No queremos persistir en el default, pero la más fría racionalidad indica que las recetas del pasado no pueden aplicarse. No pueden aplicarse, porque el mundo cambió de actitud ante las crisis de endeudamiento. De correr presurosos al salvataje para evitar los riesgos del contagio, asumiendo de ese modo indirectamente su cuota de responsabilidad por imprevisión o por haber favorecido el creciente endeudamiento de los países, ingresando por una ventanilla fondos que se retiraban por otra, los organismos internacionales pasaron a exigir el cumplimiento sin auxilios de ningún tipo.»

Prospectiva

- «... importantes intereses económicos tratarán de torcernos el brazo, desviarnos del camino, confundirnos el rumbo. Los organismos multilaterales deben respetar lo firmado. En todo caso, asumir su corresponsabilidad por el *crecimiento del endeudamiento*. Cuando todo indicaba que nuestro país no podría pagar, concedieron nuevos créditos que sólo sirvieron para incrementar el problema del endeudamiento y, sin evitar la eclosión, ahondaron la crisis.

- «No pagaremos *deuda* a costa del hambre y la exclusión de millones de argentinos generando más pobreza y aumentando la conflictividad social... Este gobierno, con racionalidad y toda la prudencia del caso, seguirá principios firmes de negociación con los tenedores de *deuda* soberana intentando salir del default sin poner en riesgo el crecimiento que las cuentas nacionales y todos los indicadores evidencian. No pagaremos a costa de que cada vez más argentinos vean postergado su acceso a la educación, la salud, la vivienda, el empleo decente.»

- «Creciendo nuestra economía mejorará nuestra capacidad de pago. Como dijéramos aquí: no somos el proyecto del default. Sabemos que nuestra *deuda* es un problema central. Pero no pagaremos de cualquier modo. No se trata de ideologías, no se trata de capricho, temeridad, verborragia, inflexibilidad o como quieran llamarle. Se trata de una fría y racional lectura de los números y de la economía.»

- «... nuestro país ha dejado atrás el *default*, debiendo hoy considerarse íntegramente reestructurada la deuda argentina. Por su complejidad en cuanto a número de títulos, monedas y jurisdicciones involucradas. Por su monto. Por las particularidades de la situación mundial que determinaron la ausencia de ayuda crediticia. Por haberse realizado en el marco de una reducción neta de deuda con los organismos multilaterales de crédito internacional, el proceso ha

resultado único y excepcional. Por vez primera en la historia argentina un proceso de reestructuración de deuda ha culminado con una drástica disminución del endeudamiento del país. La República Argentina... ha podido concretar exitosamente el más gigantesco canje de deuda en cesación de pagos de la historia mundial y lo ha hecho en el marco de la concreción de la quita más grande de la historia. En lo local, se trata de la primera vez que un proceso de reestructuración de deuda ha tenido activa participación del Parlamento, en observancia de las distintas competencias que cada uno de los poderes tiene en materia de empréstito público.»

- «...un verdadero hito ha sido la histórica decisión de cancelar en forma anticipada y completa los *pasivos* por alrededor de 10.000 millones de dólares por el Fondo Monetario Internacional después de casi 50 años de dependencia financiera con este organismo... El pago al Fondo Monetario Internacional ... eliminó uno de los factores de condicionalidad que atenazaba la posibilidad de desplegar una *política económica* autónoma en línea con las verdaderas necesidades de nuestro país y de nuestra sociedad... el margen de maniobra y los grados de libertad recuperados como consecuencia de este histórico paso son los que permitirán precisamente desplegar una política de desarrollo responsable y dejar atrás las políticas de sacrificio permanentes que siempre recaían sobre los mismos sectores ...»

IX. LA PRESIDENCIA DE CRISTINA (5) (2007-2011)

Cristina Fernández de Kirchner asume el 10 de diciembre de 2007 la presidencia de la nación. Es la primera mujer electa como presidente en la Argentina y sucedió en el cargo, en otro hecho inédito, a su esposo Néstor Kirchner. Este le cedió la postulación cuando tenía la chance de ser reelecto.

Su mandato expira el 10 de diciembre de 2011. El Frente para la Victoria que sostuvo su candidatura representa una porción del peronismo situada ideológicamente en el centro-izquierda con apoyo de otros sectores políticos de esa extracción ideológica.

(5) Luego de algunos cabildeos, se ha decidido en este trabajo mencionar a la Presidente por su primer nombre a secas. Creemos que así se la menciona usualmente y se la identifica con claridad y respeto, existiendo otros casos de líderes muy conocidos, hombres y mujeres, por su nombre por la prensa y por la ciudadanía. Incluso si alguien quisiera, desatinadamente, interponer la cuestión de género hemos considerado que ninguna relación tiene ese trato con algún tipo de diferenciación por género.

1. El contenido económico de los discursos de Cristina

Cristina presenta el más alto coeficiente del campo, luego de Duhalde, aunque resulta más relevante dada la cantidad y extensión de sus discursos. Además su discurso económico es el más diversificado de todo el período. Utiliza una notable cantidad de palabras inéditas hasta su presidencia y de notoria complejidad técnica. Una evidencia de la diversificación de su discurso económico es que las 8 primeras palabras de su ranking del campo ocupan un porcentaje del contenido que en otras presidencias se ocupa con sólo 5 palabras.

Sus 10 palabras del campo económico más mencionadas fueron: *economía, crecimiento, producción, empresas, PBI, industria, inversión, infraestructura, superávit*. Aparecen como novedades respecto a Kirchner, e incluso con frecuencias mayores al promedio del período, las palabras, *financiamiento, empresas, crecimiento, infraestructura, PBI, crédito, superávit, valor agregado, demanda agregada, recaudación, rentabilidad, sector privado, Pymes, subsidios*.

Esto está indicando una mayor versatilidad y especificidad técnica del contenido económico en el discurso de Cristina. Además, y aunque existe una evidente continuidad del modelo económico, hay una notoria disminución en el uso por Cristina de varias palabras con indicadores relevantes en Kirchner, —incluso algunas desaparecen literalmente—, por ejemplo: *desarrollo, inversión, mercado, eficiencia-eficacia, obras públicas, inflación, estabilidad, turismo*.

A ello debe agregarse el uso de algunas palabras inéditas, o casi, hasta Cristina, como: *reservas (salvo Kirchner), tasa de interés, capacidad instalada, modelo de acumulación, demanda global, primarización*, y las ya citadas, *superávit, valor agregado, demanda agregada*.

Es interesante observar que el aumento de la palabra *recaudación* es inversamente proporcional a la disminución del uso de *impuestos-tributario*, refleja una manera diferente de plantear la cuestión en términos discursivos. *Recaudación* tiene una connotación positiva que remite a un significado de acción destinada a realizaciones, los *impuestos* remiten a un significado de exacción estatal de bienes privados. Se trata de un hábil manejo semiológico de la cuestión. En el mismo sentido se utiliza *infraestructura* en lugar de *obras públicas* para referirse a lo mismo, la intervención estatal en la construcción de plataformas para mejorar las prestaciones viales, energéticas y edilicias. La mención de *obra pública* remite a un criterio intervencionista del Estado, si en cambio se habla de *infraestructura* resulta menos sustentable efectuar críticas de tipo ideológicas en relación al rol del Estado, pues nadie puede razonablemente oponerse a la creación de condiciones materiales básicas para el crecimiento.

Como ya hemos sostenido, tenemos un discurso económico de Cristina que refrenda el modelo de Kirchner, pero que muestra aún mayor diversificación, versatilidad, complejidad técnica y especificidad, y que pretende diferenciarse y establecer un estilo propio en el enunciado económico.

2. Los pilares del «modelo»

Modelo de *crecimiento con inclusión social* a partir de un *tipo de cambio* competitivo que permite la expansión de las *exportaciones*; aprovechamiento de las ventajas comparativas del sector agrícola ganadero con las posibilidades de *valor agregado* que hoy permite la producción «industrializada» del campo; *retenciones* y aumento de la *recaudación* para la acumulación de *reservas* monetarias suficientes y la generación de los *superávit gemelos*, fiscal y comercial; *desendeudamiento* externo, inversión en *infraestructura* para expandir la *demanda agregada*, la expansión del empleo y así la *inclusión social*. Esa es la matriz del «modelo» económico de Cristina, que continúa en una fase superadora lo iniciado durante el gobierno de Kirchner.

Es sumamente interesante observar que los pilares del modelo enarbolan principios económicos que perfectamente podría suscribir un economista liberal ortodoxo, equilibrio de las cuentas públicas, superávit fiscal y comercial, exportaciones y desarrollo del comercio y relacionamiento con el mundo, tipo de cambio competitivo a efectos de la eficiencia de ese relacionamiento, acumulación de reservas, crecimiento, desarrollo de infraestructura y preocupación por la recaudación. Pilares económicos que ya no están en discusión, más allá de declamaciones ideológicas a izquierda y derecha. Esto reafirma lo ya expuesto en relación a la desaparición de ejes dicotómicos de legitimidad en términos de política económica, en donde la lógica de la economía globalizada impone conductas más allá de declamaciones ideológicas y que, otrora, eran desatendidas por los gobiernos.

- «Lo hicimos con un modelo, como yo lo definí aquí mismo el día 10 de diciembre, un modelo de *acumulación*, de matriz diversificada con *inclusión social*, donde pudimos articular, por primera vez, sectores que parecían antagónicos como la *industria* y el *campo*, pero donde además logramos, frente a un comportamiento virtuoso de estos sectores, el comportamiento primero virtuoso del Estado que permitió el comportamiento de estos sectores: la administración fiscal correcta, *superávit fiscal primario*, el *superávit comercial* producto del sesgo claramente *exportador* del modelo, lo que constituye uno de los pilares básicos que es el de los *superávit gemelos*, con un *tipo de cambio competitivo* que ha permitido, precisamente, reposicionar a la Argentina en el mundo. El resultado, también con un claro proceso de *desendeudamiento* que pasó de

la renegociación de la deuda externa a la cancelación total y definitiva con el Fondo Monetario Internacional.»

- «...*superávit comercial*, un número de *reservas* como nunca, *superávit fiscal primario*, *desendeudamiento*, al mismo tiempo el otro pilar de lo que debe ser el *crecimiento industrial*, *capacidad instalada*

Se reflejarán los párrafos de los discursos de Cristina en donde se hace hincapié en los pilares económicos ya mencionados. El ordenamiento conceptual intentado no es perfecto en su división, pues los pilares en análisis se exponen muchas veces articulados entre sí en los mismos párrafos. Es muy importante considerar que Cristina no leyó sus discursos ante la asamblea legislativa como los otros presidentes, los enunció sólo ayudada por algunos borradores o memorándum con cifras y estadísticas. Eso genera que sus exposiciones sean más coloquiales que la de los otros presidentes estudiados y podría producir algunas enunciaciones particulares con algún sesgo o tono diferente, dada la diferente característica de la enunciación no leída que, más allá de las reconocidas dotes oratorias de la Presidente, puede producir algunas repeticiones, tics o desprolijidades. No se trata lo dicho de un juicio de valor, que sería, además, irrelevante, sólo se trata de mencionar descriptivamente la característica no leída, distintiva, de los discursos de Cristina, para que se la tenga en consideración al momento de efectuar los análisis que se intenten.

A) Economía y Crecimiento

- «Estamos por primera vez en cien años en cinco años ininterrumpidos de *crecimiento económico* a tasas superiores al 4 y 5 por ciento. Si este año volvemos a crecer, habremos completado en toda nuestra historia, desde 1810 a la fecha, el mayor período de *crecimiento* de toda nuestra historia. Por lo pronto, lo que hemos logrado hoy hasta aquí, es lo más importante hecho en los últimos cien años. No es poca cosa.»

- «... estamos ante la oportunidad histórica en serio, de que este ciclo de *crecimiento* inédito de cinco años, pueda transformarse en un ciclo de *crecimiento* de 10, 15 y 20 años que sean los que nos permitan entonces alcanzar las metas de erradicación de la pobreza y de la indigencia. Esa es la clave; está como siempre lo estuvo en la *economía*, no en ninguna otra cuestión.»

- «Esta crisis nos encuentra en nuestro sexto año — me refiero al año 2008, mi primer año de gestión— de *crecimiento* consecutivo completando el ciclo de *crecimiento económico* más importante de nuestros 200 años como Nación: del 66 por ciento del *crecimiento de la economía*, 47 puntos se los debemos esencialmente al *mercado interno*. Un *modelo de acumulación* que tuvo en el *mercado interno*, en la *exportación* y en la *inclusión social*, *generación de trabajo*, *producción* y *economía real*, los ejes fundamentales.»

- «Desde el año 2003 al 2008 acumulamos un *crecimiento del PBI* del 63%; en el período comprendido entre 1993 y 1999, también conocido como período de la convertibilidad, la *economía* también había crecido pero lo había hecho en un 24,4% y con una creciente expulsión del mercado laboral de millones de argentinos. Por eso sostenemos nosotros que no todo *crecimiento económico* es virtuoso, el *crecimiento económico* para ser virtuoso debe generar empleo, debe generar nuevas empresas, debe generar disminución de la pobreza y de la indigencia, ése es el *crecimiento económico* en el que creemos y por el que hemos trabajado desde el 25 de mayo del 2003.»

B) Los superávit «gemelos»

- «El *acuerdo económico*, en su capítulo nacional, impone el compromiso por parte del Estado de mantener los pilares básicos que son una administración correcta de los recursos con los *dos superávit*. Presupone también, la necesidad de seguir en la política de *desendeudamiento y acumulación de reservas*»

- «... el Estado debe garantizar la subsistencia de estas dos columnas que significan el *superávit comercial*, producto de nuestras diferencias en materia de *exportaciones*, y del *superávit fiscal* primario, política de *desendeudamiento y acumulación de reservas*. Pero esto también presupone una política en materia de *financiamiento*. Los sectores productivos que estamos dispuestos a encarar desde la banca pública, y de las bancas privadas se resiste como hasta ahora y solamente sigue dando fundamentalmente para el consumo y no para la producción»

- «Los *superávit gemelos*, fiscal y comercial, que fueron bandera de esta gestión y condiciones y *pilares macroeconómicos* del sostenimiento, fueron para el período 2003-2008, 82.966 millones de dólares que arrojó nuestra balanza comercial. Yo quiero decirles que durante el período de la convertibilidad tuvimos balanza comercial negativa pese a que teníamos crecimiento en todo el período de 8.400 millones de dólares para abajo, en negativo.»

C) Acumulación de Reservas

- «... hemos llegado a los 49.289 millones de *reserva* en el Banco Central, lo que ha significado un crecimiento, en estos casi tres meses de gestión, de 4 mil millones de dólares que significan un fuerte escudo contra las crisis internacionales que en otras oportunidades nos sacudían en forma despiadada, pero que en esta oportunidad hemos podido sortearla gracias a la solidez que exhibe el *modelo de crecimiento y de acumulación*.»

- En cuanto a las *reservas* acumuladas el año 2009 fue de crecimiento mucho menor, 0,9, pero tuvimos crecimiento positivo; la variación de *reservas* acumuladas en el período ha sido de 32.566 millones de dólares y el año

pasado, pese la crisis, pudimos acumular también 1.411 millones de dólares de *reservas* más, superando este año los 48 mil millones de dólares. Queremos llegar de vuelta a los 50.000, tope al que habíamos llegado en marzo del 2008 también batiendo records en toda la serie histórica y completando el *crecimiento económico* y el *crecimiento de reservas* más importante de que se tenga memoria.»

- «También se produjo otro de los que constituyen los pilares básicos de este modelo y que fue el *crecimiento* de nuestras *reservas*. El crecimiento de las reservas del Banco Central de la República Argentina —no hay que olvidarse nunca de esa última parte, que es el Banco Central de la República Argentina— había tenido un promedio del 11,8% de crecimiento entre el 2003 y el 2010, lo que nos llevó a batir récords constantemente. Sin embargo, el récord histórico de crecimiento de *reservas* —no basada en dólar financiero sino en dólar comercial— lo obtuvimos el año pasado, el 2010, con el 13,4% de crecimiento de las *reservas* llegando, en el día de ayer, a 52.350 millones de pesos.»

D) Exportaciones

Cristina presenta en esta palabra el coeficiente más elevado del período, duplicando en promedio al resto. Se trata de un período sumamente propicio para la exportación de los productos alimenticios del sector agroindustrial, en los cuales el país presenta ventajas competitivas apreciables y que resulta un motor para la expansión económica del modelo.

- «Los números también en materia de *exportaciones* de diciembre y enero: un 34 por ciento de diciembre a diciembre y un 67 por ciento de *crecimiento de las exportaciones* de enero a enero, con un crecimiento del *superávit fiscal* primario del 107 por ciento de enero a enero y de casi el 200 por ciento en el *superávit comercial* de enero a enero, revelan que seguimos en el camino que debemos tener.»

- «¿A qué se deben esencialmente estos resultados que también podemos adosar a lo que fue el resultado de la *exportación* en el año 2008 donde batimos récord en materia de *exportación* llegando a 70.124 millones de dólares sobre los 55.880 millones de dólares del año 2007, un *superávit* que significó el 4.6 de nuestro PBI, el más alto nivel de *exportaciones* y el *superávit comercial* más importante de la Argentina en toda su historia? crecimos en todas nuestras *exportaciones* y que además lo hicimos fundamentalmente ese crecimiento en torno al *sector manufacturero industrial, de origen agropecuario en menor medida y de origen industrial en gran medida*. Esto explica la baja en el *desempleo* y la *redistribución del ingreso* que se produjo. Todos sabemos que es precisamente el sector donde más valor se agrega, donde podemos

redistribuir con mayor justicia el ingreso *generando trabajo y crecimiento para la economía.*»

E) Infraestructura

- «... la *infraestructura* económica, además de ser una formidable patea de *crecimiento*, es la que da también sustentabilidad a la actividad privada a través de *autopistas, puertos, rutas*»

- «... este momento en que nos toma la crisis, nos debe dar la necesidad de profundizar aún más el modelo en lo que hace a cuidar el trabajo, la producción y el empleo. Y, en este sentido, hemos lanzado el *Plan de Infraestructura* más importante que recuerda la historia. No estamos junto a este *Plan de Infraestructura* y las medidas que tomamos en materia de incentivar el consumo o de dotar de capital de trabajo a las empresas»

- «En materia de *infraestructura*, el país real, en el año 2002 en general en *infraestructura* y presupuesto tenía 991 millones para obras públicas; entre los 34.000 ó 36.000 millones presupuestados para el año 2010, hemos crecido en *infraestructura* el 3.853 por ciento en materia de inversión. Parte son las escuelas, parte son las viviendas, casi medio millón de viviendas, parte es el agua potable para más de 5 millones de habitantes, parte es el saneamiento para más de 8 millones de habitantes.»

F) Desendeudamiento

- «... el Fondo Monetario Internacional el que publica este ranking y estamos entre los 5 países de menor relación de *deuda* entre Producto Bruto y *deuda*, pero entre los que la redujeron creo que somos el país que más la ha reducido porque de 129 pasamos a 39,5.»

- «Esta política de *desendeudamiento* es la que apunta fundamentalmente a seguir destrabando lo que era sí un problema estructural macroeconómico. Todo país que deba más del 50 por ciento de su PBI tiene ya en la *deuda un problema estructural macroeconómico*»

- «Cuando Kirchner asumió como Presidente de este país tenía la más severa restricción —reconocida por todos los partidos políticos y por todos los sectores— en su *endeudamiento* externo que importaba el 156% de su PBI. Le tocó a él encarar la primera reestructuración, en el año 2005, donde pudo reestructurar el 76% de la *deuda* soberana, también contra viento y marea, de afuera y de adentro, pero finalmente lo pudo hacer, al mismo tiempo que terminar con el *endeudamiento* del Fondo Monetario Internacional. Luego vino la segunda etapa —la que me tocó encarar a mí y a nuestro equipo el año pasado—, cuando también comenzamos a reestructurar la parte que quedaba y llegamos al 92,3% de la totalidad de nuestra *deuda* soberana reestructurada,

que ha llevado ese *endeudamiento* del 156% —y no quiero equivocarme en los números, por eso lo voy a leer— a un 36,5% del Producto Bruto Interno.»

X. CONCLUSIONES

1.— A mayor estabilidad económica y política, mayor diversificación en los contenidos discursivos.

La mayor diversificación temática se ha observado en los dos períodos de mayor estabilidad. A partir de la mitad del primer período menemista, incluyendo su segunda presidencia, y durante la presidencia de Cristina. Ambas etapas coinciden en la estabilidad y la mayor diversificación de los contenidos, considerando los campos semánticos relevados.

La mayor diversificación también puede relacionarse con la variedad, multiplicidad y fragmentación de las demandas, propias de la época y que surgen en contextos de estabilidad y satisfacción de necesidades básicas.

2.— El contenido económico se ha ido imponiendo, progresivamente, sobre el contenido político.

Todos los presidentes han ido aumentando el contenido económico de sus discursos medido por las dos variables de frecuencia utilizadas en la investigación.

Aun considerando todos los campos articulables con los campos semánticos Economía y Sistema político, la tendencia persiste. Decece el contenido político y crece el contenido económico de los discursos.

Esta corroboración, efectuada de diversos modos y con distintos pasos metodológicos e instrumentos de medición, permite afirmar con suficiente evidencia y sustentabilidad que *el contenido económico se ha ido imponiendo sobre el contenido político*. La lectura de los datos nos sugiere varias líneas de hipótesis explicativas del fenómeno, por ejemplo: i) la consolidación del sistema institucional y, entonces, el abandono de algunas categorías discursivas declamativas tendientes, justamente, a consolidarlo; ii) la diversificación y fragmentación de las demandas que obliga a respuestas sectorizadas, específicas y consistentes técnicamente; iii) el debilitamiento de los grandes relatos epopéyicos y la consolidación de un discurso tecnocratizado; iv) la tendencia creciente a la conformación de un discurso dirigido a un sujeto con características de *ciudadano-usuario-consumidor-electoral*, más que a un sujeto colectivo social identificado con grandes gestas fundacionales o a un sujeto colectivo de carácter e intereses clasistas.

3.– *Paralelamente al crecimiento del contenido económico de los discursos se observa una evolución, desde enunciados poco sofisticados, a la articulación y enunciación de temas económicos más complejos y desagregados.*

El aumento cuantitativo del uso de palabras del campo económico coincide con un contenido económico más técnico y específico de los discursos.

El discurso económico fue haciéndose más técnico y menos voluntarista, enfocándose en definiciones específicas propias de la materia y con enunciados que relacionaron conceptos del campo económico entre sí, con mayor consistencia técnica, diferenciándose del enfoque político de la economía, que aún predominaba durante los primeros años del gobierno de Alfonsín.

4.– *Muchos de los paradigmas económicos impuestos en la década de los '90, se mantienen en los discursos, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.*

Luego de la crisis hiperinflacionaria de 1989/1990, que abrió el camino para la aceptación política de decisiones antes impensadas, muchos de los paradigmas económicos del país cambiaron y aún hoy, a pesar de los distintos gobiernos que se sucedieron, se mantienen, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.

En efecto, la lógica de muchos de los cambios económicos no fue revertida, y tampoco dependen, absolutamente, de decisiones soberanas de un Estado nacional. A lo sumo esos cambios fueron atemperados con algún tipo de intervención estatal para mitigar algunos durísimos efectos sociales vía planes asistencialistas y, en su caso, lo que sí se ha transformado, vía intervención estatal, es el modo de gerenciamiento de esos cambios —lo que, en muchos casos, no es poco—, pero no su lógica económica ni discursiva.

Resulta notable observar en gobiernos de distinta tendencia ideológica y pertenencia partidaria la asunción de categorías económicas que, históricamente, han estado en boca de los sectores ortodoxos del liberalismo económico del país. Por ejemplo, se ha puesto énfasis en destacar los beneficios de «la *sabia regla de no gastar más de lo que entra*»; del «*equilibrio fiscal*» y de una «*mejor recaudación y eficiencia y cuidado en el gasto.*» (discursos de Kirchner)

Se habla de inversión y producción, de apertura de mercados para las exportaciones, de competitividad y productividad, de lograr superávit gemelos (fiscal y comercial) y de mantener un nivel consistente de reservas. Este compendio de conceptos económicos, responden a criterios tradicionales de la disciplina con los que podrían concordar expertos de los sectores más conservadores.

Resulta interesante apuntar tal cuestión, pues demuestra que ya no existen los otrora existentes relevantes ejes dicotómicos de legitimidad en el discurso

económico enunciado por las fuerzas políticas del país, o al menos en aquellas fuerzas que tienen chances ciertas de asumir el poder de administración del Estado. Se observan continuidades discursivas superadoras de recetas pendulares que se adoptaron en el pasado, y que trajeron como consecuencia sucesivas crisis y fracasos. A veces por falta de comprensión de las tendencias insoslayables, gusten o no, que se imponen en el mundo. En ocasiones, por falta de poder o decisión política para adoptarlas. Asimismo, los pasos progresivos que se fueron dando en materia económica, luego de los primeros años de consolidación del sistema político e institucional democrático, fueron complementándose y supliendo carencias que, por ignorancia, impericia, falta de consenso o de poder y legitimidad política, no pudieron aplicarse contemporáneamente. Todo ello debe contextualizarse y comprenderse en el marco de los procesos de globalización y supranacionalidad, que no permiten decisiones extremas, so pena del aislamiento político y económico.

5.- Las palabras más utilizadas en el campo de la economía se relacionan con la producción, el crecimiento y el desarrollo.

La lógica de las repeticiones de las palabras en el campo económico, nos lleva a observar que la creciente preocupación discursiva por la economía muestra una lógica de ponderación del desarrollo y el crecimiento, para lo cual se requiere de mejora en la producción y, a dicho fin, necesidad de inversión en el marco de reglas del mercado. Esta enunciación es correlato articulado del proceso de repetición y significación de conceptos observados en los discursos.

6.- Ante la necesidad de implementación de planes de estabilización, antiinflacionarios, o de ajuste, se abandonan los discursos con propuestas productivistas.

Parece plausible y hay buenos indicios y presunciones para sostener la hipótesis de que, ante la necesidad de implementación de planes de estabilización, antiinflacionarios, o de ajuste, se abandonan los discursos con propuestas productivistas. Por el contrario, ante el estancamiento y la recesión, se reaviva el uso del término, alentando la producción y la productividad del país. Parecen resultar excluyentes, en el discurso político y económico, los conceptos de producción y sus derivados con los requerimientos antiinflacionarios.

7.- El creciente contenido económico en los discursos presidenciales presenta un sesgo desarrollista e industrialista, adoptando algunas reglas del capitalismo, que parecen ya no estar sujetas a discusión.

Una consistente síntesis conclusiva arroja que el creciente protagonismo del contenido económico en los discursos presidenciales, presenta un sesgo desarrollista e industrialista adoptando algunas reglas del capitalismo que parecen ya no estar sujetas a discusión, a saber: la necesidad de inversiones

para las que habrá que establecer reglas atractivas, la existencia y el respeto por el mercado en el marco de exigencias eficientistas cada vez mayores. Ello, por sí, genera dificultades para la articulación de políticas expansivas de inclusión social, a través de acciones proclives al desarrollo y crecimiento, con las exigencias de reglas de competencia y eficiencia propias del mercado.

Los principios económicos impuestos en los discursos presidenciales son los siguientes: i) equilibrio de las cuentas públicas, ii) superávit fiscal y comercial, iii) exportaciones y desarrollo del comercio y relacionamiento con el mundo, iv) tipo de cambio competitivo a efectos de la eficiencia de ese relacionamiento, v) acumulación de reservas, vi) crecimiento, vii) desarrollo de infraestructura y viii) preocupación por la recaudación.

Se trata de pilares económicos que ya no están en discusión, más allá de declamaciones ideológicas a izquierda y derecha. Esto reafirma lo ya expuesto en relación a la desaparición de ejes dicotómicos de legitimidad en términos de política económica, en donde la lógica de la economía globalizada impone conductas más allá de las referidas declamaciones ideológicas y que, otrora, eran desatendidas por los gobiernos.

8.– Los discursos están impregnados en su contenido por aquellos ejes en los que el presidente emisor presenta mejores performances.

Como ejemplo se observa que la evolución de la palabra crecimiento es relativamente similar a la del PBI en la economía real, lo cual refleja que su utilización fue mayor por los presidentes que tuvieron crecimiento económico durante sus mandatos (Menem, sobre todo durante su segundo gobierno, Kirchner y Cristina). Por el contrario, las presidencias caracterizadas por crisis económicas y períodos recesivos, son los que menos invocan la palabra crecimiento (Alfonsín, De la Rúa y Duhalde). Los discursos están impregnados en su contenido por aquellos ejes en los que el presidente emisor presenta mejores performances.

9.– Los discursos han evolucionado, tanto en lo político como en lo económico, a un contenido más complejo, sofisticado y desagregado. Ello refleja el estado de construcción y desarrollo del sistema político y económico.

Los discursos han evolucionado, tanto en lo político como en lo económico, a un contenido más complejo, sofisticado y desagregado, presentando una perspectiva más técnica y profesional de los agentes enunciadore —los presidentes— y los actores que desempeñan roles de administración estatal. Se observa una mayor diferenciación en los discursos de esferas particulares (la económica, la política, la social, la de salud, la educativa, la cultural) y la utilización de un vocabulario específico para cada una de ellas, que limita su aplicación a tales ámbitos y no invade con su significado áreas que no son de su competencia. Ello implica a su vez un salto cualitativo de los enunciados y

la superación de categorías básicas. La complejización y mayor sofisticación de los contenidos discursivos refleja el estado de construcción y desarrollo del sistema político y económico.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, María Fernanda (1997): «Discurso de ideas y de masas: la campaña peronista de 1989», Universidad Católica Argentina, Documento de trabajo n° 2, Buenos Aires.
- BERCHOLC, Jorge Omar, BERCHOLC Diego J. (2012, en impresión): *Análisis de contenido de los discursos presidenciales de apertura de las asambleas legislativas en la Argentina (1983-2011)*, Buenos Aires: Editorial Lajouane.
- Discursos Presidenciales a la Asamblea Legislativa, 1983-2011, Dirección de Publicaciones del Senado de la Nación, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires.
- DUHALDE, Eduardo y MENEM, Carlos (1989): *La revolución productiva*, Buenos Aires: Peña Lillo.
- LEIRAS, Santiago (2009): *El Cono Sur y sus líderes durante los años '90*, Buenos Aires: Lajouane.
- SERRAFERO, Mario (2011): «El área de Estudios presidenciales», Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/13%20Serrafero.pdf>.

CRÓNICA

CRÓNICA DEL SEMINARIO SOBRE LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (Zaragoza, Paraninfo Universidad Zaragoza, Aula Magna, día 30 junio de 2011)

MANUEL MILLÁN MARTÍNEZ

I. El pasado día 30 de junio de 2011, en el Aula Magna del Paraninfo de la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar la celebración del «*Seminario sobre las reformas de la legislación de contratación pública*» organizadas por la Facultad de Derecho y la Cátedra de derecho Local con el apoyo del Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior del Gobierno de Aragón (1).

Tras la inauguración y presentación de la Jornada por el Decano de la facultad de Derecho, Dr. Juan García Blasco, la primera de las intervenciones discurrió en torno a las últimas reformas legislativas operadas en contratación administrativa tanto dentro del ámbito estatal como en Aragón y corrió a cargo de José Antonio Moreno Molina, Catedrático de Derecho Administrativo de la universidad de Castilla La Mancha.

En ella, se hizo especial hincapié en el profundo calado de las reformas así como en la necesidad de las mismas, y en la demanda existente por parte de los operadores de la contratación pública de guías y pautas para una interpretación adecuada de la normativa; labor que se viene realizando a través de informes y dictámenes en los que, como se puso de relieve, Aragón constituye sin duda a día de hoy un referente a seguir en el resto del Estado con su Junta Consultiva de Contratación administrativa, su reciente creado Tribunal de Contratación y su Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas de Contratos del Sector Público de Aragón.

El ponente, tras hacer un profundo repaso del derecho vigente en materia de contratación pública, abordó los principales cambios operados agrupando los mismos en dos grandes bloques de modificaciones: a) aque-

(1) Por lo demás, esta actividad se realiza en el marco del Grupo de investigación consolidado ADESTER (dirigido por el Prf. Dr. J. BERMEJO) y en el seno del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116).

llas cuyo origen ha venido impuesto por el Derecho de la Unión Europea, fundamentalmente la Ley 34/2010 que incorpora una Directiva que reforma el sistema de recursos y lo adapta; y b) otro bloque que podríamos denominar modificaciones de origen nacional basado en medidas contra la crisis, creación de fondos locales, etc., destacando aquí la Ley de Economía sostenible que introduce la reforma en materia de modificados y que se apoya en buena medida en las exigencias europeas y en el Derecho comunitario (otra norma que citó fue el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

A continuación, y pasando a abordar el primer gran bloque de modificaciones, se centró en la reforma de mayor alcance que ha tenido lugar, que sin duda ha sido la operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Con ella se introduce un recurso administrativo especial con unas características impuestas por el Derecho de la UE; ciertamente el recurso previsto por la LCSP 2007 no cumplía lo dispuesto por la Directiva 2007/66/CE, ya que se trataba de un recurso resuelto por el mismo órgano de contratación y no por un tribunal independiente. De este modo, con la reforma se crea el Tribunal Administrativo Central con la posibilidad de crear a su vez órganos autonómicos; se regulan los supuestos especiales de nulidad contractual y las consecuencias de la declaración de nulidad e interposición de la cuestión de nulidad, y se refunde en una la adjudicación provisional y definitiva haciendo que la perfección del contrato tenga lugar ahora con la formalización del mismo.

Por lo que se refiere en general al régimen de recursos, el ponente planteó el doble sistema que pervive tras la reforma, pues hay que diferenciar los Contratos no Sujetos a Regulación Armonizada (No SARA), para los cuales rigen los recursos administrativos —en virtud de la Disposición Final 8 LCSP— y cuya interposición no genera la suspensión de la adjudicación, y contra los que cabe interponer recurso contencioso administrativo; con lo que no se cumplen las exigencias de las directivas comunitarias; y por el contrario los contratos SARA para los que con la reforma se patentiza un recurso precontractual regulado en el art. 310 de la LCSP que sí suspende el procedimiento y contra el cual cabe interponer recurso contencioso administrativo.

Junto a este recurso precontractual, el otro gran cambio introducido por la directiva recursos es la previsión de un recurso contractual que nuestra Ley de contratos recoge como «cuestión de nulidad» (nuevos artículos 37-39) para determinados supuestos tasados de ineficacia del contrato: adjudicación sin previa publicación del anuncio de licitación; incumplimiento del plazo suspensivo de 15 días entre la adjudicación y la formalización; formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática en los casos en los

que procede, o determinados supuestos de incumplimiento de las normas de adjudicación (2).

Así pues, la cuestión de nulidad, se convierte en otra de las grandes novedades introducidas por la reforma operada por la Ley 34/2010, y que completa el sistema de recursos constituyendo a diferencia del previsto en el art 310, un recurso no precontractual sino contractual, de carácter extraordinario y tasado, que tiene su utilidad práctica por la larga duración de los recursos; permitiendo que en la fase de ejecución el contrato se pueda anular. Ello no obstante sigue presentando los mismos problemas que señalábamos antes y que derivan de la existencia de un régimen diferenciado en función de si nos encontramos ante un contrato sujeto o no sujeto a regulación armonizada. Nuevamente aquí el ponente hace un llamamiento sobre lo que sería deseable, esto es, la extensión de las previsiones recogidas para los contratos SARA a todos los contratos con independencia de su umbral y cuantía (señala al respecto cómo la Junta Consultiva de Contratación administrativa de Aragón expone en su página web con todo detalle el sistema de recursos expuesto).

La otra gran reforma con la que prosiguió la ponencia fue la introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la cual aporta las principales novedades en el campo de los modificados previstos y no previstos (art. 92 *ter* y 92 *quater*); en definitiva viene a trasladar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, que los limita y somete a requisitos de publicidad y de transparencia. El ponente incidió sobre el peligro de su utilización abusiva sobre todo en los contratos de obras.

Se introducen asimismo otras medidas para garantizar la eficiencia en la contratación: agilización de los trámites, incremento de la subcontratación y el empleo de la colaboración público-privada institucionalizada, modificado el art. 11 LCSP. Se impulsa una mayor transparencia, con publicidad de todos los perfiles del contratante en la Plataforma del Estado (modificando el art. 309 LCSP); en definitiva lo que se persigue es que a través de la máxima transparencia se pueda lograr la máxima concurrencia o competencia empresarial. Se introduce una nueva causa de contratos exentos en la nueva letra r del art. 4 LCSP, en los contratos de investigación; y se introduce a través de la Disposición Adicional 57 una nueva definición del contrato de gestión de

(2) Esta nueva acción de nulidad de la que disponen los licitadores que se hubieran visto privados de obtener la adjudicación del contrato debido al vicio alegado, constituye un verdadero recurso que se presenta como complementario del recurso precontractual aunque con algunas notas diferenciadoras esenciales; entre ellas, su carácter extraordinario y tasado, así como contractual puesto que solo puede interponerse una vez perfeccionado el contrato y sin producir el efecto suspensivo automático (sin perjuicio de poder solicitar la adopción de medidas cautelares). Entre sus efectos hay que señalar, que su estimación implica la declaración de nulidad del contrato que entrará en fase de liquidación debiéndose las partes restituirse recíprocamente lo aportado.

servicio público que se hace extensiva a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

En definitiva y a modo de conclusión hasta aquí, podemos decir que el Derecho europeo adquiere cada vez un mayor alcance en el ámbito de la contratación pública, sometiendo al legislador estatal a un proceso constante de adaptación de su normativa. En este sentido, el ponente quiso concluir este bloque de reformas con la nueva obligación sobre el pago a los contratistas y subcontratistas que se deriva de la aprobación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; y que supone una nueva regulación de pagos que debe ser de aplicación a todo poder adjudicador sea o no Administración Pública. Ello ha dado lugar a Ley 15/2010, de 5 de julio por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad y con la que se persigue que las Administraciones públicas paguen sus facturas en el plazo de un mes, si bien se prevé un periodo transitorio hasta 2013.

Por otro lado, dentro del segundo bloque de medidas adoptadas en materia de contratación que encuentran su origen en la crisis económica, el ponente destacó las siguientes: con el fin de incentivar la reactivación económica, el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre que constituyó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo aprobando créditos extraordinarios para atender a su financiación, línea continuada por el Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre que articula un segundo Fondo Estatal de Inversión Local; medidas para optimizar el gasto público entre las que se encuentran el Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal (sobre el reequilibrio financiero en autopistas de peaje), el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (por el que se añade una nueva Disposición Adicional 34 de la Ley de Contratos); la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre los servicios de información geográfica en España que modifica el artículo 83 referido al importe de las garantías, permitiendo reducir el importe de la garantía definitiva en los contratos de concesión de obra pública; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que suprime la limitación a la contratación de empresas de trabajo temporal contenida en la DA 5ª de la LCSP; el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido, o la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, entre otras.

Por otra parte, hay que tener en cuenta las reformas adoptadas por las Comunidades Autónomas, sobre todo para la creación de los nuevos Tribu-

nales administrativos de recursos contractuales, si bien algunas de ellas han servido también de paso, para adoptar otras medidas en cuestiones relacionadas con el procedimiento administrativo en la contratación. Un buen ejemplo de ello es la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas de Contratos del Sector Público de Aragón, que racionaliza y simplifica el procedimiento de contratación previendo un procedimiento simplificado. Introduce medidas para reducir las cargas administrativas posibilitando la sustitución de la presentación de documentos por una declaración responsable —en lo que se refiere a la aportación de documentos acreditativos de aptitud y solvencia, requisitos que recuérdese lo son no para licitar sino para contratar—, establece la necesidad de consultar a tres empresas para la licitación de determinados contratos menores y la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo. Hay que señalar su gran novedad que es sin duda la articulación de un nuevo procedimiento simplificado para la adjudicación de contratos de suministros y servicios cuyo valor estimado sea inferior a 150.000 euros y de obras inferior a 2.000.000 de euros. En la tramitación de este procedimiento, en el que hay que observar los breves plazos previstos por el artículo 10, se sustituyen los Pliegos por un documento de condiciones particulares; además se elimina la exigencia de la garantía provisional y la constitución de la Mesa resulta ser potestativa.

Otras medidas que citó recogidas por la norma son: su expresa referencia a la jurisprudencia comunitaria como principio interpretativo de la misma; la formalización de contratos basados en un acuerdo marco; el establecimiento de principios rectores de la contratación recogiendo al respecto la mejor doctrina de la jurisprudencia comunitaria (art. 3, eficiencia en los recursos, protección del medio ambiente...) y por supuesto, la creación y regulación del Tribunal Administrativo de contratos públicos de Aragón; un tribunal independiente constituido por un presidente y dos vocales con amplias facultades y al que corresponde conocer de los recursos especiales y las cuestiones de nulidad interpuestas en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 3/2011 de Aragón, y cuya doctrina será de obligada observancia en toda licitación pública, y que ya se ha convertido en referente a nivel nacional.

Finalmente, concluyó su intervención haciendo referencia a próximas reformas que se atisban en un horizonte más o menos próximo: la urgente elaboración de un Texto refundido de la LCSP, la aprobación de un Reglamento General de la LCSP, la transposición de la Directiva de contratos en materia de defensa y seguridad y la reforma a corto plazo de las Directivas europeas de contratación 2004/18 y 2004/17 en la línea de lo apuntado por el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE.

II. En la segunda de las ponencias programadas, titulada «*La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Aspectos Prácticos*», Ana Isabel Beltrán Gómez, en su calidad de Secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, hizo una profunda reflexión, desde su experiencia práctica, sobre distintas cuestiones de gran interés acerca del funcionamiento de la Junta Consultiva y de la doctrina que de la misma se desprende tras estos años de trabajo desde su creación hasta hoy.

La Junta Consultiva se crea por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, y se encuentra adscrita al Departamento de Economía del Gobierno de Aragón. La base para su creación era la previsión contenida en el artículo 10.3 de la LCSP que posibilitaba a las CC.AA su constitución; hoy, es el artículo 300 de la LCSP la que refrenda la existencia de estos órganos consultivos. Aragón se suma tarde al listado de Comunidades Autónomas que los crean; de hecho antes de Aragón ya existían 13 que junto con la de Aragón y Galicia hacen un total de 15 Juntas Consultivas en el conjunto de las CC.AA (faltando tan solo por crearse en Asturias y Castilla La Mancha). Puede decirse en palabras de la ponente que «aunque llegamos algo tarde, a larga ha sido enormemente beneficioso». Era necesario apostar por un ámbito subjetivo integral, facilitando la extensión de su actividad a todos los agentes implicados en la contratación pública; atendiendo a las demandas y necesidades de todos los poderes adjudicadores y del sector empresarial dentro del territorio aragonés.

Los datos hablan por sí solos, más de 100 informes emitidos, de los cuales 21 de ellos han sido requeridos a petición de las Entidades Locales, un volumen de trabajo solo superado por la Junta consultiva Estatal y que se sitúa incluso por delante del volumen de otras Juntas Consultivas tan potentes y consolidadas como la catalana, la madrileña o la valenciana.

Por lo que se refiere a su composición, la misma se integra de un Presidente, 9 vocales y secretaría; se trata de una dimensión totalmente operativa que hace del debate y del reparto del trabajo entre todos sus miembros su habitual modo de proceder. Por lo que se refiere a sus vocales, se abre a funcionarios autonómicos, de la administración local, miembros de la Universidad y del sector empresarial, lo que enriquece notablemente la labor de la Junta, y que ha permitido dar como fruto una doctrina muy consolidada interna y externamente.

Entre las funciones consultivas que desempeña, puede destacarse su deber de informar todos los pliegos tipo —las cláusulas administrativas— y las disposiciones de carácter general con carácter preceptivo; aparte, también se emiten otros informes y recomendaciones, disponibles y accesibles todos ellos a través de la página web de la Junta: <http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/AreasTematicas/InformesActuacionesJuntaConsultiva>.

A continuación, tras exponer los principales aspectos organizativos y de funcionamiento de la Junta Consultiva, la ponente comenzó a abordar la doctrina que de la misma se ha venido elaborando a partir de los numerosos informes y otros documentos emitidos. Comenzó destacando cómo desde el comienzo muchos de los informes elaborados han versado sobre el problema de la ejecución de los contratos. Un primer informe de 2006, ya abordaba cuestiones relativas a las prácticas medioambientales en la contratación pública (3), desde entonces hay también cuestiones que se suscitan en fase de licitación. Otro de gran interés y que merece el comentario de la ponente es el Informe 29/2008, de 10 de diciembre, que a raíz de la consulta formulada por el director general de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, aborda la cuestión de la acreditación de la solvencia, en concreto sobre la viabilidad de la integración de la solvencia técnica y la solvencia económica con medios externos (4).

(3) Informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre *buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas*. En este informe, la Junta incide por vez primera sobre la dimensión instrumental de la contratación, concebida no como un fin en sí misma sino como un medio para la consecución de distintas políticas públicas, entre las que se encuentra una adecuada política medioambiental. «La contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos». De este modo, señala cómo criterios relacionados con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidos como válidos siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros y que por tanto sean discriminatorios. Y debe recalarse en la conveniencia de incluirlos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas. La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente. El informe advierte de que cuando las cláusulas contractuales se refieren exclusivamente a la ejecución del contrato, deben evitarse las que sean especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos. En todo caso, la inclusión de condicionantes ambientales, vinculados con el fin del contrato, en fase de ejecución deben acompañarse de penalidades contractuales severas que disuadan de su incumplimiento al contratista.

(4) Informe 29/2008, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Integración de la solvencia del licitador con medios externos*. En el presente informe, la Junta concluye que la integración de la solvencia con medios externos a la que se refiere el artículo 52 LCSP 2007 es aplicable para acreditar tanto la solvencia técnica y profesional como la económica o financiera y que la mención que se hace en ese artículo a los medios para la ejecución del contrato no puede utilizarse para interpretarlo restrictivamente en el sentido de que solo la capacidad relativa a los medios materiales o personales necesarios para la ejecución del contrato podrá completarse con la aportación de los medios de otras entidades. El informe aclara que en la Directiva 2004/18 no existe a priori, ninguna restricción en relación a los medios en los que se puede completar la solvencia de una empresa con la capacidad de otra; la Directiva indica expresamente que la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido, la jurisprudencia del TJCE hace hincapié en

Las Entidades locales, a iniciativa propia o a través de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias han planteado a la Junta Consultiva diversas cuestiones de interés. Al respecto la ponente mencionó algunos informes muy relevantes, tales como el Informe 11/2011, de 4 de mayo, sobre competencia y delegación de competencias en materia de contratación (5); o el Informe 21/2009, de 16 de septiembre, en materia de clasificación de ofertas propuestas en el que se formulan consultas sobre el funcionamiento de las Mesas de contratación sobre todo relativas fundamentalmente a la composición de las mismas y a la composición y funciones del comité de expertos (6). Lo cierto es

que corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado; y es que tal disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados, de ahí la conveniencia de exigir un documento de compromiso.

(5) Informe 11/2011, de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Régimen jurídico de la delegación de competencias, en materia de contratación pública, del pleno de un ayuntamiento a favor de otros órganos municipales y consecuencias de la resolución tardía de la adjudicación*. La consulta, formulada a instancia del Alcalde de Villanueva de Gállego (Zaragoza), tiene que ver con la nueva redacción del artículo 135 de la LCSP dada por la Ley 34/2010, en el que se prevé la intervención del órgano de contratación en dos ocasiones, tras la apertura y valoración de proposiciones. En un primer momento habrá de clasificar, por orden decreciente, las proposiciones presentadas, y requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que presente la documentación justificativa (de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social así como de haber constituido la garantía definitiva). Tras la recepción de la documentación, el órgano de contratación deberá adjudicar el contrato, y después de la adjudicación, aun se prevé una nueva intervención del órgano de contratación, debiendo requerir al adjudicatario para la formalización del contrato. La duda se plantea porque en aquellos supuestos en los que es el Pleno el órgano competente, los plazos de sus sesiones pueden llevar al incumplimiento de los plazos previstos en la LCSP, por lo que se cuestiona la viabilidad de delegar competencias en la Alcaldía. La Junta consultiva concluye que es perfectamente viable la delegación de su ejercicio de acuerdo a lo dispuesto en la LRJAPAC, y tratándose de Entidades Locales, en la LRBRL. El régimen y procedimiento para la delegación de competencias del Pleno municipal viene establecido en el ROF, de acuerdo al cual, el Pleno puede delegar sus atribuciones, en todo o en parte, en el Alcalde y en la Junta de Gobierno. El acuerdo de delegación tiene que indicar el ámbito de los asuntos a que la misma se refiere, las facultades concretas que se delegan, así como las condiciones específicas de ejercicio de las mismas.

(6) Informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Composición de las mesas de contratación y de los comités de expertos en el ámbito de las entidades locales*. A instancias del Presidente de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, se plantean esencialmente dos cuestiones, por un lado el número de vocales que han de formar parte de la mesa de contratación —ante la discrepancia que se desprende de la regulación contenida en la Disposición Adicional Segunda LCSP y el artículo 21.2 del Real Decreto 817/2009, que desarrolla la LCSP— y por otro lado el modo en que hay que constituir de forma válida el «comité de expertos». Por lo que se refiere a la primera cuestión, la Junta concluye que el artículo 21.2 del Real Decreto 817/2009

que la Ley 3/2011 de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, ha previsto un régimen detallado al respecto, estableciendo un mínimo de tres vocales que no se integran en el órgano proponente del contrato; y se determina que la composición de los miembros del comité de expertos ha de ser pública en el perfil del contratante. Sobre cuestiones relativas a la constitución de la Mesa de contratación, como órgano técnico colegiado, cuya función es el examen de las ofertas, y la proposición al órgano de contratación del candidato a la adjudicación del contrato, destacó asimismo al respecto el reciente informe 5/2011, de 2 de febrero (7).

Otro bloque de materias sobre las que la Junta ha emitido informes ha sido, como señalaba anteriormente, el relativo a cuestiones suscitadas en fase de

desarrolla el artículo 295 de la Ley de Contratos del Sector Público (normativa no básica), quedando las Entidades Locales al margen de esta regulación puesto que ya tienen su normativa específica en la Disposición Adicional Segunda, y por lo tanto para ellas el número mínimo de vocales de la mesa de contratación es de tres. Por lo que se refiere al comité de expertos y su participación en el procedimiento de contratación, la Junta reconoce que en muchos casos puede resultar una carga excesiva para contratos sencillos o para entidades pequeñas que no disponen de una organización administrativa importante, pero que en cualquier caso recuerda que la utilización de un procedimiento en el que deba constituirse un comité de expertos es una opción del órgano de contratación, que puede buscar un procedimiento más sencillo simplemente evitando que los criterios de valoración no automáticos sean preponderantes en la adjudicación del contrato. En cualquier caso, la Junta indica en su informe, que los miembros del comité de expertos deben cumplir necesariamente los siguientes requisitos: tener cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que versa la valoración, no estar integrados en el órgano proponente del contrato, siempre que sea posible los expertos deberán de ser personal al servicio del órgano contratante, y por último, lo que resulta esencial para las Entidades Locales en relación a la consulta planteada, no es posible que una misma persona sea en un mismo procedimiento miembro de la mesa de contratación y del comité de expertos. Finalmente, la Junta hace hincapié en que la publicidad de la composición del comité de expertos en el Perfil del Contratante debe hacerse siempre de forma nominativa.

(7) Informe 5/2011, de 2 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Mesas de contratación: composición, sustitución y suplencia. Presencia del Interventor en las Mesas de contratación de una entidad de Derecho Público, poder adjudicador, no Administración Pública*. En este informe, la junta Consultiva insiste en que si bien de acuerdo a lo dispuesto en la LCSP la constitución de la Mesa de contratación es potestativa para los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa (art. 1 LCSP) aconseja el establecimiento, en los contratos sujetos a regulación armonizada, de un órgano de valoración que se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas, y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Entre los vocales deben figurar quienes tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano. Asimismo, en el informe se concluye que la designación de los miembros de la Mesa de contratación tiene que llevarla a cabo el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos establecidos en el art. 295 de la LCSP, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa en función de suplencias o delegaciones por parte de quienes fueron nombrados al margen de la voluntad del órgano de contratación.

licitación: al respecto del nuevo procedimiento simplificado de la Ley 3/2011, el Informe 15/2011 (8) planteado por la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias. La Junta analiza todos los pasos a dar e insiste en que

(8) Informe 15/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Ámbito de aplicación y regulación del «procedimiento simplificado» creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón*. La Junta señala al respecto, que se trata de un procedimiento que dota a las Administraciones Públicas de una herramienta que reduce la carga documental, con plazos breves y trámites ágiles, pero a la vez sujeto a publicidad y a la necesidad de adjudicar el contrato de acuerdo con criterios objetivos, previamente fijados y ponderados, es decir, garantizando la transparencia impuesta por el Derecho comunitario. El «procedimiento simplificado», regulado en el artículo 10 de la Ley 3/2011, está concebido para las entidades que tengan la consideración de Administraciones Públicas, las cuales podrán utilizarlo de manera opcional, pero si acuden a él, deberán atenerse estrictamente a sus prevenciones legales. La Junta hace especial hincapié en que este denominado «procedimiento simplificado» no es en sí mismo un procedimiento de contratación, sino una tramitación simplificada del procedimiento abierto, en el que todo empresario interesado puede presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato. Sus características definitorias, en cuanto tramitación simplificada, son las siguientes: a) Es de aplicación únicamente a contratos no armonizados de suministros y servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros y a los de obras inferiores a 2.000.000 de euros; b) Los plazos para presentación de proposiciones (mínimo 10 días y máximo 20 días naturales) reducen los previstos para la tramitación ordinaria en el procedimiento abierto, c) Se consideran cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción del anuncio de licitación en el perfil de contratante. La publicidad únicamente en el perfil no supone quebrar la regla de la transparencia, sino al contrario, pretende generar una publicidad por medios electrónicos, inmediata, gratuita y que aumente la concurrencia mediante un portal específico y que, en todo caso, surte los mismos efectos que la publicidad insertada en el BOA. La constitución de la Mesa de contratación es potestativa. Sus funciones son las de calificación, admisión o exclusión y valoración de ofertas con formulación de la propuesta de adjudicación. Resulta posible, siempre que se haya optado por no constituir Mesa de contratación; y una de las novedades interesantes que presenta es que resulta posible sustituir la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, por una declaración responsable «suscrita por el licitador o su representante, reconociendo que cumple los requisitos de capacidad, representación y solvencia exigidos y comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesta como adjudicatario» (técnica que encuentra su fundamento en la Directiva de «Servicios»). Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación del «procedimiento simplificado» comprende a las entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Aragón, a la Universidad de Zaragoza (artículo 10 Ley 3/2011), a la Administración Local aragonesa —en tanto en cuanto no se apruebe la legislación local sobre contratación del sector público [Disposición Adicional Octava Ley 3/2011]—, a las Cortes de Aragón, al Justicia de Aragón y a la Cámara de Cuentas de Aragón [Disposición Adicional Primera Ley 3/2011]; y que podrá igualmente extenderse a los poderes adjudicadores no Administración Pública si así lo recogieran sus Instrucciones Internas.

En resumen, tal y como concluye la Junta Consultiva en su informe, este «nuevo» procedimiento no es sino una simplificación del procedimiento abierto, cuyos elementos estructurales se respetan y cuyas características fundamentales, simplificación, agilización y reducción de trámites, se justifican en la propia filosofía propugnada por la propia Ley 2/2011 de Economía Sostenible y por la Comisión Europea (Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE), y que resulta de especial interés, en tanto pretende favorecer el acceso de las Pymes al mercado de los contratos.

no estamos ante nuevo un procedimiento de contratación *stricto sensu* sino ante una simplificación del procedimiento abierto y cuya elección ha de motivarse sucintamente por el órgano de contratación.

Otra materia de interés sobre el que se ha pronunciado la Junta ha sido en lo relativo a la valoración de ofertas —informe 1/2011 de 11 de enero— (9); valoración de variantes y mejoras, y en concreto sobre las ofertas en lo relativo a la puntuación, ponderación y al informe de valoración. Insistiendo en todo caso en la necesidad de motivación de toda la puntuación numérica porque sin motivación resulta difícil su revisión y examen, e incurriría en causa de anulación. Un ejemplo del que se sirvió la ponente para ilustrar lo anterior fue la licitación que se planteó para la gestión de los comedores escolares de Zaragoza, en la que ante el empate alcanzado entre dos licitadores, la Junta propuso a la Secretaría General Técnica del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, hacer un sorteo que cumpliera con las garantías de publicidad, transparencia y no discriminación. En dicho

(9) Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Motivación en la aplicación de los criterios de valoración de ofertas. Valoración de variantes o mejoras*. La Junta en este interesante informe, señala que si bien los poderes adjudicadores ostentan, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, así como en la determinación de la ponderación atribuible a cada uno de aquéllos, no sucede lo mismo con la asignación particularizada de puntuaciones a cada uno de los licitadores, a la vista de la documentación presentada. Y recuerda al respecto que si bien la motivación puede ser sucinta, en todo caso debe ser suficientemente indicativa de las razones por las que se adopta, al objeto de que el interesado pueda impugnarlas. En la aplicación de los criterios de adjudicación de los contratos que dependen de un juicio de valor, la ponderación en términos numéricos de las propuestas, sin detallar un resumen de los motivos concretos por los que se asigna cada puntuación, es inadmisibles por carecer de motivación. A este respecto, señala el contenido del artículo 135.4 LCSP, en su actual redacción incorporada por Ley 34/2010, de 5 de agosto, en el que se exige que la notificación de la adjudicación a los candidatos o licitadores, además de motivada, contenga, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. La Junta advierte de que una valoración de los criterios objetivos de adjudicación sin expresión de las razones por las que se llega a ella no puede ser admitida por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 134 LCSP. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas en el informe, la valoración de las mejoras, la Junta señala que de acuerdo al artículo 131 LCSP, cuando para la adjudicación de un contrato hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto esa posibilidad. En tal caso deberá indicarse en el anuncio de licitación del contrato sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, indicando que también ha de figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Y concluye advirtiendo que es imprescindible recoger en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas variantes o mejoras no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir igualmente en causa de anulación.

Informe, la Junta recomienda a todos los órganos de contratación que incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reglas de preferencia para la adjudicación de los contratos y/o criterios de desempate en caso de igualdad entre proposiciones más ventajosas (10).

Otro bloque importante de cuestiones que fueron objeto de atención por parte de la ponente son los contratos reservados, con dos informes de la Junta relevantes al respecto: el Informe 16/2010 y el informe 16/2011 (11). En el primero de ellos, a instancia de consulta formulada por el Presidente

(10) Informe 7/2010, de 23 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: «*Criterios a seguir por la Mesa de Contratación en los casos de empate en la puntuación obtenida, tras la evaluación de los diferentes apartados de las ofertas presentadas por empresas candidatas a la adjudicación, cuando no existe previsión para resolver esta situación en el Pliego de cláusulas administrativas particulares*». En este informe, la Junta Consultiva recomienda a los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma incluir en los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares la preferencia en la adjudicación de contratos a las empresas que, igualando en sus términos a las proposiciones más ventajosas, justifiquen tener en la plantilla de sus centros radicados en Aragón un porcentaje superior al 2% de los trabajadores con discapacidad, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional octava de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón.

(11) Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Cuestiones derivadas de la participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados*. La Junta Consultiva en el presente informe concluye que el carácter de Centro Especial de Empleo —o de Empresa de Inserción—, que se exige en el artículo 7 de la Ley 3/2011, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para ser contratista en un contrato reservado, debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una UTE, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud. Por otra parte, en lo que se refiere a la subcontratación, la Junta señala que los contratos reservados están sometidos a las mismas reglas y requisitos generales de la subcontratación previstas en los artículos 52, 210 y 211 LCSP, que facultan al órgano de contratación a optar entre una variedad de posibilidades que van, desde la prohibición de la subcontratación, al establecimiento de límites cuantitativos y/o cualitativos a su ejercicio, siendo estos últimos los más adecuados atendiendo a la finalidad última de la reserva social.

Por su parte, el Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas*. La Junta ya señalaba que no es admisible la pretensión de exigir como criterio de adjudicación la obligación del número de personas con discapacidad en plantilla vinculadas directamente a la ejecución del contrato, por cuanto no guarda relación con el objeto del mismo. Tampoco sería admisible que se valore como criterio de adjudicación el número de personas con discapacidad en plantilla, siendo que lo único apreciable en el momento de la valoración de la oferta es la relación con el objeto del contrato y sus condiciones de ejecución. Por el contrario, sí que resultaría correcto establecer en el pliego, ex artículo 102 LCSP, una condición de ejecución como la propuesta. Por otra parte, concluye el informe que la posibilidad de excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública reservado a los «Estados miembros», que debe necesariamente realizarse por norma con rango de ley. La Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia para prever tal reserva, algo que ha hecho a través de la Ley 3/2011, como se pone de relieve en el Informe 16/2011.

de la Patronal Aragonesa de la Discapacidad (PADIS) —antigua Asociación de Centros Especiales de Empleo en Aragón (ACEEA)—, se dispone que no existe un deber de reserva obligatoria salvo que se disponga por Ley, y el artículo 7 de la Ley 3/2011 de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón sí establece esa reserva con carácter obligatorio; en el Informe 16/2011 se plantean cuestiones concretas sobre dicha reserva como por ejemplo, la viabilidad de concurrir en UTE a un contrato, ante lo cual la Junta informa que para ser contratista en un contrato reservado, debe concurrir tal condición en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una UTE, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud; por otra parte también se pronuncia el informe sobre la posibilidad de la subcontratación, concluyendo que sí que cabe pero que ha de ser limitada por el poder adjudicador y para prestaciones accesorias.

Sobre cuestiones de ejecución de los contratos: el Ayuntamiento de Fréscano (Zaragoza) plantea ante la Junta, en virtud del artículo 102, establecer condiciones especiales de ejecución de los contratos con el fin de primar a las empresas establecidas en la comarca o emplear a personal desempleado; al respecto la Junta insiste en lo que ha sido criterio reiterado por la jurisprudencia comunitaria sobre la necesidad de que tales condiciones especiales de ejecución no sean discriminatorias y que gocen de la máxima publicidad (12). Y

(12) Informe 6/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Consideraciones sobre el establecimiento de criterios de carácter social en el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de los contratos*. En este interesante Informe, la Junta Consultiva recuerda cómo la contratación administrativa, a través de la inclusión de cláusulas sociales, sirve de instrumento para llevar a cabo diferentes políticas públicas, entre las que destaca el pleno empleo; y ello nuevamente desde la consideración de la contratación pública como una herramienta al servicio de la consecución de otras políticas públicas. Por su parte, señala que el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, establece que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (lo cual es recogido por el art. 102 LCSP). Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental. Pero señala la Junta que existen dos límites en la aplicación de cláusulas contractuales de carácter social, o «*condiciones de ejecución del contrato*»: de una parte el principio de igualdad y no discriminación —que no sean directa o indirectamente discriminatorias— y, de otra parte, el principio de publicidad —que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones—. Con respecto a la cláusula consultada de estar los demandantes de empleo empadronados en la Comarca del Campo de Borja, la Junta concluye que el hecho de estar empadronado en un determinado lugar, en sí mismo considerado, no es una cláusula de carácter social. Y por otro lado, la circunstancia de estar radicada una empresa en un determinado lugar (Comarca del Campo de Borja), en sí misma considerada, tampoco es una cláusula de carácter social. La dicción de tales cláusulas resulta discriminatoria y no son, en sí mismas consideradas, condiciones de índole social.

sobre otro punto importante como lo es la cuestión del embargo judicial de las certificaciones de crédito, la Junta se pronuncia en su reciente Informe 6/2011, de 10 de febrero, en el sentido de que los derechos de cobro derivados de los abonos a cuenta en un contrato público, en tanto fondos públicos vinculados a un fin o servicio público, y por el interés público inherente al mismo, son en principio inembargables, pero que, si bien la Administración la que informa, es el Tribunal quien finalmente decide (13).

Sobre el interesante capítulo de los modificados, destacó el Informe 3/2009 (14), anterior al importante cambio normativo operado a través de la Ley de Economía sostenible; en él se subraya que no puede haber alteración en ningún caso del contenido esencial del contrato. Sobre las modificaciones previstas, en principio no existe un límite cuantitativo en la Ley, mientras que con las modificaciones no previstas es donde sí existen límites y es donde no cabe la alteración del contenido esencial. Nos encontramos ante una materia, la modificación de los contratos, que ha de ser en todo caso interpretada a la luz del Derecho comunitario. Ya desde la sentencia *Succhi di frutta*, la jurisprudencia del TJUE asentó la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato, imponiendo la necesidad de dispensar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a los licitadores y el deber de obrar

(13) Informe 6/2011, de 10 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Inembargabilidad y transmisibilidad de los derechos de cobro*. La junta, ante una cuestión de gran trascendencia en el momento de crisis actual, advierte de que los derechos de cobro derivados de los abonos a cuenta en un contrato público, en tanto fondos públicos vinculados a un fin o servicio público, tienen la consideración de inembargables, justificándose esta cualidad en el elemento causal que subyace y que se relaciona con el interés público inherente al contrato público. Ante la solicitud de embargo formulada por un Juzgado, la Administración ha de limitarse a cumplimentar con los requerimientos pertinentes, informando al órgano judicial de su criterio sobre la procedencia o improcedencia del embargo del crédito decretado a la vista de la consideración de inembargables del concreto derecho de cobro, sin que pueda oponerse a la posterior decisión judicial al ser en todo caso la autoridad judicial la competente para decidir.

(14) Informe 3/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad*. En este informe, la Junta Consultiva afirma que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del Derecho comunitario, pues en caso contrario nos encontramos ante un nuevo contrato que precisará de licitación y de nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. La normativa española, interpretada a la luz de las exigencias comunitarias y en concreto de la doctrina al respecto del TJUE, sólo permite modificados en los contratos cuando existen razones de interés público y se trate de necesidades nuevas e imprevistas. Regulación que debe interpretarse en coherencia con la citada Directiva 2004/18 en relación al principio de igualdad de trato, pues los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución; debiendo atenderse en todo caso a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en la ejecución de un contrato público.

con transparencia tanto en la fase de adjudicación como en la de ejecución de los contratos. De ello se desprende que la modificación de los contratos no es posible cuando no se encuentra previsto entre los pactos del contrato, y por tanto, toda alteración sustancial es un nuevo contrato —como bien ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe citado—.

Entre otras actuaciones de la Junta destacó la Importante Circular 1/2010, emitida ante las novedades y cambios legislativos producidos para fijar los criterios interpretativos —con el fin de que los órganos de contratación puedan adaptar expedientes y pliegos, así como la información del perfil de contratante— y para abordar el régimen de la transitoriedad, pues tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010 se plantean dudas interpretativas sobre lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera. La Junta se pronuncia al respecto afirmando que los recursos especiales iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, se deben tramitar de acuerdo con las previsiones de la Ley 30/2007 antes de su reforma. Sin embargo, los recursos especiales interpuestos contra actos dictados con posterioridad se tramitarán según las previsiones de la nueva Ley 34/2010. Y ello porque este nuevo recurso tiene carácter retroactivo a los expedientes anteriores a la entrada en vigor, salvo que ya se hubiera interpuesto el actual recurso especial ex artículo 37 LCSP. En lo relativo al régimen de la adjudicación contractual, la Junta entiende que deben aplicarse las reglas generales de la legislación administrativa, en tanto en la Ley 34/2010 nada se dice de la adjudicación provisional/definitiva; por lo que habrá que entender que será ese régimen dual el que se aplique en los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley. Por ello, será ante el acto de adjudicación provisional —el que pone fin al fondo del procedimiento— el momento procedimental para el recurso ante el Tribunal y la acción de nulidad que se regula en la Ley 34/2010. Se mantiene que es recurrible la adjudicación provisional, doctrina que discrepa claramente con el criterio adoptado por la Junta Administrativa Central (15).

(15) Circular 1/2010, de 22 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad». En ella se abordan los principales cambios introducidos especialmente por la Ley 34/2010, sobre todo en lo referente a la sustitución del recurso especial del artículo 37 LCSP por un nuevo recurso, de carácter potestativo, ante un órgano independiente de carácter administrativo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pudiendo las Comunidades Autónomas crear su propio Tribunal; con la característica principal de la nueva regulación que es la previsión de la suspensión de la adjudicación del contrato cuando medie un recurso por alguna de las partes perjudicadas. Otra novedad importante que señala es la desaparición de la dualidad entre la adjudicación provisional y definitiva, y que el contrato se perfeccionará con la formalización y no con la adjudicación, con las consecuencias que de ello se derivan de cara a la interposición del recurso. Y finalmente, otro aspecto que aborda el Informe es la

Cita la Recomendación 1/2011, en la que se abordan cuestiones muy importantes (16) ante una serie de quejas planteadas por la Confederación

cuestión de qué se debe entender por expediente iniciado, y cómo debe ser interpretado el alcance de la transitoriedad, concluyendo que los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley serán aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. En consecuencia, los expedientes de contratación que aún no se hubieran abierto en fase de licitación al mercado deberían adaptar sus previsiones a la LCSP reformada, incorporando el régimen de adjudicaciones que prevé la ley 34/2010.

(16) Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, *relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la calificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista*. La Junta quiere recordar que una de las grandes novedades introducidas por la LCSP, es la clasificación de los contratos del sector público en privados o administrativos en función del sujeto contratante y no de la modalidad contractual; en virtud de lo anterior, son contratos administrativos los contratos (cualquiera que sea su objeto, salvo unas determinadas excepciones) celebrados por las Administraciones Públicas, en el concepto que de las mismas se establece a los efectos de esta Ley en su artículo 3.2; mientras que los mismos contratos celebrados por cualesquiera otros integrantes del sector público, no Administración pública, serán contratos privados. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios —y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos— cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación. La junta consultiva advierte de nuevo que de la adecuada calificación legal de un contrato depende el régimen jurídico aplicable al mismo.

Otro de los asuntos que se abordan en la presente recomendación, es el fraccionamiento del objeto del contrato, y al respecto, la Junta señala cómo la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón, en su artículo 3.5 indica que no podrá fraccionarse el objeto del contrato para disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad o el procedimiento de adjudicación que correspondan. Y si bien es posible la fragmentación en lotes, en todo caso, las normas de publicidad y procedimentales que deban aplicarse en la adjudicación de cada lote se determinarán en función del valor acumulado del conjunto. Con respecto al procedimiento negociado, se recuerda que tal y como ha señalado la jurisprudencia del TJUE, estamos ante un procedimiento de excepción y que no son posibles interpretaciones «generosas» del mismo, en tanto se afecta al principio de concurrencia y eficiencia. Reproduciendo los términos empleados en la recomendación, «esta Junta quiere poner de manifiesto que el procedimiento negociado sin publicidad, en contratos de obras limitado a tres ofertas hasta una cuantía de 200.000 euros, es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración».

Sobre la clasificación, se hace preciso recordar que los órganos de contratación, no pueden exigir clasificación en contratos de obras y servicios de cuantía inferior a la señalada por la ley, porque «el requisito de la clasificación se configura, para los supuestos en que está establecida, como una capacidad especial o un plus de capacidad, señala; y tampoco es posible exigir una clasificación superior o desproporcionada, a la señalada por la ley. Por otro lado, en contratos de servicios, con posibilidad de prórroga, la Junta resulta contundente al respecto, señalando que ésta no deberá computarse a efectos de exigir clasificación, dado que deberá tomarse como referencia para tal exigencia el presupuesto de licitación (IVA excluido) y no el valor estimado del contrato. Sobre lo señalado en el art. 56 LCSP, debe actuarse del siguiente modo: la categoría del subgrupo de clasificación empresarial, se determinará cuando la duración del contrato sea igual o inferior a un año por referencia al valor íntegro del contrato, (o del precio parcial de la actividad en el conjunto del contrato, si hay varios subgrupos) y por referencia al valor medio anual del contrato cuando

de Empresarios de la Construcción de Aragón, y ante las cuales, la Junta se pronuncia con el fin de informar a los poderes adjudicadores acerca de correctas prácticas en la tramitación de los contratos públicos.

Concluye su intervención con una reflexión personal, y es que tras cinco años de funcionamiento de la Junta Consultiva desde su constitución, en un escenario como el actual de continuos cambios legislativos, constituye sin duda una garantía el poder contar con una Junta consultiva como la de Aragón, una Junta que ha experimentado una evolución evidente desde sus inicios hasta hoy, pasando, en palabras de la ponente, «de la adolescencia a la edad adulta»; y conseguir incluso consolidarse a nivel nacional como referente por su doctrina; con la publicidad y concurrencia y la simplificación procedimental como principios inspiradores en su proceder; su sencillez expositiva y claridad argumental en sus dictámenes, y lo que es esencial, siendo capaz en todo momento de guardar y hacer guardar su independencia de juicio y decisión.

III. La siguiente intervención fue desarrollada por Mayte Lacruz Lázaro, Jefe del Servicio de Contratación de la Diputación Provincial de Huesca. Bajo el título de «*La contratación pública y la Administración Local. Problemas y práctica*», la ponente nos brindó su testimonio y experiencia desde la posición que ocupa en un área gestora de contratación, aportando a los presentes un eminente enfoque práctico.

Tras advertir de que la inestabilidad jurídica ha devenido en una constante en el campo de la contratación pública, generando ciertas dosis de inseguridad jurídica, inició su intervención abordando uno de los asuntos que más problemas suscita a los prácticos de la contratación —el valor estimado del contrato IVA excluido—, que sigue planteando en su opinión ciertas dudas. Por ello se

se trate de contratos de duración superior, entendiéndose derogada la disposición reglamentaria al respecto. A estos efectos el término «valor íntegro del contrato», debe entenderse en este contexto como presupuesto de licitación, (Informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de la Administración del Estado) y el término «valor medio anual» debe entenderse, tal y como establece el artículo 36.6 RGLCAP, como la cantidad obtenida dividiendo su precio total de licitación, por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante. Y Dado que las escalas que figuran en el Reglamento, a efectos de calcular la anualidad media en las categorías de obras y de servicios, desarrollan la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que entenderlas con el Impuesto sobre el Valor Añadido incluido. Nuevamente, sobre los criterios de adjudicación, la junta insiste en que la solvencia mide la aptitud de las empresas, los criterios de adjudicación deben de medir las características de la oferta. Uno de los criterios de adjudicación sobre los que centra su atención son las mejoras. Las mismas se valoran en muchas ocasiones de manera arbitraria, sin que su aportación represente ninguna mayor ventaja al objeto del contrato. También llama la atención sobre el principio de preponderancia que atribuye la LCSP a los criterios de adjudicación que sean susceptibles de una valoración objetiva, frente a los que exijan un juicio de valor para los que se prevé la constitución de un comité de expertos.

solicitó un informe de la Junta consultiva porque la Ley hablaba de «cuantía», la Junta dijo que en fase de preparación y adjudicación son sinónimos y está excluido, pero que en fase de ejecución forma parte del precio. Puso de relieve cómo esta cuestión sigue planteando numerosos problemas especialmente a las Entidades locales sobre todo a la hora de determinar el órgano competente para contratar (porque de acuerdo al criterio de la Junta nos encontraríamos en fase de preparación, ergo, habría que considerar el IVA excluido), pero en verdad, el IVA forma parte del gasto, por lo que sí que debería computarse o ser tenido en cuenta a la hora de determinar el órgano competente.

Otro asunto de gran interés sobre el que centró la atención fue la clasificación administrativa. El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP no aporta una clara solución al respecto. Planteó el problema ante el que nos encontramos en el momento presente, en el que la clasificación empresarial se encuentra diseminada en cuatro normas jurídicas: por un lado, la cuantía económica a partir de la cual debe exigirse la clasificación en los contratos de obras viene establecida en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo de Inversión local y es de 350.000 euros, IVA excluido; los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de obras son los que establece el Reglamento de desarrollo de la LCAP. Sin embargo, en el contrato de servicios, por la remisión de la Disposición Transitoria Quinta LCSP al artículo 25.1 TRLCAP, la cuantía económica a partir de la cual debe exigirse la clasificación es de 120.202,42 euros, IVA incluido; los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de servicios son los que establece el Reglamento de desarrollo de la LCAP. Esta situación es la que llevó al Consejo de Estado a afirmar que la aprobación del Real Decreto proyectado —del Reglamento de desarrollo parcial de la LCSP— suponía reabrir una situación de dispersión normativa, no contribuyendo en nada a reforzar la seguridad jurídica en tanto en cuanto se mantienen vigentes normas anteriores a la nueva regulación legal de la contratación pública sobre la clasificación de los contratistas (17).

Por lo tanto, del Decreto por el que se crea el Fondo de Inversión local parece desprenderse que el IVA en los contratos de obra queda excluido, pero no sucede lo mismo con los contratos de servicios en los que es IVA incluido. Más allá de lo anterior, lo importante es determinar qué valor tenemos en cuenta para la clasificación, el artículo 76 LCSP señala que el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido (es decir, IVA excluido), pero hay que incluir modificaciones previstas y prórrogas; además, a la hora de elaborar un pliego hay que tener

(17) El Consejo de Estado aprobó el 23 de abril de 2009, su Dictamen preceptivo núm. 470/2009, sobre el anteproyecto de Reglamento de desarrollo parcial de la LCSP.

en cuenta el límite para la clasificación, puesto que podríamos incurrir en nulidad de pleno derecho. La Junta Consultiva de Contratación administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril, señala que para el límite de clasificación, hay que tener en cuenta el presupuesto de licitación y no el valor estimado del contrato (18). Pero una duda que se plantea la ponente es, entonces ¿Qué se hace con las prórrogas? No se deben computar según indica la citada Recomendación de la Junta Consultiva, pero la Abogacía del Estado dice que hay que tener en cuenta el valor estimado del art 76, con lo cual sí que habría que tener en cuenta las prórrogas (con su correspondiente repercusión en los contratos de servicios). Con los modificados, la Abogacía del Estado también los incluye, en consecuencia con el 92 Ter de la Ley de Economía sostenible, han de computarse y ser tenidos en cuenta a la hora de determinar las condiciones de aptitud de los licitadores; la dificultad ante la que se encuentran los gestores de la contratación es importante porque podrían concurrir empresas que incurrieran en nulidad, ante lo cual, la solución que parece apuntar la ponente es la de ser previsoires vía pliegos. Por lo que se refiere a las modificaciones no previstas en pliego del 92 quáter, en principio no plantean mayores problemas ya que tal y como señala la Circular de la

(18) Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, *relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la calificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista.*

Sobre la clasificación, se hace preciso recordar que los órganos de contratación, no pueden exigir clasificación en contratos de obras y servicios de cuantía inferior a la señalada por la ley, porque «el requisito de la clasificación se configura, para los supuestos en que está establecida, como una capacidad especial o un plus de capacidad, señala; y tampoco es posible exigir una clasificación superior o desproporcionada, a la señalada por la ley. Por otro lado, en contratos de servicios, con posibilidad de prórroga, la Junta resulta contundente al respecto, señalando que ésta no deberá computarse a efectos de exigir clasificación, dado que deberá tomarse como referencia para tal exigencia el presupuesto de licitación (IVA excluido) y no el valor estimado del contrato. Sobre lo señalado en el art. 56 LCSP, debe actuarse del siguiente modo: la categoría del subgrupo de clasificación empresarial, se determinará cuando la duración del contrato sea igual o inferior a un año por referencia al valor íntegro del contrato, (o del precio parcial de la actividad en el conjunto del contrato, si hay varios subgrupos) y por referencia al valor medio anual del contrato cuando se trate de contratos de duración superior, entendiéndose derogada la disposición reglamentaria al respecto. A estos efectos el término «valor íntegro del contrato», debe entenderse en este contexto como presupuesto de licitación, (Informe 43/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de la Administración del Estado) y el término «valor medio anual» debe entenderse, tal y como establece el artículo 36.6 RGLCAP, como la cantidad obtenida dividiendo su precio total de licitación, por el número de meses de su plazo de ejecución y multiplicando por 12 el cociente resultante. Y Dado que las escalas que figuran en el Reglamento, a efectos de calcular la anualidad media en las categorías de obras y de servicios, desarrollan la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que entenderlas con el Impuesto sobre el Valor Añadido incluido.

Abogacía general, éstas nunca pueden afectar a las condiciones esenciales del contrato, puesto que se trataría de una alteración sustancial del mismo.

Nos encontramos por lo tanto ante discordancias en materia de clasificación y discordancias con las categorías recogidas en los distintos preceptos que la regulan, ante lo cual, la solución probablemente pase por eliminar la clasificación administrativa y por consiguiente, por mantener la necesidad de acreditación de la solvencia en cada licitación —algo que por otra parte, en momentos de crisis como el actual sería además muy aconsejable, puesto que «la solvencia de hoy no asegura, ni mucho menos, la de mañana»—.

Otro de los asuntos que abordó en su intervención, fue el relativo a las prohibiciones para contratar del artículo 49 LCSP, y más en concreto de su apartado f), donde se señala ahora que la prohibición alcanza también a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas. Esta es la novedad, pues antes de la reforma, siendo administrador se incurría en prohibición, pero ahora si se participa en el capital de la sociedad, también se incurre en prohibición (hasta el 10%, aunque la LOREG no habla de porcentaje). Por lo tanto, hay que tener cuidado de la interpretación que de ello resulte porque se podría llegar al absurdo de que un concejal con una sola acción de Telefónica o de Endesa no pudiera contratar el servicio telefónico o de suministro eléctrico del municipio.

A continuación, se hizo mención de alguna de las principales novedades incluidas en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón y que pueden afectar especialmente a las Entidades locales menores. En concreto, y en relación con la fase de preparación del contrato, destaca la previsión de fomentar la concurrencia en la adjudicación de contratos menores —cuya cuantía no se altera—, resultando preceptiva, cuando sea posible, la consulta al menos a tres empresas para la adjudicación de contratos menores de obras de más de 30.000 euros y en los de suministros y servicios que superen los 6.000 euros (19). Teniendo en cuenta que en el ámbito local la mayoría de los procedimientos de contratación consisten en contratos menores y procedimientos negociados, la ponente plantea sus dudas sobre si de verdad se fomenta o no la concurrencia; sin duda ve con acierto la previsión contenida en la Ley aragonesa de exigir 3 propuestas para contratos menores, si bien al mismo tiempo considera que por razón de la cuantía tal previsión podría chocar con la autonomía local.

(19) Sobre este aspecto, de medidas destinadas a favorecer una apertura del mercado de la contratación menor, Vid. Informe 38/09, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Por otra parte, también plantea ciertas dudas con respecto a los procedimientos negociados; en su opinión nos encontramos en realidad ante procedimientos abiertos en los que se invita a tres licitadores para negociar ciertos extremos pero en los que en la práctica muchas veces apenas se negocia. Y no tanto por falta de voluntad sino por la imposibilidad para ello, porque, ¿quién negocia? ¿o de qué medios dispone un pequeño municipio para negociar? ¿El alcalde como órgano de contratación está capacitado para negociar una aplicación informática, por ejemplo? ¿Cómo negocia el pleno? ¿Cuáles son los principios que inspiran la negociación? Son algunas de las dudas que plantea a los presentes. A este respecto es interesante lo que apunta el nuevo Libro Verde Europeo sobre la contratación pública donde se replantean los supuestos en los que procede el procedimiento negociado. Ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2011 alude a un uso restringido y excepcional, debiendo justificarse suficientemente la urgencia y la necesidad (dado que muchas veces no son tres ofertas reales y no hay bajas) (20).

Otro aspecto importante que quiso poner de relieve y llamar la atención, son los convenios de colaboración administrativa, aunque bajo esta denominación, muchas veces lo que hay en realidad detrás de ellos en la administración local son verdaderos contratos o subvenciones.

Analiza también los comités de expertos y unidades técnicas en el nuevo procedimiento simplificado previsto en la Ley aragonesa. Al respecto señala que la Mesa de contratación adolece de la cualificación precisa porque no nos encontramos ante órganos técnicos, sino más bien en la mayoría de los casos, políticos (la Disposición Adicional segunda de la LCSP hay que adaptarla a la realidad municipal, siendo el Secretario del municipio el que adopta el papel de Secretario del órgano de contratación). En cualquier caso, la Mesa queda válidamente constituida con el presidente más tres miembros, —es lo pronunciado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León—, criterio

(20) Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, *relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la cualificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista*. Con respecto al procedimiento negociado, se recuerda que tal y como ha señalado la jurisprudencia del TJUE, estamos ante un procedimiento de excepción y que no son posibles interpretaciones «generosas» del mismo, en tanto se afecta al principio de concurrencia y eficiencia. Reproduciendo los términos empleados en la recomendación, «esta Junta quiere poner de manifiesto que el procedimiento negociado sin publicidad, en contratos de obras limitado a tres ofertas hasta una cuantía de 200.000 euros, es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración.

que además viene a coincidir con lo dispuesto por la Junta Consultiva de Aragón. Si pretender una Mesa de contratación técnica en la Administración local, resulta sumamente complicado, más lo es todavía disponer de un comité de expertos que no formen parte del órgano proponente del contrato; y en el procedimiento simplificado también se suscitan problemas tal y como pone de relieve el Informe de la Junta Consultiva 15/2011 (21); lo deseable es que la publicidad se haga no en el perfil del contratante de la entidad local, sino en el Perfil del Gobierno de Aragón. Con respecto a la inserción de la publicidad en perfil y no en BOA, en dicho Informe, se pone de manifiesto que las exigencias derivadas del principio de publicidad se consideran cumplidas con la inserción del anuncio de licitación en el perfil de contratante. La Junta señala al respecto, que la publicidad únicamente en el perfil no supone quebrar la regla de la transparencia, sino al contrario, pretende generar una publicidad por medios electrónicos, inmediata, gratuita y que aumente la concurrencia mediante un portal específico y que, en todo caso, surte los mismos efectos que la publicidad insertada en el BOA.

Concluyó sus reflexiones volviendo a manifestar la importancia de emprender seriamente medidas en favor de la racionalización de la contratación; siendo clave al respecto abogar por las centrales de compra. Asimismo se manifiesta a favor del Registro de licitadores de Aragón y del certificado que expide, dado que puede servir de gran ayuda tanto al empresario como a la parte gestora de la administración, resultando ser una labor previa que facilita la propia Comunidad Autónoma; y por último vuelve a hacer un llamamiento sobre la importancia de seguir avanzando en la incorporación de medios electrónicos en la contratación pública local, cuyo reflejo todavía hoy sigue siendo más bien escaso limitándose al Perfil del contratante.

IV. El último ponente en intervenir fue Alfonso Peña Ochoa, Vicepresidente de la Cámara de Cuentas, quien abordó el modo en el que se lleva a cabo la importante labor de Fiscalización de los contratos de la administración local aragonesa por parte de la Cámara de Cuentas de Aragón.

Puede afirmarse que hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, no se hacía fiscalización alguna, es más, el alcance de los deberes de envío de información y fiscalización se restringía a capitales de provincia, diputaciones provinciales y poblaciones de más de 50.000 habitantes.

(21) Informe 15/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: *Ámbito de aplicación y regulación del «procedimiento simplificado» creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.* Vid. Al respecto nota a pie 6.

Ya desde el 1981 se tenía una visión pesimista sobre el cumplimiento de las exigencias en materia de contratación dentro del ámbito local. En el 2006, con el estado de rendición de cuentas y remisión de la documentación legal, se reconoce que la situación sigue siendo parecida a la del año 82 y 91, es decir, sigue sin remitirse toda la información preceptiva que impide una adecuada fiscalización.

La Cámara de Cuentas, en su programa incorpora la fiscalización de los contratos públicos por su importante peso global en el conjunto del PIB (entre un 13 y 15% del PIB total); podemos afirmar que nos hallamos ante un gasto público que a pesar de encontrarse en el momento presente, en un contexto de crisis, con cierta tendencia a la baja, no cabe duda de que sigue y seguirá constituyendo un marco de gestión pública muy relevante por su volumen y su coste.

Por lo que se refiere a la reglamentación en materia de fiscalización, hay que decir que la misma es excesiva y dispersa (con normas autonómicas, estatales y comunitarias). La gestión de los contratos públicos se articula en torno a órganos que ejercen su labor por asignación burocrática de tareas y recursos, y siempre dentro de ese marco de tensión latente entre el mercado y la intervención del Estado. No puede obviarse que nos encontramos en un ámbito en el que el poder de los funcionarios públicos y los órganos directivos de las Administraciones Públicas es enorme, lo cual convierte a la contratación en un terreno especialmente abonado para las prácticas corruptas; y en el que por consiguiente, la fiscalización deviene en una exigencia de primer orden; de ahí que la Cámara quisiera incluirlo entre sus preferencias desde el primer momento de su creación.

Nos hallamos ante una realidad en palabras del ponente «poliédrica», con muchas formas posibles de actuación en la contratación que requiere una gestión de la financiación también poliédrica. Es una actividad administrativa más, pero una actividad esencial de las Administraciones Públicas, sobre todo desde la vertiente del gasto público. Lo cual pone en evidencia, una vez más, el estrecho vínculo existente entre la tramitación administrativa o la vertiente procedimental de la contratación y su vertiente presupuestaria y la necesidad de un adecuado control de ambas.

Otra complejidad, deriva de su importancia como actividad económica, posibilitando el contacto de la Administración con el mercado de bienes y servicios, y ello implica el tener en cuenta parámetros económicos y la necesidad de una mayor programación de la actividad de las Administraciones públicas, así como de introducir o acrecentar parámetros de eficacia y eficiencia en la ejecución de los contratos; en definitiva, parámetros que permitan una buena gestión financiera de las compras públicas.

Otra vía de control, proviene de la importante dimensión que adquiere la contratación pública desde la perspectiva de no ser un fin en sí misma sino un medio para la ejecución y la implementación de diversas políticas públicas: igualdad, empleo, apoyo a las Pymes... la posición del Estado no es neutral, y como tal desarrolla políticas públicas a través de los contratos públicos, por lo que para el fiscalizador constituye una pauta de control el ver si la actividad contractual de las administraciones se ajustan o no a las políticas públicas perseguidas.

La Cámara entre sus funciones, se encarga de verificar el cumplimiento de la legalidad por los órganos de gestión tanto de los requisitos presupuestarios como administrativos, en definitiva, orientando a la Administración hacia una «compra eficiente». Para ello resulta indispensable efectuar una revisión de los medios materiales y humanos de los que dispone la Administración para llevar a cabo la actividad contractual, la cual requiere y precisa de verdaderos profesionales de alto perfil técnico y de especial cualificación. La calidad de los contratos y la contratación pública en definitiva, queda determinada en buena medida, por la profesionalidad de los empleados públicos, así como por una adecuada dotación de medios materiales e informáticos.

¿Cómo va a desarrollar la Cámara de Cuentas de Aragón su labor fiscalizadora? No se trata de una superposición o de un control adicional a los ya existentes —pues un riesgo que se corre precisamente con ello muchas veces es devenir ineficaces por un exceso de control de la actividad de las Administraciones Públicas—, se trata de un control distinto, pues a pesar de todos los esfuerzos perseguidos, la evidencia demuestra que sigue habiendo «huecos» que permiten las trampas y corruptelas. Para evitarlo, el control tiene que ser eficiente y que resuelva los problemas de integridad en la contratación, es decir, sometiéndola a un nuevo control eficaz, ejercido de forma coordinada y no de forma reiterativa respecto a la labor de control que ya ejercen otros órganos como la intervención, y de acuerdo al principio de auditoría única que permita evitar contradicciones. Hay que verificar que el control es suficiente, verificación sí, no superposición de controles —revisión nuevamente del control de la legalidad—, y ha de ser una labor coordinada a su vez con las instancias de control externo: el Tribunal de Cuentas Europeo de Luxemburgo y el Tribunal de Cuentas de España que está llamado a desempeñar una función fiscalizadora insustituible en el ejercicio de su competencia indeclinable; se trata por tanto de coordinar que no haya un problema de doble rendición de los contratos, sin duplicidades ni zonas de sombra.

Concluyó su intervención indicando que se ha conseguido establecer una coordinación sobre la fiscalización del sector público local para lograr unos mismos principios y criterios semejantes para una fiscalización idéntica en todo el territorio nacional, sin perturbar la labor de los órganos de gestión

y teniendo en cuenta el criterio de «control escrupuloso» que propugnaba la Declaración de Lima del 98; por este motivo, la Cámara ha adoptado el criterio de mantener el método y los criterios establecidos por el Tribunal de Cuentas en la elaboración de los informes de control, sin que resulte más intensa o compleja; procurando en todo momento facilitar el cumplimiento del deber de remisión que incumbe a los entes locales de la información anual sobre los contratos celebrados.

V. Como colofón brillante de la jornada, tuvo lugar la presentación del libro *«Las reformas legales de la ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos»*, del profesor José María Gimeno Feliú, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y Director de la Cátedra de Derecho Local. La Presentación corrió a cargo del Catedrático Don José Bermejo Vera, director del grupo consolidado ADESTER, quien tras ensalzar la constancia y el buen hacer del autor de la obra destacó que nos hallamos ante un trabajo de gran rigor y utilidad que consigue aportar orden, sistemática y racionalidad en medio de la «selva normativa» en la que nos hallamos en el momento presente en el ámbito de la contratación pública; un ámbito en el que si bien las continuas adaptaciones a las Directivas europeas lo hacen complejo el mismo no puede ser entendido si no lo es a la luz del Derecho comunitario. Con cierta ironía abogó por un «derecho sostenible» también, por qué no, en materia de contratación. El profesor Bermejo, una vez más, con la elocuencia y el saber que le caracterizan, concluyó a modo de reflexión para todos los presentes haciéndose eco de uno de los diálogos que ya se planteaban en la Grecia clásica y que quizá también hoy sirvan para hacernos recapacitar sobre la necesidad de aportar ciertas dosis de integridad y seguridad jurídica en el legislar y en el obrar en general: «la mejor ciudad es aquella en la que sus ciudadanos temen más al reproche que al rey».

Para concluir, el profesor Gimeno, agradeció finalmente las palabras de elogio de su maestro y destacó el empeño y el compromiso que desde la Cátedra de Derecho Local, se desea seguir manteniendo como instrumento de apoyo y colaboración con quienes desde los Entes locales desempeñan su labor con gran profesionalidad y dedicación y que son en definitiva quienes dan sentido a la celebración de estos encuentros. Asimismo, quiso también agradecer el trabajo y el esfuerzo de todos los compañeros de la Dirección General de Administración Local y Política Territorial del Gobierno de Aragón, así como a los miembros de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por los frutos de estos años de trabajo en equipo; y quiso anunciar por último como primicia la inminente puesta en marcha del Observatorio de Contratación Pública, que es el resultado de la ilusión colectiva de un grupo profesionales en la materia que desde los distintos ámbitos han aunado esfuerzos por crear un

foro de debate y discusión permanente sobre los principales retos y desafíos que plantea la contratación pública.

En suma, un interesante seminario del que a modo de conclusión —y aun reconociendo la imposibilidad de plasmar a través de estas líneas la abundancia y variedad de ideas e inquietudes suscitadas en las diversas intervenciones— puede augurarse que el camino de las reformas en la materia continúa abierto al compás del nuevo Libro verde europeo sobre contratación pública y que sin duda reclamarán de nuevo la actuación por parte del legislador en los próximos meses. Queda pendiente un Texto Refundido y un adecuado desarrollo reglamentario de la LCSP que clarifiquen de una vez la amalgama normativa ante la que se enfrentan poderes adjudicadores y empresarios y que acabe con la falta de seguridad jurídica en la que muchas veces se ven inmersos los prácticos de la contratación pública. Una contratación que, en palabras del profesor Gimeno, deberá esforzarse por seguir haciendo de la simplificación, la eficiencia y la integridad, los paradigmas sobre los que se sustente a fin de garantizar el derecho a una buena administración.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, prólogo de José María GIMENO FELIÚ, Civitas, Madrid, 2011, 351 pp.

La obra que en estas líneas se recensiona comprende un estudio dogmático exhaustivo de lo que el contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas afines al mismo hubieran de significar dentro de la práctica jurídico-administrativa.

El autor realiza un desvelador análisis de la importancia y significado que encierra el contrato de concesión de obra pública dentro de la sistemática de la vigente regulación estatal y comunitaria de contratación pública, poniendo de manifiesto cómo el mismo no supone un cajón de sastre que admite todo tipo de relación jurídica. La afirmación de la concesión de obras públicas como contrato típico, independiente al de obras, no ha impedido que las notas esenciales de aquel se hayan desdibujado a lo largo del tiempo, debido, como sugerentemente señala el autor, «a la práctica del funambulismo jurídico de la Administración para ofrecer soluciones ad hoc a las necesidades de los órganos de contratación» (p. 34).

Se trata de un texto reflexivo, claro y profundo en sus razonamientos y argumentaciones que lejos de frenarse en el tratamiento de la concesión como figura jurídica, abarca también de modo meticuloso y pormenorizado las restantes figuras que el autor denomina «paraconcesionales», que tienden a convivir funcionalmente con la concesión, y de la que deriva en la práctica cierto intercambio de técnicas, intercambio o convertibilidad no carente de discusión en cuanto a su adecuación a la regulación legal vigente.

La obra comprende cuatro capítulos principales seguidos de un apartado final en el que el autor recoge las conclusiones de mayor importancia a las que llega en su estudio y que aquí serán sucintamente desgranadas.

El capítulo primero, de título: «Génesis, evolución y situación actual del contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”», recoge un interesante repaso por lo que la técnica de la concesión de obras públicas ha constituido hasta la actualidad, dejando entrever los puntos de fricción que ésta ya arrastraría desde su misma aparición. Un contrato de concesión de obras públicas que se desarrolla lastreado con el paso del tiempo propiciado por su pérdida de autonomía e importancia a favor de las concesiones de servicio público, la falta de apoyo normativo en el derecho comunitario —situación que actuaba a modo de aliciente al uso de esta figura con el objetivo finalista de burlar los controles comunitarios a la contratación

pública—, o su falta de sustantividad propia hasta la promulgación de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Es en este último punto donde el autor se muestra más crítico pues, con sólida argumentación dogmática, se manifiesta contrario a la consideración de la concesión de obras públicas como un contrato típico, independiente de todos los restantes. Como es sabido, la tipicidad es consecuencia derivada del grado de diferenciación material que un contrato presenta frente a los restantes, situación que, en apreciación del autor, no se produce entre el de obras y el de concesión de obras públicas. Así, contrario a las tesis que defienden su naturaleza mixta —obras y prestación de servicios— y las que defienden su tipicidad específica, considera que el contrato de concesión de obras públicas es únicamente un subtipo dentro del tipo más genérico de obras, subtipo que estará diferenciado, ya no por su objeto sino por otras circunstancias como la remuneración del contratista o la función del contrato.

Continuando el hilo expositivo, el autor analiza las técnicas «paraconcesionales» que identifica principalmente con el contrato de concesión de servicios públicos y los contratos de colaboración entre el sector público y sector privado (1).

Pronunciándose sobre un tema comprometido y de manifiesta actualidad en el ámbito de la contratación pública, el autor realiza un clarificador estudio crítico sobre la regulación de los contratos de CPP contenida en el TRLCSP. Entiende fuera de lugar la regulación de este negocio jurídico en el TRLCSP, toda vez que éste no ha sido reconocido siquiera en las normas regulatorias comunitarias. Considera que el legislador español ha realizado una regulación deficiente, apresurada y llena de contradicciones para con la normativa comunitaria sobre contratación, patente, a título de ejemplo, en problemas derivados de la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea o en las características que han de observar los pliegos de cláusulas contractuales.

Se vale el autor del recurso semántico para la denominación de este tipo de figura —*contratos de colaboración*—, pues todos los contratos públicos requieren necesariamente de la colaboración del sector público y del sector privado, para componer una incisiva argumentación que muestra al lector la inconsistencia de la figura dentro de la sistemática del TRLCSP, llegando incluso

(1) En lo sucesivo: Contratos de CPP. Asimismo, la correspondencia de las restantes abreviaturas utilizadas en el texto son: TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público); LCSP (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público); DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea); TRLCAP (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas); BOE (Boletín Oficial del Estado).

a poner en tela de juicio su consideración como contrato típico, con apoyo en numerosas argumentaciones doctrinales.

«El elemento subjetivo: ¿Quién puede contratar?» es el título que da pie al segundo capítulo de esta monografía y donde se realiza un sosegado repaso de los distintos entes y Administraciones Públicas que pueden celebrar contratos de concesión de obras públicas y contratos de CPP.

El análisis de lo que ha de entenderse por poder adjudicador u organismo de Derecho público dentro del Ordenamiento comunitario no es baladí en este punto, pues, como es sabido, a consecuencia de una deficiente regulación del ámbito subjetivo de aplicación de las disposiciones comunitarias sobre contratación pública en su día realizado en el TRLCAP, el Reino de España fue condenado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en tres ocasiones entre los años 2003 y 2005, por incumplimiento de la legislación comunitaria.

Tras realizar un pequeño repaso por la categorización tripartita en círculos concéntricos del ámbito subjetivo del TRLCSP, el autor profundiza de nuevo en otro aspecto cuestionado, el relativo al régimen jurídico de los contratos de concesión de obras públicas licitados por entidades de Derecho privado, que, por paradójico que parezca, se ha agudizado con la previa LCSP. Contrario a las interpretaciones que reducen sólo a las entidades que tienen la consideración de Administración Pública la posibilidad de adjudicación de contratos de concesión de obras públicas, pues con rotundidad afirma que esta interpretación desconoce el régimen jurídico aplicable a los contratos del Sector Público, es reseñable la lograda defensa que el autor nos brinda sobre la posibilidad de que entes pertenecientes al Sector Público y no Administraciones Públicas a efectos del TRLCSP puedan celebrar contratos de concesión de obras públicas. Y lo que es más, en términos de *lege ferenda*, el autor animará al establecimiento de unas mismas reglas para todos los contratos de concesión de obras públicas adjudicados en general por el Sector Público, pues ello, no oponiéndose al Ordenamiento comunitario contribuiría sobremedida a la armonización interna de los procedimientos de contratación pública.

Para finalizar este segundo capítulo el autor analiza el alcance subjetivo que encierra cada una de las partes intervinientes en un contrato de CPP. En referencia al Sector Público, el autor observa la existencia —como en el caso del contrato de concesión de obras públicas— de dos modalidades de CPP derivadas de las diferentes partes contratantes públicas: de un lado, los contratos administrativos de CPP adjudicados por una Administración Pública y sujetos a regulación armonizada *en todo caso*. Del otro, los contratos privados de CPP adjudicados por entes pertenecientes al Sector Público pero que no son Administraciones Públicas y no sujetos a regulación armonizada. Por su parte, el apelativo al Sector Privado no se muestra ajeno a problemas conceptuales y, por derivación, prácticos, ya que en lugar de establecerse el

Sector Privado como el antagonista al Sector Público (3.1 TRLCSP), se identifica aquel con la categoría de la «entidad de derecho público», lo que puede derivar en un paradójico *contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Público*.

Otro de los pilares que dan sustento a la teoría general de los contratos, su objeto, se trata en el capítulo tercero de la monografía, donde se estudia «El objeto del contrato como circunstancia determinante para su calificación jurídica».

Siguiendo el posicionamiento apuntado en las precedentes líneas, concluye el autor que el contrato de obra y de concesión de obras públicas comparten de manera esencial un mismo objeto contractual, si bien no es menos cierto que las diferencias entre uno y otro radican meramente en el lugar donde el legislador ha colocado el acento —el verdadero *telos*— del contrato: en la parte *estática* (la obra como resultado) o en la parte *dinámica* (la obra como proceso), respectivamente. Distintas caras de una misma moneda que el legislador recoge bajo un mismo significante, obra, y que, como con acierto trae a colocación el autor, otros Ordenamientos jurídicos —el italiano o el francés— recogen bajo conceptos diversos.

La concesión de obras públicas nace con la realización de una obra, no obstante el verdadero aspecto diferenciador de la misma radica en su proceso de explotación. He aquí un aspecto esencial de este contrato y que el autor no deja ni mucho menos de lado en los dos últimos capítulos de su obra. «Obra susceptible de explotación económica» es un concepto clave donde los haya en relación con el tema objeto de estudio pero que, sin embargo, no es *per se* la nota distintiva definitiva entre el contrato de obras y el de concesión de obra pública, que, por el contrario, radica en el derecho exclusivo que la Administración otorga al concesionario como contrapartida a la construcción de la obra —es causa del mismo—, lo que claramente dependerá de la posibilidad de explotación de la ésta.

Así, para el autor el derecho de explotación de la obra consistirá, por oposición a la gestión de servicios públicos, en la puesta a disposición de la obra a los usuarios, que no será más que «*el ejercicio conjunto de la obligación de admitir a los usuarios de la obra y las facultades de organizar su utilización, exigiendo el abono de la correspondiente tarifa*».

A renglón seguido, se realiza un deslinde jurídico-dogmático entre los contratos de gestión y concesión de servicios públicos y el de concesión de obras públicas, para lo que se recurre a un criterio diferenciador por todos manejado, cual es el de la subsidiariedad o accesoriedad de la obra. Esta accesoriedad vendrá dada por el uso de la obra en sentido impropio que los usuarios realizan, es decir, «*el usuario de la obra no lo es tanto de la obra*».

como del servicio o la función administrativa que se presta sobre la misma». De manera ciertamente muy ilustrativa, el autor trae a colación los ejemplos de las concesiones de transporte y de obras hidráulicas, para poner de manifiesto la importancia que tiene la figura de la obra a la hora de diferenciar los contratos anteriormente señalados. Por lo que respecta a los contratos de concesión de servicios públicos, a lo antedicho el autor añade como criterio diferenciador un cierto *plus* materializado en la competencia y derechos exclusivos o especiales que el concesionario ostenta.

Continúa el trabajo prestando atención al debate relativo a los contratos de CPP, apoyándose en las tesis que abogan por su uso residual una vez justificada su necesidad y la invalidez de las restantes figuras contractuales. El autor considera —junto con opiniones doctrinales autorizadas— que la consciente indeterminación jurídica sobre el contenido de éstos no hace más que favorecer su desarrollo progresivo como *técnica de camuflaje* de un verdadero (y realizable) contrato de obras o de concesión de obras públicas. Pronunciándose sobre este último aspecto, el autor añade que por más que subsidiarios (el contrato de CPP al de concesión de obras públicas), ambas figuras son excluyentes entre sí. Así, no puede haber contrato de CPP que encierre un contrato de concesión de obras públicas, pues en ambos, los destinatarios de la obra son diferentes, plasmándose esta situación, como con meridiana contundencia muestra el autor, en quién ha de remunerar al contratista privado: Administración y terceros usuarios, respectivamente.

«La causa de los contratos. Especial atención a las consecuencias contables de su celebración» es el título del cuarto y último capítulo de esta monografía. En él, el autor nos presenta el modo particular en que se plasma el principio de equilibrio de riesgos entre Administración y concesionario en el contrato de concesión de obras públicas, la importancia de ese derecho de explotación al que antes hacíamos ya referencia y el eventual precio por la explotación de la obra, así como las facultades que ostentan una y otra parte para lograr el necesario equilibrio *bidireccional* de la concesión.

A lo largo de la exposición, se desgana la esencia última de la que bebe y a la que se somete el contrato de concesión de obras públicas, una retribución del contratista que ha de venir *vinculada* al uso de la obra —no derivada de la explotación de zonas comerciales complementarias, que será fijada en los pliegos, pero que en todo caso requerirá de separación contable—, y donde la asunción de, al menos, una parte del riesgo y ventura en la realización de la obra ha de correr a cargo del concesionario, pues admitir lo contrario sería tanto como transformar aquel en un simple contrato de obra.

Como es común a lo largo de su obra, el autor nos muestra esta vez un sugerente criterio en lo referente a la asunción de riesgos bajo el que de un lado valorar las diferentes proposiciones antes de su adjudicación y del

otro, buscar el reequilibrio económico de la concesión, una vez las vicisitudes propias de la contratación pública —*ius variandi, factum principis*— hubieran alterado aquel. Así, BERNAL BLAY opta por el establecimiento de una línea de flotación sobre la que han de situarse los beneficios debidos del concesionario, identificando un haz de puntos fácticos con una situación de equilibrio y estableciendo un abanico de asunción de riesgos por parte del concesionario, donde la mayor asunción de riesgos por éste sería criterio a valorar a la hora de adjudicar el contrato.

Dando término a su monografía, el autor nos da muestra de lo que él denomina como «desarrollo de las técnicas «paraconcesionales» al calor de su tratamiento contable», y que no es más que el creciente recurso al contrato de CPP como técnica para evitar repercusiones negativas en términos de déficit estatal, una vez que la asunción por parte del contratista del riesgo de construcción y del riesgo de disponibilidad o de demanda hacen que los activos en cuestión no sean clasificados como públicos —sin consecuencias por tanto en el déficit público—, conllevando lamentablemente que la contratación pública contemporánea pase de apoyarse en el criterio del interés general a ordenarse en función de los intereses de política económica de turno.

Es este el momento de poner punto y aparte a esta pequeña muestra de la obra de BERNAL BLAY, y decimos bien, *punto y aparte*, porque de la calidad, rigor y contundencia de la monografía que aquí se recensiona, se denota un gran saber hacer que por seguro nutrirá a esta disciplina de nuevas aportaciones de las que disfrutar y aprender.

La presente monografía da pleno contenido al significativo estudio científico, mostrándonos lo que fueron, lo que son y lo que debieran ser un conjunto de figuras jurídicas que por más que no son de novedosa creación en nuestro Ordenamiento presentan importantes zonas oscuras que alimentan su confusión, en ocasiones de modo inconsciente, otras de manera *deliberada*. Una obra en la que el autor maneja con suma habilidad las diferentes categorías normativas vigentes (Derecho comunitario, estatal y autonómico), pasando por el Derecho comparado, hasta llegar a una plasmación muy cuidada de las más pequeñas controversias y conflictos que en el plano práctico está provocando una regulación sobre el particular difusa y deficiente. Una obra que, sin reservas, merece lectura por todo aquel amante de la disciplina administrativista.

David ARJONES GIRÁLDEZ

BIELZA DE ORY, Vicente, ESCOLANO, Severino, GORRÍA, Antonio e IBARRA, Paloma: *De la ordenación a la planificación territorial estratégica en el ámbito regional-comarcal*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, 618 pp.

Bajo la dirección del profesor Bielza, un grupo de geógrafos de la Universidad de Zaragoza de sólida trayectoria profesional publica este exhaustivo estudio sobre los instrumentos de planificación territorial. Con el precedente del estudio general de la función pública de ordenación del territorio, que el mismo BIELZA había desarrollado anteriormente (*Introducción a la ordenación del territorio. Un enfoque geográfico*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2008, 274 pp.), se realiza ahora un análisis detallado de los elementos que integran el sistema territorial.

El territorio preferentemente considerado es el de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus comarcas, aunque tanto la metodología aplicada como las fuentes manejadas, y las reflexiones y consideraciones incluidas hacen de la obra elemento de consideración necesaria en cualesquiera investigaciones y aplicaciones de la ciencia del territorio. El enfoque útil de la Geografía Humana es el que explica la necesidad de partir de realidades territoriales para la construcción de los sistemas teóricos.

El libro se divide en tres partes. En la primera se presentan los dos grandes nutrientes de la ciencia territorial: uno es el normativo, esto es, el conjunto de fuentes internacionales, europeas, estatales y autonómicas que estructuran la acción pública sobre el territorio; el otro es el tecnológico, que se concreta en las fuentes de información geográfica, que cuentan también con bases internacionales, europeas, nacionales y autonómicas. En la segunda parte se estudian los elementos del sistema territorial, cuya ordenación puede llevarse a cabo mediante directrices especiales, como sucede con los equipamientos (sanitarios, culturales, deportivos, educativos), las infraestructuras (carreteras, ferrocarriles, obras hidráulicas), las actividades económicas (industria, comercio, turismo), el medio natural (espacios protegidos, paisaje) o los usos del agua. Finalmente, en la tercera parte se analizan las posibilidades de planificación de las grandes áreas territoriales que pueden ser objeto de las directrices zonales, como las áreas urbanizadas, el espacio metropolitano de Zaragoza, los espacios rurales de baja densidad o los territorios de montaña.

El volumen proporciona herramientas para llevar a cabo una planificación del territorio sistemática de acuerdo con las previsiones de la legislación y las

BIBLIOGRAFÍA

posibilidades de la técnica. Planificación de las decisiones territoriales cuya necesidad se nos hace patente al encontrarnos en una aguda situación de crisis económica provocada precisamente por la falta de una adecuada planificación de nuestro territorio. En tal sentido, el urbanismo municipal ha puesto de manifiesto sus limitaciones al vincularse predominantemente al desarrollo desenfrenado de la actividad inmobiliaria. Tales limitaciones no encontrarán freno adecuado en la genérica tutela de la Comunidad Autónoma sobre los planes urbanísticos, al menos, mientras el control autonómico no pueda contar con concretas referencias de la planificación territorial. De ahí la importancia de poner en marcha decididamente los correspondientes instrumentos.

Fernando LÓPEZ RAMÓN

GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta: *Urbanismo y Contratación Pública*, prólogo de Martín BASSOLS COMA, Aranzadi, Navarra, 2011, 346 pp.

Urbanismo y Contratación Pública amén de ser el título que da nombre a la monografía que en estas líneas se reseña, refiere dos campos de la disciplina administrativista que se han caracterizado siempre por su complejidad, pues en ellos convive la aplicación directa e indirecta de disposiciones de rango comunitario, estatal y autonómico que buscan dar solución al infinito número de relaciones jurídicas que se producen entre los diferentes agentes económicos y Administraciones Públicas intervinientes.

La relación y semejanza de estas ramas vertebradoras de nuestra disciplina no acaba ahí, sino que ésta da un paso más cuando afirmamos que la normativa de contratación pública es parcialmente aplicable en el plano urbanístico, problemática que se ha visto acentuada a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001, conocida como Sentencia *Scala 2001*.

La obra que se trae a colación nace de una necesidad, la de deslindar el modo en que las disposiciones en materia de contratación pública son engarzables dentro de la técnica y prolija normativa urbanística. Con este ambicioso objetivo, la autora aportará luz al régimen jurídico contractual aplicable a la obra pública ordinaria y a sus distintas fases vinculadas con el planeamiento urbanístico —preparatorias y ejecutorias—, poniendo especial atención a la hora de determinar la calificación que haya de darse a la actividad urbanística que se realiza, ya sea contrato de obras o de servicios, los tan controvertidos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado o los convenios urbanísticos.

El estudio realizado por GÓMEZ MANRESA está estructurado en cinco capítulos precedidos de una introducción a los principales puntos oscuros que surgen a la hora de aplicar la normativa de contratación pública en el plano urbanístico. Los dos primeros capítulos se centrarán en el estudio de aquellos aspectos más destacados de la regulación contractual contenidos en la otrora vigente, Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (1) que pueden tener

(1) En lo sucesivo: LCSP. Este texto normativo ha sido derogado recientemente por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP, en adelante). Así, las referencias contenidas en este comentario se harán al texto ahora vigente, sin perjuicio de que originariamente la obra comentada

repercusión práctica en la aplicación de las disposiciones urbanísticas. El tercer y cuarto capítulos analizan en profundidad la normativa urbanística autonómica de aplicación a los contratos de servicios y al contrato de obra urbanizadora, entre otros. En último lugar, y no por ello de menor importancia, la autora, sabedora de los grandes avances en el mundo jurídico derivados del efectivo uso de las TICs, dedicará el capítulo final de su trabajo al estudio de las puertas que la legislación vigente abre al uso de éstas por parte de la Administración y el administrado.

«Una primera aproximación al régimen jurídico general contenido en la Ley de Contratos del Sector Público aplicable a las prestaciones vinculadas a la planificación y gestión del suelo» es el título que da pie al primer capítulo de esta monografía. En él, y como su propio nombre nos sugiere, la autora realiza un detallado repaso por lo que la LCSP ha supuesto en la legislación estatal de contratación pública, mostrándonos una lograda visión de conjunto de sus contenidos, así como también el alcance y sentido de las numerosas reformas parciales que en ella se han realizado de modo reciente.

La autora, consciente de la importancia del conocimiento profundo de la legislación contractual como paso previo a la hora de delimitar su engarce con la precisa regulación urbanística, muestra de modo conciso los aspectos que presentan una mayor problemática en el plano práctico de la contratación pública, entre los que se encontrará la delimitación del ámbito subjetivo, el ámbito objetivo o los elementos estructurales de los contratos recogidos en el TRLCSP.

Si bien la plasmación agnóstica de los contenidos del TRLCSP poco aportaría a un avezado conocedor de la norma, el estudio de la misma dentro de esta monografía adquiere vital importancia toda vez que la autora ha sabido enriquecer la exposición legal con las más variadas referencias al problema central de estudio, ya sea a través de menciones directas o pronunciándose sobre aspectos que tangencialmente afectan a la articulación de las relaciones entre contratación pública y urbanismo. Prueba de ello son las continuas remisiones a los problemas que presenta la contratación en el ámbito local, así como alusiones expresas a la regulación jurídica del contrato de obra o prestación de servicios cuando éstos cobran el contenido de un contrato de realización de obra urbanizadora o de planeamiento, respectivamente.

El segundo capítulo completa el análisis pormenorizado que la autora dedica al TRLCSP. Su título: «Régimen jurídico general de la preparación,

se refiriera a la LCSP, texto que en su abrumadora mayoría no diverge del contenido del ahora vigente. Asimismo, la correspondencia de las restantes abreviaturas de las que se hará uso en el texto son: TICs (Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación); TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

adjudicación, ejecución, modificación y extinción de los contratos públicos» resume fidedignamente el contenido del mismo, donde la autora plasma con sumo detalle el alcance de las disposiciones normativas recogidas en el TRLCSP en lo relativo a los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas —con especial mención a su simplificación en caso de urgencia o emergencia—; los procedimientos de adjudicación de los contratos —donde ha de destacarse el nuevo procedimiento de subasta electrónica—; y las vicisitudes relativas al cumplimiento defectuoso del contrato, régimen de indemnizaciones y pagos, así como los supuestos de modificación y extinción de éstos.

Sobre la doctrina del riesgo y ventura en la relación contractual se pronuncia la autora, quien realizando un deslinde previo de aquella con la doctrina del riesgo razonablemente imprevisible, acaba afirmando que pese a que ambas figuras pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato por causas sobrevenidas —como excepción al principio *contractus lex*—, únicamente «*el menor beneficio del contratista encaja en la doctrina del riesgo y ventura, y no en la del riesgo imprevisible si no puede alegarse el enriquecimiento injusto de la Administración*» (p. 135).

Asimismo, cabe destacar la posibilidad excepcional de celebración de contratos con precios provisionales, que se producirá cuando tras la tramitación de un procedimiento negociado o diálogo competitivo se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato deba comenzar antes de la determinación del precio, bien por complejidad de las prestaciones, por falta de información sobre costes o porque los elementos técnicos o contables no permiten negociar con precisión un precio cierto. Como cierre a este segundo capítulo, se traen a colación los problemas derivados de la aplicación de la acción directa civil ex artículo 1597 del Código Civil con causa en un contrato de obra pública, supuesto de aplicación muy frecuente en un periodo de crisis económica como el actual que ha afectado sobremanera al sector inmobiliario.

Continuando el hilo expositivo, la autora recoge un estudio conjunto de las disposiciones normativas específicas contenidas en el TRLCSP acerca del contrato de servicios y del régimen jurídico urbanístico de las prestaciones relacionadas con la planificación y gestión del suelo—pues éstas pueden tener cabida en el propio contrato de servicios—todo ello bajo el título «Régimen jurídico de la actividad urbanística objeto de contrato de servicios o administrativo especial, o ajena a una relación contractual pública».

La iniciativa privada en la elaboración de planes y programas urbanísticos será uno de los dos ejes centrales de este capítulo. La autora lleva a cabo un análisis exhaustivo de la legislación urbanística autonómica para poner de relieve cómo en ésta, pese a dominar una dinámica convergente, no son escasas las muestras de divergencia en aspectos muy variados. De la normativa autonómica ha de destacarse, como así lo hace la autora, por su novedad y

singularidad, los «Programas de Actuación Integrada» (PAI) recogidos en la Ley 16/2005 de la Comunidad Valenciana, y los «Programas de Actuación Urbanizadora» (PAU) dentro de la Ley Foral 35/2002 de Navarra.

Dada la imposibilidad de realizar en estas líneas una completa delimitación de los mismos, indicar sobre el primero de ellos (PAI) que son planes que pueden derivar de iniciativa privada —ya sea propietario o no—teniendo como finalidad la ejecución de actuaciones integradas fijando los plazos, condiciones, cargas de urbanización, etc. concretando sus compromisos y garantías y designando al urbanizador. Sobre este último punto indica la autora que, en ningún caso, la normativa autonómica requiere una clasificación especial para ser urbanizador, a diferencia del empresario constructor, que es el responsable de ejecutar el proyecto de urbanización aprobado por la Administración. En referencia a los PAUs, señalar que es un sistema vinculado al del agente urbanizador pero al que la legislación navarra atribuye la consideración jurídica de junta de compensación, debiendo destacarse que la adjudicación de la ejecución de un PAU ha de formalizarse mediante convenio urbanístico a suscribir por la Administración, el urbanizador y aquellos que hubiesen asumido compromisos en la ejecución.

En atención a los proyectos de urbanización y de equidistribución han de subrayarse las distintas apreciaciones que la autora realiza en orden a la delimitación de las diferencias existentes entre un proyecto de obra ordinaria y un proyecto de urbanización, pues en ocasiones, por imprecisa redacción de la normativa autonómica, el segundo puede identificarse con el primero. Los principales puntos divergentes entre una figura jurídica y la otra radican en que el proyecto de obra ordinario no tiene carácter de integral con respecto a todos los elementos de la urbanización, como sí lo tiene el proyecto de urbanización, que se circunscribe a una unidad o polígono de actuación incluyendo un proyecto de equidistribución, sin el cual aquel sería considerado nulo. En añadido, todo proyecto de urbanización responde a un interés general, por lo que éste no requiere de licencia o pago de tasas e impuestos, situación que sí se produce en el proyecto de obras ordinario. En definitiva, la autora concluye que el proyecto de urbanización no es más que un acto administrativo de aplicación de los planes urbanísticos, de naturaleza no normativa y de vigencia limitada pues se agota con su ejecución. Es lo que se ha dado en denominar «acto ordenado».

«Régimen jurídico especial de la actividad urbanística objeto del contrato de obras: análisis del contrato de obra urbanizadora y de su carácter singular frente a la obra pública ordinaria» es el título que encabeza el penúltimo capítulo de esta monografía. A lo largo del mismo, la autora analiza en qué medida es aplicable la normativa contractual en la ejecución del planeamiento, con especial atención al caso de los «contratos administrativos especiales» pues

en éstos rigen en primer término las disposiciones urbanísticas autonómicas y supletoriamente la normativa estatal, con excepción de los preceptos de carácter básico de aplicación directa del TRLCSP.

En referencia al régimen jurídico de la ejecución de obra urbanizadora, la autora expresa con suma claridad y precisión que la contratación de obras de urbanización por una junta de compensación o ente asimilado —comisión gestora, agrupamiento de interés urbanístico, junta de reparcelación, etc.—, estará condicionada y le será aplicable la normativa de contratación pública, en función de la consideración de la actividad de la junta como «*una actividad de servicio público o privada, derivada del derecho de propiedad, o se atiende, preferentemente, al carácter de obra pública de la obra urbanizadora, como así lo hacía el TJUE en su Sentencia La Scala*».

La plasmación práctica de esta afirmación radica en diferenciar entre la ejecución de la obra realizada por la propia junta y los casos en los que es adjudicada a un tercero. En el primer caso, la autora considera que nos encontramos ante un supuesto de autoadministración similar a la gestión directa de la Administración donde no sería aplicable el TRLCSP. En el segundo, tanto considerando a la obra de urbanización como una obra pública o a la junta como poder adjudicador (art. 3.3.b. TRLCSP), pues satisface un interés general bajo el control de un poder adjudicador —la Administración municipal— no existiendo carácter mercantil o industrial, la realización de la obra ha de someterse a la legislación contractual pública *exclusivamente* en lo relativo a la preparación y adjudicación del contrato.

Tras realizar un interesante repaso por la importancia y significado de los tres sistemas tradicionales de ejecución de obra urbanizadora —compensación, cooperación y expropiación—, la autora dedica la parte final del capítulo al tratamiento de figuras jurídicas siempre discutidas en el plano urbanístico, como son los convenios urbanísticos, la figura del agente urbanizador o la concesión de obra urbanizadora, poniendo de manifiesto las diferencias que en la regulación de éstas se pueden apreciar en las normativas autonómicas.

Como broche final a esta monografía, se brinda una especial atención a la aplicación de las TICs en los procesos de contratación y urbanísticos, con un quinto capítulo que lleva por título: «La utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en la actividad urbanística y contractual vinculada a la planificación y gestión del suelo».

Considerando la importancia que al uso de las TICs por parte de las diferentes Administraciones Públicas se le ha dado desde instancias comunitarias, identificándose como uno de los medios para la consecución de los objetivos de desarrollo del mercado interior, sostenibilidad o reducción del impacto ambiental, expuestos más recientemente a través de la comunicación de la Comisión

«i2010: Una sociedad de la Información Europea para el crecimiento y el empleo», la autora muestra el desarrollo limitado que en este campo presenta la normativa española, situación que en ningún caso contribuye a poner fin a la opacidad de la que en cierta medida gozan los sectores analizados.

A tal efecto, se estudia la regulación del uso de las TICs contenida en tres normas legales: la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP); el Decreto Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y el TRLCSP para acabar concluyendo que, «*de un lado, aún queda un largo camino por recorrer para lograr una implantación generalizada de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en el sector público; y, del otro, [destacar] la enorme trascendencia de la utilización de las TICs en la consecución de la debida transparencia en la efectividad de los derechos de información y participación ciudadana en los distintos procedimientos administrativos y, en especial a los contractuales*».

La obra de GÓMEZ MANRESA se presenta como un estudio de detalle sobre la articulación de la legislación contractual en las siempre tan complejas relaciones urbanísticas. En él, la autora muestra un dominio exquisito de las distintas fuentes normativas que tienen reflejo en los sectores del urbanismo y contratación pública. Desde una cuidada plasmación de los más recientes pronunciamientos de la Comisión Europea en materia de contratación pública (informes, comunicaciones...), hasta un exhaustivo análisis de todas y cada una de las legislaciones urbanísticas autonómicas, poniendo sobre la mesa sus defectos, sus virtudes, sus semejanzas y sus diferencias, completado todo ello con el recurso a los más variados pronunciamientos jurisprudenciales que ponen de manifiesto la elevada litigiosidad en este campo, así como la lamentable carencia —en ocasiones— de una interpretación unidireccional de la norma.

Sin más, remitir a la lectura de esta monografía pues bien seguro aportará luz en una materia marcada por cierto *oscurantismo*, y de la cual no ha podido hacerse aquí más que un pequeño esbozo dada la multiplicidad de aspectos a destacar imposibles de resumir en tan pocas líneas.

David ARJONES GIRÁLDEZ

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Civitas, 2012.

Una vez más, el buen hacer científico del profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN nos brinda una nueva obra, esta vez un completo tratado sobre los bienes públicos que, muy acertadamente, lleva por título *Sistema jurídico de los bienes públicos*, y que publica la prestigiosa editorial Civitas.

El propio autor explica en su Presentación cómo ha sistematizado todo el complejo entramado de su contenido.

La misma se estructura en ocho capítulos, agrupados en una parte general, en la que se analizan los conceptos e instituciones comunes (primeros cuatro capítulos), y otra, especial, que centra su foco de atención en los principales sectores que integran los bienes públicos, concretamente las costas, las aguas, las minas y los montes (capítulos IV a VIII respectivamente), escogidos porque, pese a que los mismos constituyan una especialidad muy desarrollada, su examen «... nos permiten comprender las características de los diferentes ámbitos de intervención administrativa estudiados» (p. 15).

Discrepamos con el eximio profesor de la consideración que tiene de su estudio como «una exposición de los elementos esenciales del régimen jurídico de los bienes públicos». Bien al contrario, el mismo no es una mera descripción neutral de los perfiles jurídicos de una de las más interesantes instituciones del Derecho administrativo, sino que aporta interesantes novedades y reflexiones en orden a su cabal conocimiento.

Por ejemplo, en cuanto a la categorización de estos bienes, el autor incluye entre la tipología de los mismos, además de las tradicionales dominio público y patrimoniales, la de las cosas comunes y la de los bienes de interés público. Las cosas comunes vendrían integradas por aquellas que no pertenecen ni pueden pertenecer a nadie, siendo objeto de regulación jurídica cuando se hallen en situación de agotamiento o sobreexplotación, si son cosas materiales, o a fenómenos de exclusión o privatización en caso de inmateriales (lo que en Derecho internacional público se define como «patrimonio común de la humanidad») (pp. 34 ss.). Por su parte los bienes de interés público serían aquellos que pueden ser tanto de propiedad pública como privada, siendo el aspecto determinante de su carácter público el relevante interés general en la conservación del bien y su disfrute colectivo (como lo es el patrimonio histórico o cultural, el patrimonio natural o los montes) (pp. 48 ss.).

De enorme interés resulta también la técnica que el autor plantea para poder ordenar la diversidad de contenidos que presentan estas cuatro clases de bienes: En un símil con la escala de demanialidad que preconizó DUGUIT introduce, con mayor amplitud que ésta, una nueva gradación para distinguir los distintos niveles de relación de las cosas con la esfera pública, y que denomina «escala de publicidad de las cosas», criterio que combina con el límite positivo —utilidades públicas— y negativo —prioridad de la propiedad privada— de las mismas. El empleo de ambas técnicas proporciona, a su juicio, no sólo «...criterios jurídicos para delimitar el ámbito de las cosas públicas, es decir, criterios para comprender y en su caso condicionar el alcance de los modernos (y en parte contradictorios) procesos de expansión, fortalecimiento o privatización de las cosas públicas», sino que también sirve como guía para «comprender la intensidad de las potestades públicas» y «calibrar el ajuste de tales potestades al ámbito de necesario desenvolvimiento de la propiedad privada en función de las utilidades públicas que prestan las cosas» (p. 53).

El texto del estudio abunda igualmente en la valoración crítica del régimen jurídico actual de los bienes públicos, de sus principios y reglas, a fin de ir identificando lo que el propio LÓPEZ RAMÓN denomina «excrecencias del sistema» o «protuberancias» que han ido surgiendo y consolidándose sin ninguna conexión con su fundamento. Estas apreciaciones se contienen bien en epígrafes específicos incluidos en algunos capítulos de la obra, bajo el título «Crítica» (pp. 94 y 155), bien en numerosos párrafos del texto, aportando, además, al debate doctrinal sus propias tesis.

Desde nuestro punto de vista, las cuestiones más interesantes que el autor somete a esta reflexión crítica son:

La inclusión en el dominio público de bienes con independencia de la trascendencia social de los mismos y la consiguiente traducción en la amplitud del conjunto de privilegios administrativos de los que gozan los bienes públicos, del que comienza advirtiendo que «sigue causando admiración en la doctrina» (p. 94). Si bien estos pueden justificarse en el caso del dominio público por las funciones de interés público que provee el mismo, resultan, sin embargo, «especialmente sorprendentes» cuando se aplican a los bienes patrimoniales, que no gozan de dichos avales (94 ss.), llegando a considerar esta situación como un «posible abuso de la institución» (p. 140), cuya utilización, por «ultradefensivas», pueden «llegar a colisionar con los principios básicos relativos al mismo» (p. 148).

Atendiendo a esta y a otras críticas doctrinales más aceradas, algunas de dichas exorbitancias han sido ya convenientemente limitadas por la propia reacción legislativa, la doctrina constitucional y la praxis de los tribunales de Justicia, como ha sucedido con la exención del embargo para determinados bienes privados de la Administración, que explica detenidamente el autor.

Las consideraciones anteriores no empecen, sin embargo, la inequívoca postura del profesor LÓPEZ RAMÓN a favor de la evitación de la consolidación de las propiedades privadas en bienes que conforman, con toda evidencia, el dominio público, ya sea por expresa declaración constitucional, caso de las costas, ya por decisión del legislador, en el resto de supuestos.

En este sentido reprocha algunas interpretaciones del régimen constitucional del dominio marítimo-terrestre que, amparándose en las opciones que la propia Ley de Costas, y en alguna jurisprudencia tanto de tribunales de lo contencioso-administrativo como civiles, pretenden rehabilitar los procesos de apropiación de la misma, requiriendo, además, el explícito compromiso del legislador con los derechos privados adquiridos. Entiende el autor que, si bien estos enfoques son respetables, «sería una lástima que terminaran prevaleciendo» (pp. 189 ss.).

Otra crítica menos exacerbada, pero no por ello menos contundente, es la relativa al «permanente estado de cambio normativo» al que ha estado sometida la regulación jurídica del sector hidráulico. Esta situación, que implica que lo que hasta un momento dado estaba promovido, hoy pueda resultar prohibido, o que quien era radicalmente incompetente pase a convertirse en una autoridad exclusiva, o que objetivos previamente descartados se conviertan en principios generales, provoca que la lógica llame a centrar el foco de atención en el nivel de los planes y actuaciones que hagan realidad los objetivos sociales y ecológicos prometidos en la legislación (p. 240).

Asimismo, cabe destacar la oposición del autor a la tradicional consideración de las concesiones demaniales como actos administrativos unilaterales necesitados de aceptación por sus destinatarios, opinión que, a su entender, se contradice con la actual legislación contractual y los efectos propios de las mismas, que parecen ser los característicos de los contratos (p. 156), o su opción porque sean estrictas razones de interés público las que permitan a la Administración hacer uso de la cláusula de precario, cláusula de la que, por otra parte, y a su juicio, se puede derivar la obligación resarcitoria por parte de la misma, por ejemplo, «cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad», que LÓPEZ RAMÓN asimila a la adopción de «nuevos criterios de apreciación», circunstancia que sí resulta indemnizable con arreglo al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (p. 158).

Finalmente, censura el catedrático los inconvenientes que suscita el excesivo establecimiento de reglas generales en que incurre la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, reglas que, pese a su generalidad, pueden ser, y de hecho son, exceptuadas por normas especiales, lo que complica la determinación del régimen aplicable en ciertos supuestos (como el plazo máximo de duración de las autorizaciones sobre el dominio público), las

incongruencias que en ocasiones se perciben en el propio texto legal, como sucede con el plazo máximo de duración de las concesiones demaniales, o el abuso, en otras ocasiones, de reglas supletorias que terminan encontrando un ámbito propio de aplicación en relación con los bienes de dominio público cuyo aprovechamiento por particulares parece precisamente que ha de excluir, como la ausencia de régimen jurídico propio de la utilización de los edificios administrativos, lo que podría llevar a plantear si son susceptibles de concesión de uso privativo (pp. 158 y 159).

Para llevar a cabo este profundo análisis del régimen jurídico de los bienes públicos, el autor adopta la clásica metodología empleada en las obras jurídicas, resaltando el estudio de la diversidad de fuentes confluyentes para su cabal comprensión. De esta manera se incluye:

Un importante estudio de la evolución histórica. El mismo no es baladí ni obedece a un capricho metodológico del autor, sino que trata de vehicular la comprensión de los conceptos claves que conforman el diseño jurídico actual del patrimonio público. El propio autor así lo justifica cuando entiende que si se tienen en cuenta estos procesos históricos, no causará extrañeza el reciente tratamiento jurídico de ciertas categorías (pp. 71 ss.), o al señalar que los conceptos comunes a la variedad de categorías de bienes públicos «están condicionados por la evolución histórica que hemos tratado de resumir anteriormente» (p. 51).

De esta manera, en unos casos en epígrafes específicos —denominados «Trayectoria histórica», «Evolución», «Tradición»—, en otros desarrollada a lo largo del discurso del texto, se analizan los más importantes hitos jurídicos acaecidos en etapas precedentes, como la influencia de la herencia romana en ciertos temas, las consecuencias de las desamortizaciones, la consideración de las viejas estructuras administrativas y su traslación al contexto territorial constitucional, la sucesiva implicación de la Administración pública en sectores que hasta etapas muy recientes han estado en manos de la iniciativa privada (política hidráulica, privatizaciones...), etc. También se utiliza este recurso de manera pedagógica para explicar, por ejemplo, el régimen jurídico de los bienes comunales (pp. 160 ss.), la adquisición patrimonial (p. 115), el origen de ciertas incongruencias de la legislación administrativa con el Código civil en algunos puntos (p. 115), para entender por qué se han producido apropiaciones privadas en la costa (173 y crítica en 177), o para conceptualizar la confluencia de sistemas jurídicos en la regulación de los recursos mineros (p. 257 ss.).

Destaca, igualmente, un extenso manejo de la legislación aplicable a las instituciones analizadas, tanto del Estado, como la de las Comunidades autónomas —que supone ciertamente un ingente esfuerzo investigador que puede rayar en la esquizofrenia—, o las que regulan la situación en el ámbito local.

No obstante hay que advertir que estas referencias normativas no resultan en absoluto descriptivas, sino que sirven al profesor LÓPEZ RAMÓN para indagar los problemas interpretativos y de ejecución que las mismas suscitan.

Son utilísimas las constantes indicaciones jurisprudenciales, que no consisten, por otra parte, en una mera enumeración de decisiones judiciales que en nada ilustrarían el tema considerado, sino que se abordan en cuanto puedan aportar algún contenido al análisis conceptual, doctrinal o normativo que el libro ofrece.

También hay que subrayar las continuas llamadas del autor a otras ramas del Derecho que están indisolublemente ligadas al esencial régimen jurídico administrativo de los bienes públicos y sin las cuales resulta imposible, hoy en día, abordar una cabal explicación del mismo. En este sentido son muchas las reflexiones sobre reglas ambientales y urbanísticas (exigencias ecológicas en materia de aguas —pp. 213 ss.—, urbanismo en la costa —pp. 198 ss.—, medio ambiente como interés público concurrente en relación con las minas —pp. 269 ss.—, medio ambiente y urbanismo en este mismo sector —pp. 279 ss.—, etc.), pero también, como no podía ser de otra manera, acerca de normas civiles (tratamiento por este orden jurisdiccional de las apropiaciones privadas en el dominio marítimo terrestre e hidráulico (pp. 190 y 231, por ejemplo), y tributarias (cánones de aprovechamiento de bienes públicos, recuperación de los costes de los servicios relacionados con las gestión de las aguas —p. 239—, etc.).

Contiene todo el texto continuas referencias a otros Derechos, especialmente de los regímenes jurídicos más próximos al nuestro: los sistemas italiano, francés y alemán, en cuyo análisis se basa para establecer una interesante comparativa con las reglas previstas en nuestro ordenamiento.

Una extensa bibliografía sustituye en la obra a las notas a pie de página (aunque en algunos casos en los que se quiere reflejar una determinada y cualificada opinión doctrinal se acude al modo de cita anglosajón). La misma se incluye tanto en un título específico insertado a continuación de la presentación de la obra («Bibliografía general»), pero también como un epígrafe más de cada uno de los capítulos que integran el trabajo. Esta última aparece bajo el título «Orientación bibliográfica», recogiendo la relativa a los asuntos más interesantes y a los temas más polémicos en ellos considerados.

Es de justicia señalar, por el enorme esfuerzo investigador que supone, la adecuación de las reflexiones contenidas en el libro a los pronunciamientos normativos y jurisprudenciales más actuales. Significativamente, el autor analiza la incidencia de la Directiva europea de servicios en la liberalización de los títulos jurídicos exigibles para la utilización singular de los bienes públicos (p. 153); examina, asimismo, las recientes decisiones del Tribunal Constitucional

BIBLIOGRAFÍA

que atribuyen al Estado la competencia exclusiva del Estado sobre las cuencas hidrográficas intercomunitarias del Guadalquivir y el Duero, y las subsiguientes «tensiones» competenciales generadas a raíz de las mismas (pp. 216 y 217); o valora la introducción de los modernos mecanismos de mercado para una gestión más eficiente de determinados bienes, como las aguas —«mercado del agua» (pp. 241 y 242)— y los montes —certificación forestal de determinados productos (pp. 310 y 311)—.

En definitiva, nos encontramos ante un auténtico sistema completo, exhaustivo y riguroso sobre el régimen jurídico de los bienes públicos, que contribuye no sólo a una mejor comprensión de las categorías jurídicas incluidas en este institución, sino también al replanteamiento y valoración crítica de cuestiones generalmente aceptadas, incluyéndose, asimismo, propuestas que permitan su mejora.

Dirigido, por consiguiente, a todos los que tengan una inquietud intelectual por conocer o profundizar en este auténtico complejo entramado jurídico: doctrina, pues facilita la discusión académica, docentes, ya que supone una herramienta de primer orden para ahondar en un tema clásico del Derecho administrativo que permite el estudio y preparación de las nuevas asignaturas de grados y postgrado, estudiantes, puesto que resulta muy didáctico, tanto en un nivel general como en uno más desarrollado, y profesionales del Derecho, que podrán enriquecer la consideración de ciertos temas con la hermenéutica propuesta.

M^a Consuelo ALONSO GARCÍA

PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio: *Un siglo protegiendo los montes: el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza (1905-2008)*, Zaragoza, Diputación Provincial de Zaragoza, Colección «Estudios-Geografía», 2010, 173 pp.

El autor, Doctor Ingeniero de Montes y Decano territorial en Aragón del Colegio de Ingenieros de Montes desde el año 2002, da continuidad con este libro a la obra que ya inició en su anterior publicación, *En busca de los montes ocultos. Investigación y catalogación de los montes públicos en la provincia de Zaragoza (1855-1905)*, que fue galardonado con el VIII Premio de Ensayo «Benjamín Jarnés» concedido por la Diputación Provincial de Zaragoza y cuyo contenido tuve el honor de reseñar ya en el número 33 de esta REVISTA, correspondiente a diciembre de 2008.

Abre el autor este segundo libro con una cita de VALLE-INCLÁN, entresacada de *La Corte de los Milagros* («Se puede robar un monte y no se puede robar un pan. ¡Eso es la España!»), que ilustra ya esa continuidad con su anterior obra.

Ambos libros, junto con su anterior obra *Catalogación, deslinde y amonajamiento de montes de utilidad pública* (publicada en el año 2006 por el Ministerio de Medio Ambiente en su colección 'Serie forestal-Naturaleza y Parques Nacionales'), se enmarcan en la línea de los trabajos que sobre el régimen jurídico de los montes catalogados se han publicado en los últimos años (caso de la obra de CALVO SÁNCHEZ, sobre su génesis histórica) y son básicos en su conjunto para comprender la evolución del régimen jurídico y de las instituciones vinculadas a la defensa de la propiedad forestal en nuestra Nación a lo largo de los dos últimos siglos —desde el advenimiento del Estado liberal hasta nuestros días—, presupuesto de su gestión, así como para vindicar la consecuencia material de sus logros.

En el libro aquí reseñado tales cuestiones se explican y exponen en paralelo y al hilo del estudio del concreto devenir del Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la Provincia de Zaragoza, que es utilizado a modo de laboratorio como significativo ejemplo del resultado de la aplicación de una determinada política administrativa —o de su omisión, de sus vaivenes y de sus trabas— en el ámbito local provincial, analizado desde sus antecedentes históricos remotos (referidos ya en su primera obra) y a partir de su creación hasta nuestros días.

La perspectiva a la que acude el autor permite observar la incidencia cierta que, en la salvaguarda de la superficie y del patrimonio forestal y de los distintos ecosistemas vinculados al monte, han tenido a lo largo de un siglo el conjunto de medidas legislativas —la ley que es transformadora y nunca es neutra en cuanto ordena, regula y se proyecta sobre un determinado ámbito de realidad— y de actuaciones públicas —la aplicación y ejecución de la ley que exige, junto a la voluntad política previa en su promulgación, la posterior continuidad de la acción política y la voluntad favorable de los sujetos y agentes a los que se dirige—, con sus aciertos, errores y disonancias, gracias al régimen de protección legal resultante de la catalogación.

El Catálogo de Montes de Utilidad Pública ha sido y es un instrumento de orden principal en la defensa de la propiedad forestal que ha permitido dotar de base cierta a la gestión forestal y, con ello, a la ejecución de una política que se predefine sobre el principio de la función social del objeto sobre el que recae dicha propiedad y del interés público subyacente, ya plenamente reconocido mediante la demanialización *ex lege* de los montes declarados de utilidad pública que efectúa la legislación vigente.

Inicia el autor la segunda parte de su obra en aquel momento en el que dejó concluido su primer libro, en el año primero del siglo XX, después de haber relatado —bajo los tintes casi heroicos de la vida de los primeros Ingenieros del Cuerpo de Montes— la intensa pugna política y administrativa que se había mantenido a lo largo de casi cincuenta años entre los Ministerios de Hacienda y de Fomento, una vez que se había alumbrado ya la creación del Catálogo como expresión del triunfo último de las tesis conservacionistas y de la consolidación en la organización administrativa del Cuerpo de Ingenieros de Montes frente al planteamiento inicial del Ministerio de Hacienda, que giraba sobre las tesis desamortizadoras, meramente tácticas y sujetas a un planteamiento economicista de escaso alcance para el interés de España.

La introducción de la obra enlaza ya con el anterior libro del autor, refiriendo sucintamente las expectativas abiertas en el instante del duro y costoso triunfo del Cuerpo de Ingenieros de Montes sobre las tesis de Hacienda, momento en el que *«el caciquismo aún no ha sido vencido, impera por doquier, la lucha, aunque atenuada, subiste, y los abusos y falta de respeto a la propiedad forestal son aún grandes»* (cita de la Revista de Montes del año 1901, p. 3), explicando la finalidad que persigue y el objeto de la obra.

El Catálogo se iba a convertir, como registro público de los montes no enajenables consustancialmente vinculado a un régimen de legal garante y protector de la propiedad forestal, en uno de los instrumentos fundamentales en la gestión y ejecución ulterior de una política forestal digna de ese nombre que sirviese de elemento de impulso y desarrollo socio-económico para el medio rural.

De este modo se asumían los anhelos regeneracionistas surgidos ante los primeros síntomas de los vicios estructurales consustanciales al sistema social y político-administrativo nacido de la Restauración borbónica, ya que en última instancia el Catálogo serviría de instrumento esencial para la salvaguarda del patrimonio natural español y de los recursos y ecosistemas que le son propios: función cumplida que tan certeramente el autor califica en su libro como un verdadero *milagro administrativo*.

Como escribía ya en esos años nuestro JOAQUÍN COSTA, frente al 'hacha desamortizadora' «*es la repoblación, en suma, el primer deber de la generación actual española. Sin ella España será un inmenso yermo*» (*El arbolado y la Patria*, capítulo IV, «Efectos de la despoblación forestal en el Alto Aragón», Biblioteca Costa, Madrid, 1912, en su edición electrónica publicada en los fondos bibliográficos de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico).

Del ánimo purificador que proyectó el Regeneracionismo en el torturado espíritu de España —y en su ser histórico, aunque ni su intelectualidad ni sus cuerpos técnicos más capacitados pudieran evitar la grave convulsión posterior que sacudió a su cuerpo social y político— y del alcance e importancia de ese *milagro* —la supervivencia del Catálogo y el régimen legal que lo configura— da idea la imagen asociada a las cifras: de 7.136.000 hectáreas que ocupan actualmente los montes de utilidad pública en el conjunto de España, 1.020.000 hectáreas corresponden a montes sitios en la Comunidad aragonesa, que coinciden en su función ecológica con las cifras de nuestro patrimonio natural y engloba en su superficie numerosos espacios naturales protegidos bajo las diversas categorías legales que operan en los distintos niveles de administración (europeo, estatal y autonómico).

La estructura de este segundo libro sigue fielmente en sus distintos capítulos los hitos que jalonaron la intensidad histórica que el siglo XX tuvo en la vida colectiva de nuestra Nación, cuya crisis secular alcanzó su cenit con la Guerra Civil, y que, al incidir sobre las estructuras e instituciones jurídicas, dieron lugar a sucesivos cambios constitucionales cuyo reflejo se proyectó en la organización del Estado, en la configuración competencial de sus distintas Administraciones y en la determinación de las políticas públicas sectoriales.

Fue la definición y ejecución de la política forestal el ámbito material en el que los Ingenieros del Cuerpo de Montes vinieron a desempeñar de nuevo una misión fundamental para la supervivencia de los montes públicos en España, salvaguardando su papel ecológico en la defensa y conservación de la naturaleza mediante la reforestación, asumiendo en suma la condición de abandonados de la funcionalidad que lo forestal y el medio natural desempeñan en la ordenación y estructuración de un territorio y como medio para la generación

de una variada fuente de riqueza y de recursos que, en la actualidad, ya no quedan circunscritos a la mera explotación dasocrática del monte.

Luego de declarar sus intenciones el autor agrupa en sucesivos capítulos los distintos periodos que se corresponden al devenir histórico del siglo: los orígenes del Catálogo provincial de Zaragoza (1855-1906); las dificultades del proceso de catalogación de montes derivadas del mantenimiento de dualidades competenciales entre los distintos ministerios (Hacienda y Fomento) y de la necesidad de identificar los denominados 'montes ocultos' hasta llegar la primera gran ampliación del Catálogo ante la reforma de la legislación local, concluyendo en el momento en el que se inicia el periodo republicano (1906-1931); los trabajos de catalogación durante la Segunda República, con el papel jugado por la Sexta División Hidrológico-Forestal vinculada a la gestión de la cuenca del Ebro, y al primer intento de rectificación general del Catálogo que concluye en el denominado Catálogo *non nato* zaragozano, hasta el comienzo de la Guerra Civil (1931-1936); las novedades legislativas y organizativas introducidas por el Régimen que surge de la contienda hasta la creación el Instituto de Conservación de la Naturaleza, en un amplio periodo que abarca hechos sustanciales como la creación del Patrimonio Forestal del Estado, la importante reforma de la legislación de montes (el cuerpo normativo que conforman la Ley de 1957 y su Reglamento de 1962), y la diseminación de las competencias en materia de montes entre diferentes entidades y servicios estatales (1939-1971); y, finalmente, un último periodo que, desde 1971 y llegando hasta nuestros días, comprende la creación del Instituto de Conservación de la Naturaleza y el cambio que supuso en la tradicional organización de la Administración forestal, las novedades legislativas posteriores y la incidencia fundamental del desarrollo de la organización territorial del Estado surgida de la Constitución de 1978, así como las reformas legislativas consecuentes a la transferencia de las competencias en materia de montes a la Comunidad Autónoma y la desconcentración ulterior de la organización forestal en el seno de la Administración regional, concluyendo finalmente en la culminación de los trabajos de revisión general del Catálogo provincial, aprobada por Decreto 58/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón.

Del conocimiento y participación directa en esta última revisión general da fe el autor en su condición de Ingeniero-Jefe del Equipo de Defensa de la Propiedad en el Servicio Provincial en Zaragoza del actual Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno autonómico, quien ha sido, junto con su equipo —en otro empeño más, vinculado a su sobresaliente personalidad y carácter—, impulsor de los trabajos dirigidos a tal fin, los cuales se hallaban paralizados desde finales de los años sesenta del siglo anterior y yacían huérfanos de cualquier impulso administrativo digno de tal nombre.

Concluye la obra con el análisis temporal y espacial del Catálogo provincial que recoge una exposición cumplida del proceso de catalogación de montes en la provincia de Zaragoza mediante datos objetivos agrupados en distintas tablas y gráficos, así como con un epílogo sobre las previsiones de futuro en la gestión forestal (y, en particular, para la llevanza del Catálogo y los nuevos impulsos de catalogación) a la luz de la nueva normativa forestal y conforme a la Estrategia Forestal Española de 2002, al Plan Forestal Español para el periodo 2003-2033 y, en el ámbito de nuestra Comunidad, al Plan Forestal y de Conservación de la Biodiversidad de Aragón, aprobado por el Gobierno de Aragón hace ya más de diez años.

El libro se completa asimismo con un amplio número de notas a pié de página (entre las que destacan las que dan a conocer, mediante apuntes breves, la biografía de los prestigiosos Ingenieros de Montes que han obrado, a lo largo de estos más de cien años, el *milagro administrativo* que nos desgrana el autor), una extensa referencia bibliográfica (que comprende archivos, boletines oficiales y un amplísimo elenco de autores y obras relacionadas), y una numerosa relación de fotografías (que incluye la copia de facsímiles de boletines y hojas del Catálogo e imágenes de parajes, trabajos de campo y obras propias de la Ingeniería forestal).

El contenido de la obra nos refleja —como tan certeramente manifiesta su autor— «...intentos que se truncan, órdenes que se repiten una y otra vez, o intuiciones acertadas que tardan décadas en lograr el apoyo político o presupuestario para transformarse en realidades» (pp. 13 y 14), pero, ante todo, deja adivinar de nuevo entre líneas el trabajo silente y propio de los sujetos que actúan en cada momento histórico y que esconden en su intención —como ya puse de manifiesto al reseñar su anterior libro— «...un servicio al interés general cuyo resultado sólo se alcanza a ver desde la perspectiva histórica del tiempo y deja una herencia material de progreso futuro» (Revista Aragonesa de Administración Pública, número 33, diciembre 2008, p. 414).

Desde esa visión, los Reales Decretos de 1 de febrero de 1901 constituyeron un primer hito fundamental en la reforma de la legislación forestal y *el principio del fin* de la tensión decimonónica que había venido enfrentando a los Ministerios de Hacienda y de Fomento, publicándose la lista de los montes que formaban el *Catálogo de los montes y demás terrenos forestales exceptuados de la desamortización por razones de utilidad pública* (el denominado 'Catálogo definitivo'), estableciendo en su conjunto medidas jurídicas concretas de defensa de la propiedad de los montes catalogados que excluían ya, por efecto de la catalogación, la posibilidad de su venta y configurando el esquema de una propiedad protegida y sujeta a una gestión reforzada como caracteres sobre los que, en expresión de un principio de funcionalidad, pivota el régimen de la propiedad forestal en su origen.

Entre esas medidas de régimen jurídico destacaban la atribución de la 'custodia' de los montes catalogados al Ministerio de Fomento y la competencia del ejercicio de la potestad sancionadora a los Ingenieros Inspectores del Cuerpo de Montes; el mandato para su inscripción en el Registro de la Propiedad; y, sobre todo, la presunción de titularidad a favor de la entidad a la que se asignaba su pertenencia en el Catálogo, mantenida hasta que fuese vencida en juicio sobre propiedad y vinculándose su efectividad al ejercicio de las competencias de orden público atribuidas a los Gobernadores.

Durante ese primer escenario que, partiendo del citado régimen normativo, delimita el periodo comprendido entre los años 1905 y 1924, destaca la aprobación con plena eficacia del Catálogo zaragozano por Real Orden de 10 de octubre de 1905 (modificada luego por Real Orden de 16 de mayo de 1906), que incluía doscientos sesenta y dos montes en 232.337 has. de superficie.

Se reseña, pues, la continuación de los trabajos de detección de 'montes ocultos': esto es, aquéllos cuya existencia como propiedades públicas era desconocida para la Administración del Estado y que, por tanto, no habían sido objeto de clasificación en el año 1897 por la Comisión mixta Hacienda-Fomento de entre los que tenían 'utilidad pública' y aquéllos que carecían de ella.

No obstante, los montes, aunque se detectasen como públicos, no pudieron aún declararse de utilidad pública durante ese período, quedando 'pendientes de clasificación' dado el lastre que suponía todavía, aunque atenuada, la tradicional disputa competencial entre los dos sectores de la Administración (el forestal y el hacendístico).

Adicionalmente, la Ley de 24 de junio de 1908 para la repoblación de los montes públicos y de particulares y su Reglamento 'provisional', aprobado por Real Decreto de 8 de octubre de 1909, tuvieron por finalidad la promoción de la repoblación forestal y la conservación de los valores hidrológico-forestales, recogiendo ya —según lo manifestado, como principio esencial que, asimismo, informará la sucesiva legislación forestal— este criterio de la funcionalidad en detrimento de la titularidad como condición de atribución de la gestión forestal a la que se vinculaban las denominadas 'zonas forestales protectoras'.

En estas 'zonas forestales protectoras' se incluirían —después de las dudas de interpretación legal que lastraron la aplicación de la anterior normativa— los montes de utilidad pública, los montes de titularidad estatal o que hubieran sido adquiridos para la realización y ejecución de trabajos hidrológico-forestales, y los montes públicos no catalogados que, no obstante, al entenderse 'protectores' deberían adquirir la categoría de catalogados mediante su inclusión en el Catálogo, generándose, por contraposición, la categoría del monte 'protector' para

los montes privados ubicados en una zona protectora, figura complementaria a la del monte catalogado, monte público en zona protectora.

(Esta categoría del monte protector surgida de la anterior distinción, pese a su engarce y alcance, ha tenido un escaso desarrollo en la legislación forestal posterior, máxime si atiende a las posibilidades que habilita el artículo 33.2 de la Constitución).

Pero aún en la importancia del anterior hito normativo y la finalidad perseguida por la reforma su aplicación no pudo ser inmediata: no documenta la obra hasta el comienzo de los años veinte intentos significativos de incluir en el Catálogo aquellos montes públicos con valores para ello y que, sin embargo, no se encontraran comprendidos en la relación del año 1901.

En esta década en la que se produjo la derrota definitiva de las tesis que propugnaban la desamortización forestal (el Real Decreto de 3 de marzo de 1917 suspendió la aplicación de las leyes desamortizadoras a los bienes de los Ayuntamientos y de las Diputaciones Provinciales) y, a modo de reacción administrativa última, tuvo lugar la solución de los problemas burocráticos causados por la disputa con la Hacienda pública, así como la reforma de la legislación de régimen local que atribuía al Ministerio de Fomento la gestión de los montes públicos, fueran o no de utilidad pública, en virtud del Real Decreto de 4 de junio de 1921.

Como consecuencia de lo anterior la catalogación de los montes públicos pudo por fin impulsarse mediante la propuesta de trabajos aprobada por Real Orden de 1 de diciembre de 1922 (detallada en la Circular posterior de 21 de diciembre de 1922), que pretendía la declaración de utilidad pública de los montes no incluidos en el Catálogo de 1901 (tanto enajenables, como las dehesas boyales y los montes de aprovechamiento común), todo ello con la finalidad de corregir la clasificación de montes que se había practicado por la Comisión mixta Hacienda-Fomento en 1897 y que había excluido numerosos montes susceptibles de haber sido catalogados dadas sus características (al haber actuado la Comisión en contra del criterio de los distritos forestales provinciales que conocían el territorio), y que permitía la declaración de utilidad pública de los montes 'investigados y no clasificados', facilitada ya ante la inexistencia de la oposición del Ministerio de Hacienda.

Sin embargo, los intentos de catalogación derivados del nuevo impulso normativo fracasaron en su inicio (años 1923-1925) en la provincia de Zaragoza pese a los esfuerzos de su Distrito Forestal, siendo la causa de tal fracaso el erróneo comienzo de los trabajos de catalogación, que se dirigieron sobre montes no investigados que tenían *apariencia* de titularidad pública debido a la existencia de aprovechamientos consuetudinarios de los vecinos, pero que en realidad eran propiedades privadas indivisas: los montes de sociedades

de vecinos o 'montes de socios' cuyo origen se encontraba en los intentos de algunos vecindarios de evitar las consecuencias de la desamortización de los bienes comunales mediante la compra por los propios vecinos de los bienes sacados a subasta por el Estado.

Asimismo la descentralización local que introdujo el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 (el conocido como 'Estatuto de Calvo Sotelo'), mediante la atribución al municipio de la competencia 'exclusiva' en materia de montes, planteó el problema de la incapacidad municipal para asumir la gestión de los montes de utilidad pública de su propiedad.

Pese la literal rotundidad de la afirmación legal de su 'exclusividad', la competencia quedaba subordinada, conforme a su artículo 150, a la «... *observancia de las Leyes Generales del Reino*» en forma semejante a la que delimita en la actualidad el ámbito de la autonomía local en el ejercicio de las competencias que le atribuye la legislación de régimen local estatal y autonómica vigente bajo los límites refrendados por el Tribunal Constitucional.

El alcance de la atribución competencial se clarificó por vía reglamentaria en el Reglamento sobre la Hacienda municipal de 24 de agosto de 1924 y por las Instrucciones para la adaptación del régimen de los montes de los pueblos al Estatuto Municipal, aprobadas por Real Decreto de 17 de octubre de 1925, que especificaban la exclusiva competencia del Estado en la gestión de los montes de utilidad pública y la función tutelar sobre ellos de la Administración forestal (defensa de la propiedad, regulación, control y autorización de los aprovechamientos), quedando en cambio excluidos de esa tutela y sujetos al principio de libre disposición municipal los montes de las Entidades Locales que no hubieran sido declarados de utilidad pública y, por consiguiente, también los que en ese momento se encontraban aún 'pendientes de clasificación'.

Los riesgos que resultaban de la nueva normativa, al excluirse de la gestión de la Administración forestal montes de valor forestal y ecológico que era necesario preservar más allá de la limitación de los intereses locales, determinaron una rápida reacción de la Dirección General de Agricultura, Minas y Montes que, por oficio de 6 de octubre de 1925, encomendó la rectificación de errores en la clasificación de los montes y que fue cumplida por el Distrito Forestal de Zaragoza.

En enero de 1926 se dio inicio a los trabajos para la ampliación de la catalogación ante la urgencia de la necesidad y al amparo de las citadas Instrucciones (que despejaban las dudas sobre las condiciones de la catalogación, simplificaban los procedimientos y establecían protecciones legales adicionales para los montes de utilidad pública, entre ellas la de la reclamación administrativa previa al ejercicio de la acción civil ante la Administración estatal siendo el Estado quien a partir de ese momento asumiría la legitimación pasiva en

el posterior proceso judicial sobre la propiedad del monte), que sirvieron de medio de reacción para evitar así las reticencias municipales a la catalogación, al control estatal de la regulación y ordenación de los aprovechamientos y a la acción repobladora que impedía el pastoreo de la ganadería local.

Al hilo de lo anterior se incorporaron al Catálogo provincial decenas de montes municipales, dándose cuenta en el libro de sus fechas y de la superficie y número de montes afectados, de cuyas cifras y cuadros se advierte la magnitud y el alcance del trabajo de los Ingenieros del Distrito Forestal zaragozano, quienes cumplieron con lo ordenado pese a la secular insuficiencia de medios y personal que padecía la Administración, a lo deficiente de sus instalaciones y al mal estado de los montes de la provincia: en menos de tres años (1926-1929) se logró ampliar el número de montes catalogados en un 27,1% (setenta y un montes de nueva declaración) y la superficie protegida en un 34,6%, (80.343 has. protegidas) ralentizándose los expedientes de catalogación a partir del año 1929 a causa de los trabajos de revisión y actualización del Catálogo de 1901.

Durante el periodo republicano (años 1931 a 1936) se da cuenta en el libro de la asunción por la Sexta División Hidrológico-Forestal de la iniciativa principal de los trabajos de catalogación.

Las Divisiones Hidrológico-Forestales habían sido creadas por Real Decreto de 7 de junio de 1901 con la finalidad de realizar labores de repoblación, extinción de torrentes y restauración de montañas en las principales cuencas hidrográficas de España, asumiendo competencias sobre los montes objeto de sus trabajos que coincidían con las atribuidas a los Distritos Forestales, por lo que la investigación sobre la propiedad de los montes en zonas sometidas a trabajos hidrológico-forestales daría lugar al afloramiento de nuevos montes anteriormente ocultos y a la propuesta para la declaración de su utilidad pública e inclusión en el Catálogo provincial (en la provincia de Zaragoza, dieciséis montes, quince de ellos municipales, durante el periodo comprendido entre los años 1932 y 1936).

Se resumen los resultados de las ampliaciones del Catálogo provincial en los doce años que discurrieron entre los años 1924 y 1936 (suma de la labor desarrollada por el Distrito Forestal y por la Sexta División), destacándose su importancia no sólo cuantitativa sino también cualitativa (salvuarda de montes comunales, montes desarbolados susceptibles de repoblación y de montes arbolados cubiertos con especies que no los excluían de la Desamortización según la legislación decimonónica).

Asimismo, durante dicho periodo se anticipó ya la cuestión relativa a la catalogación de los montes del Estado (tercera categoría de los montes incluidos en zonas protectoras) y la de los montes de la Confederación Hidrográfica

del Ebro, que quedaron sin catalogar pese a su evidente utilidad pública forestal.

La O.M. de 24 de abril de 1931 supondría un primer intento de rectificación general del Catálogo, necesario ya en tales fechas para determinar con precisión el objeto de la catalogación (su límite y su cabida superficial) y la adecuación del registro a la realidad extrarregistral, dadas las dificultades técnicas (ausencia de planos, etc...) y administrativas que se habían experimentado en la descripción de los montes durante el difícil periodo anterior —el 'combativo' siglo XIX— y el primer tercio del siglo XX —ante nuevas amenazas con origen en dudosas interpretaciones legales—, y que había provocado catalogaciones de muy escasa precisión en las que la urgencia y la falta de medios precisos privilegiaba la cantidad de bienes a registrar sobre el rigor y la calidad de los asientos.

La citada O.M. inició un proceso de rectificación de todos los Catálogos provinciales de España: dieciséis de ellos, una vez rectificadas, fueron publicados en forma de libro hasta 1935, libros que incluían los respectivos mapas provinciales de montes de utilidad pública, litografiados a color, a escala 1/300.000 y con curvas de nivel.

El proceso continuó tras la Guerra Civil y concluyó en la rectificación de veintinueve Catálogos provinciales más (esto es, hasta un total de cuarenta y cinco, durante el total del periodo comprendido entre los años 1931 y 1942), si bien no fueron publicados de la misma manera que los anteriores, pues ninguno de los cuarenta y cinco accedió al Boletín Oficial del Estado, ni sobre ellos recayó una clara aprobación administrativa con eficacia cierta para la modificación del registro público; de ahí su denominación en la obra como Catálogos *non natos*.

Durante este primer intento de rectificación —y en particular, de los trabajos llevados a cabo por el Distrito Forestal zaragozano que tuvieron su culminación en el Catálogo *non nato*— surgieron dificultades de gestión originadas en la falta de un procedimiento claro de rectificación general —un problema normativo—, así como en los desaciertos y el difícil cumplimiento de las instrucciones recibidas del Consejo Forestal como órgano jerárquico superior —un problema profundamente humano— que se exponen detenidamente en el libro y cuyo proceso el autor valora críticamente.

La conclusión de la Guerra Civil abriría un amplio periodo en la política de gestión forestal que abarcó hasta el año 1971 —momento en el que se creó el Instituto de Conservación de la Naturaleza— y durante el cual se produjeron cambios legislativos que fueron decisivos para el impulso de una política de gestión forestal en el conjunto del territorio nacional que partía, inicialmente, de la defensa de la propiedad forestal sobre el principio de su

interés público funcional coincidiendo así con los planteamientos regeneracionistas y todo ello a pesar de las grandes dificultades surgidas del conflicto —o, quizá, precisamente por la situación de emergencia nacional que obligaba a la conjunción de todos los esfuerzos por exigencias de la supervivencia— y que se veían agudizados —junto a esas necesidades derivadas de la reconstrucción nacional sobre una crisis secular que había alcanzado uno de sus puntos más álgidos con el enfrentamiento civil que siguió al fracaso histórico de la Segunda República— por los problemas derivados de la dispersión competencial o por el juego siempre subyacente de la política entendida y ejercida con minúsculas.

El Patrimonio Forestal del Estado se constituyó en 1941 como organismo autónomo cuya creación había sido propuesta ya en los años 1918 y 1919 y cuyos antecedentes directos entroncaban con la Ley republicana de 9 de octubre de 1935 y el posterior Decreto de 29 de agosto de 1939 y cuya constitución suponía la culminación, en su filosofía y finalidad, de un recorrido inverso al proceso al que se había seguido por causa de la Desamortización de Madoz durante la larga etapa del siglo XIX.

El Patrimonio iba a ser el instrumento para conseguir la ampliación de la propiedad forestal del Estado (en el periodo comprendido entre 1941 y 1971 la superficie de montes del Estado se incrementa en más de 558.000 has., puesto que pasa de 316.619 has. a 875.084 has.) y, con ello, de la disponibilidad de terreno para la ejecución de una política de reforestación orientada a la producción dasocrática y a la restauración hidrológico-forestal de nuestros montes que, finalmente, determinaría la realización durante un lapso de treinta años de una importante y constante labor de repobladora de la que se beneficiaron los montes de propiedad estatal y los montes de cualquier otra titularidad que estuvieran consorciados con el Estado para su repoblación.

Junto a su regulación mediante un régimen jurídico favorable el éxito de la labor repobladora del Patrimonio Forestal del Estado tuvo su razón de ser en la existencia de una clara voluntad política que proporcionó dotaciones presupuestarias para la aplicación del Plan Nacional de Repoblación Forestal redactado en 1939 —lo que permitió aplicar una política forestal rigurosa— y en un marco legislativo que establecía la obligación de repoblar zonas con graves problemas erosivos, motivos ambos que también respondían a objetivos de política socio-económica ya que la ejecución y realización de trabajos forestales constituía una medida efectiva para combatir el desempleo agrícola en municipios de economía esencialmente rural.

En el caso de los montes consorciados el artículo 18 de la Ley de 1941 que regulaba el Patrimonio Forestal del Estado establecía, como mecanismo legal único para la repoblación de montes no estatales, el otorgamiento de

consorcios con los propietarios cualquiera que fuese su titularidad como condición previa inexcusable para su repoblación.

Dicha medida legal tuvo por desgraciado efecto desligar la política de repoblación de la defensa de la propiedad forestal, ya que bastaba el otorgamiento del consorcio para que se procediese a la repoblación sin que fuera precisa para ello la declaración de la utilidad pública del monte, ni, por tanto, su catalogación, de modo que se desplazaba en apariencia la finalidad y función protectora de la catalogación como fundamento de la gestión posterior dirigida a la repoblación e incremento de la producción forestal, incorporándose al elenco específico de montes consorciados (que no gozaba de las garantías de régimen propias del Catálogo) un gran número de montes municipales que habían permanecido ocultos en su día a las investigaciones del Ministerio de Hacienda y a las del Distrito Forestal (99.265 has. en la provincia, de las que más de la mitad se correspondían con montes municipales de libre disposición).

Por otra parte, el Patrimonio, a través de su ámbito de competencia (montes del Estado y montes consorciados), vino a concurrir en el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de su finalidad institucional con las competencias sobre catalogación de las Divisiones Hidrológico-Forestales (montes incluidos en sus secciones de trabajo) y con las de los Distritos Forestales dependientes de la entonces Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial (montes municipales no consorciados), lo que dificultó, por esa compartimentación de las competencias forestales en distintos órganos y Administraciones (la general y la institucional), la actuación administrativa posterior hasta el momento en el que en el año 1952 se produjo la absorción por el Patrimonio Forestal de las Divisiones Hidrológico-Forestales y la superación, ya en el año 1971, de la duplicidad que aún existía entre ambas Administraciones (el Distrito Forestal y el Patrimonio Forestal del Estado) mediante la creación ulterior del Instituto de Conservación de la Naturaleza.

En este punto el autor se detiene y explica con detalle el denominado 'conflicto de Jaraba' a que había dado lugar la repoblación forestal del monte 'El Común' en el municipio, como ejemplo de conflicto negativo de competencia, así como las 'catalogaciones olvidadas' posteriores sobrevenidas por la desaparición de la Sexta División.

Centrándonos ya en los trabajos de catalogación de montes en la provincia de Zaragoza, el Distrito Forestal realizó un último y fallido intento de catalogación masiva de los montes que habían sido devueltos a la libre disposición municipal en el año 1926, tratando de incorporar al Catálogo los montes que habían quedado al margen de las catalogaciones masivas que habían tenido lugar entre los años 1926 y 1931 (iniciando expedientes referidos a cuarenta montes en el año 1942, con un total de 58.000 has.).

No obstante, el esfuerzo del Distrito Forestal fue finalmente rechazado en su conjunto por la Dirección General del ramo aduciendo argumentos de forma y de carácter procesal —ausencia de trámite de audiencia— que atendían en realidad a razones políticas ajenas a la motivación jurídica, —formal y aparente—, de ese rechazo (documentada la existencia de gestiones políticas directas ante el Ministerio para paralizar los expedientes), lo que llevó al Distrito a cesar, en la temprana fecha de febrero de 1942, su actividad catalogadora y a mantenerse en esa actitud durante los treinta años siguientes, centrándose desde entonces su actuación en la gestión de los montes de utilidad pública ya catalogados.

Por su parte, el Patrimonio Forestal del Estado, al amparo de la ley que lo regulaba, gozaba de facultades específicas que amparaban la catalogación como efecto implícito de la adquisición de la propiedad forestal por el Estado y del acuerdo de compra (en particular, el artículo 4 de la Ley de 10 de marzo de 1941), pese a que el artículo 8 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941, diferenciaba sobre procedimientos distintos el acto de formación de la voluntad administrativa para la adopción del acuerdo de compra y el acto de catalogación como acto posterior consecuente.

Esas facultades del Patrimonio se completaban por la Ley de 18 de octubre de 1941, sobre repoblación forestal de las riberas de los ríos y arroyos, que definía las riberas —las denominadas ‘riberas estimadas’, resultantes de su deslinde por la Administración forestal y afectas a un uso forestal— como bienes del Patrimonio Forestal del Estado procedentes de la práctica del deslinde y que quedaban igualmente sujetas a catalogación.

Las dudas generadas acerca de la posibilidad de la catalogación implícita de los montes consorciados, dada la contradicción que existía entre la Ley y el Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado, el mandato contenido en el artículo 4 de la Ley de 26 de mayo de 1944 (ley que estableció la dotación presupuestaria para permitir el posterior proceso de repoblación) y el artículo 8 de la Ley de Montes (hecho que para el autor explica la pasividad del Patrimonio en la catalogación de sus montes propios y de los montes consorciados públicos hasta el año 1961, que habría actuado durante todo ese tiempo en la creencia de la validez y eficacia de las catalogaciones implícitas), fue finalmente resuelta rechazándose como posibilidad legal, atendiendo para ello a los informes de la propia Administración forestal, al dictamen del Consejo de Estado y al informe de la Abogacía del Estado en la Asesoría Jurídica del entonces Ministerio de Agricultura, e iniciándose a partir de dicha fecha por el Patrimonio Forestal del Estado y a lo largo de la década (hasta el año 1969) una intensa campaña de catalogación de los montes de su propiedad y de las riberas estimadas pero de la que quedaron excluidos los montes públicos consorciados.

Adicionalmente en las palabras del autor «a finales de la década de 1950 y comienzos de la de 1960, un brillante grupo de Ingenieros de Montes realizó una tarea verdaderamente colosal y necesaria con verdadera urgencia desde hacía décadas, cual fue la de refundir y revisar toda la normativa forestal dictada a lo largo de más de un siglo, compilándola en dos textos de tanta calidad técnica como importancia legislativa: la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y el Reglamento de Montes aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero» por los que se elevaba el rango de las normas que establecían y regulaban el Catálogo y, con ello, el régimen de garantía de la propiedad forestal catalogada que, sobre los rasgos de inalienabilidad e inembargabilidad otorgados a los montes catalogados, les atribuían la condición de *demanio relajado* — hoy superada por la condición de demanialidad que, finalmente, se les confirió en la última reforma general de la legislación básica forestal en el año 2003— y por la que, profundizando en el principio de funcionalidad, la gestión de los montes de utilidad pública (ordenación, mejora, deslinde y amojonamiento, vigilancia y sanción) recaería de forma íntegra en la Administración del Estado, dotada de una mayor capacidad financiera y de medios personales, técnicos y materiales, así como se clarificaba el procedimiento para la declaración de la utilidad pública y se derogaba en su integridad el anterior cuerpo normativo (Ley de 24 de junio de 1908 y su Reglamento, el Real Decreto de 1 de febrero de 1901 y las Instrucciones de 1925).

La disolución del Consejo Superior de Montes en el año 1967 y la creación del Instituto de Conservación de la Naturaleza en el año 1971 conllevaron un cambio en la organización forestal tradicional y con ella la desaparición de los Distritos Forestales (que gestionaban los montes municipales no consorciados) y del Patrimonio Forestal del Estado (que gestionaba la propiedad forestal estatal y la de los montes consorciados), integrándose ambas estructuras dentro del nuevo organismo.

El Instituto contempló siempre como uno de sus objetivos la acción catalogadora de montes: así, en el borrador del *non nato* IV Plan Nacional de Desarrollo (1976-1979) incluyó como vía de actuación en materia forestal la declaración de utilidad pública de montes públicos, comprendiendo los comunales, los patrimoniales municipales y los propios de la Administración forestal.

Pese a ello, se produjo un descenso en dicho periodo en la acción catalogadora y, en general, en la actuación forestal pública, catalogándose en la provincia de Zaragoza en 1978 la última ribera deslindada y, hasta el año 1985, cinco montes del Instituto.

Ya en los aledaños de la aprobación de la Constitución de 1978, la Ley 5/1977, de 4 de marzo, de fomento de la producción forestal, constituyó un intento adicional de subordinar la titularidad de la propiedad forestal —ya fuera pública o privada— a su funcionalidad mediante la reforma del régimen de los

convenios de repoblación dotándolos de un contenido más favorable para el dueño de la propiedad, en línea continuada después por la Ley 22/1982, de 16 de junio, que derogó el artículo 18 de la Ley que regulaba el Patrimonio Forestal del Estado, permitiendo las repoblaciones sin consorcio en los montes de utilidad pública e incrementando la participación de las entidades propietarias en los beneficios de sus aprovechamientos maderables (que pasaron de un 33% a un 85%) y cuyo efecto consecuente fue el de favorecer la declaración de utilidad pública de los montes consorciados que habían quedado afectos a la actividad repobladora, vinculándose de nuevo la repoblación a la catalogación y, con ello, a la defensa de la propiedad forestal.

La descentralización política a la que dio lugar la organización territorial que posibilitaba la Constitución de 1978 conllevó la transferencia de las competencias en materia forestal a las Comunidades Autónomas una vez delimitada la atribución competencial sobre la llevanza del Catálogo en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 71/1983, de 29 de julio, de forma que el Estado retenía únicamente la competencia sobre legislación básica en la materia y función estadística y las Comunidades Autónomas las competencias de gestión y conservación del Catálogo, haciéndose efectiva su transferencia a favor de nuestra Comunidad en el año 1984.

La modificación del Estado y de su organización territorial necesaria y lógicamente conllevó, junto a la nueva estructura administrativa resultante, una reforma de la legislación forestal que el autor cita y desgrena y respecto de la que se muestra particularmente crítico (cuestiona, entre otros, la calidad técnica de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes), el mandato contenido en el artículo 66.2 de la Ley aragonesa 6/1998, de 19 de mayo, de espacios naturales protegidos, para que se cataloguen los montes incluidos dentro de la delimitación del correspondiente espacio natural (vinculándose de este modo la política de gestión de espacios naturales a la política forestal), el proceso de comarcalización iniciado por la Comunidad Autónoma a partir del año 2001 y la desconcentración de competencias para la tramitación y resolución de algunos de los procedimientos administrativos relacionados con los montes catalogados a favor del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, creado por la Ley aragonesa 23/2003, de 23 de diciembre, como Administración medioambiental de tipo institucional y organismo público cuyo acervo competencial, dentro del amplio concepto material del medio ambiente, no se reduce a lo forestal.

Esa crítica razonada se extiende a la tendencia disgregadora del citado proceso de comarcalización dada la certeza de la imposibilidad técnica y material de que las comarcas asuman la gestión de los montes de utilidad pública, su difícil acomodo a la ordenación resultante de la recta aplicación de la legislación forestal y la ruptura de una gestión que ha de ser conjunta

ante «...el hecho innegable de que la Naturaleza no entiende de límites municipales ni comarcales».

Finalmente el autor describe en la última parte de su obra los trabajos de catalogación y de defensa de la propiedad forestal en la provincia de Zaragoza durante el periodo comprendido entre los años 1985 y 2008, que han conllevado, a partir del año 1999, la ampliación del Catálogo y la culminación del proceso a que dio lugar su segunda rectificación entre los años 2001 y 2004 bajo la habilitación y al amparo de la O.M. de de 31 de mayo de 1966.

La ampliación del Catálogo provincial durante este último periodo (años 2000-2008) ha propiciado la inclusión en el Catálogo de montes municipales consorciados (veintisiete montes y 7.120 has.), de montes de libre disposición municipales no consorciados para su posterior repoblación y protección por la Administración forestal (cuatro montes y 1.025 has.), de montes por razón de sus valores forestales o ambientales (ocho montes y 552 has.), la incorporación o reincorporación de montes formados por terrenos del Patrimonio Agrario de la Comunidad Autónoma o procedentes de las concentraciones parcelarias, compensándose mínimamente de este modo el efecto que produjeron los grandes procesos de transformación agrícola en los ecosistemas vinculados al medio forestal (nueve montes y 1.681 has.) y la regularización derivada del proceso de rectificación del Catálogo que afectaba a superficies parciales de montes propios de la Administración forestal (1.400 has.), todo ello en unos años en los que se ha reanudado la intensa actividad en la defensa de la propiedad forestal en la provincia de Zaragoza, desarrollada desde el Servicio Provincial del actual Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente bajo las sucesivas denominaciones y variaciones que ha experimentado su dependencia orgánica.

La segunda rectificación del Catálogo provincial —sobre los antecedentes del intento de corrección general durante los años republicanos que culminaron en el Catálogo *non nato* zaragozano— operó durante este mismo periodo comentado y concluyó en el año 2004, previa la interpretación y aplicación de la O.M. de 31 de mayo de 1966 dictada en desarrollo de la normativa forestal surgida al amparo de la Ley de 1957 y del Reglamento de 1962, en el ejercicio de una voluntad de rectificación a escala nacional que se vio paralizada a raíz del proceso de transferencia de las competencias forestales a las Comunidades Autónomas a que había dado lugar la reforma de la organización territorial del Estado conforme a los mandatos de la Constitución española de 1978.

Este segundo proceso de rectificación se reinició en la provincia de Zaragoza veintitrés años después —en el año 2001—, culminándose mediante la aprobación del Catálogo rectificado por Decreto 58/2004, de 9 de marzo, del

Gobierno de Aragón, siguiendo el tracto técnico-administrativo que desgrena el autor en la obra.

La aprobación de la rectificación del Catálogo provincial ha tenido importantes consecuencias desde una doble perspectiva legal —la registral y la de seguridad jurídica, de una parte; y la defensa del interés público forestal, de otra— consignándose ahora en el asiento correspondiente a cada monte su historial administrativo completo; mejorándose la descripción de cabidas y límites; incorporándose planos digitalizados para la totalidad de los montes catalogados; estableciéndose una nueva numeración por orden cronológico de inscripción en modo semejante a los Catálogos del resto de las provincias españolas conforme al criterio que había fijado la Circular 2/1966, de 6 de julio, de la extinta Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial; y, finalmente, digitalizándose e informatizándose el conjunto de la documentación principal, incluida la cartográfica (17.000 páginas de texto y 1.100 planos), y desarrollándose un programa informático de búsqueda y consulta.

La importancia de los logros alcanzados en esta última década en la ampliación, rectificación y adecuación del Catálogo provincial (basta observar la comparativa por periodos de la gráfica que acompaña al análisis temporal y especial de las superficies catalogadas en la provincia de Zaragoza desde el año 1905 hasta el año 2008) es, ciertamente, tributaria del empeño, de la dedicación y del continuado esfuerzo del autor y del equipo que dirige como Ingeniero-Jefe del Equipo de Defensa de la Propiedad en el Servicio Provincial, habiendo tenido la suerte —y el gran privilegio— de conocer de modo directo —en mi anterior etapa profesional como Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, desde la Dirección General del Servicio Jurídico adscrito al Departamento de Presidencia— su capacidad, vocación de servicio e intensa labor y dedicación a lo forestal.

Descritas con tablas y gráficas la evolución y resultados de la catalogación en sus términos absolutos y relativos (agrupándola por comarcas, por titularidades, por periodos y atendiendo a su comparativa sobre la totalidad de las superficies comarcales), el autor esboza un apunte sobre el futuro de la gestión forestal en general y sobre la defensa de la propiedad forestal en particular a la luz del Plan Forestal Español para el periodo comprendido entre los años 2003 y 2033 y la Estrategia Forestal Española aprobada por la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente reunida el día 17 de marzo de 1999 y, a nivel autonómico, sobre el Plan Forestal y de Conservación de la Biodiversidad en Aragón, aprobado por el Gobierno de Aragón en septiembre de 2001, y cuestiona la eficacia y el valor último de la planificación y programación regional en ausencia de una voluntad política continuada y efectiva que supere el riesgo de una visión en la que el mero interés partidista —y, por tanto,

manifiestamente particular— se separe de la objetividad en la satisfacción de las necesidades ciertas del interés público.

A modo de conclusión son varias las reflexiones que, al hilo de la acertada calificación de auténtico *milagro administrativo* del hecho de la creación, mantenimiento y desarrollo del régimen jurídico vinculado a un registro público y bajo su común denominador como diagnóstico, sugiere este segundo libro en el que el autor desarrolla y profundiza en el estudio de los orígenes, evolución y significado del Catálogo como instrumento que ha desempeñado un papel fundamental en la defensa de la propiedad pública forestal y en la salvaguarda de nuestro patrimonio natural, posibilitando su gestión ordenada y conservación.

La importancia de este estudio general descansa sobre el análisis paralelo del Catálogo provincial de Zaragoza, como elemento típico referencial y nexo de unión entre el Derecho y la realidad material, dotando así de un significado científico a su ensayo que sirve para elevarlo sobre la mera relación histórica del devenir legal y administrativo del Catálogo y que aleja sus conclusiones de las que pudiera tener la construcción de un simple discurso teórico-crítico desde postulados ajenos al valor de la experiencia y de la práctica administrativa.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica la obra nos habla, —por medio de la exposición de los resultados en la aplicación de lo normado en un ámbito sectorial muy delimitado—, de la transcendencia cierta de los mecanismos de garantía legal en la defensa de bienes y valores jurídicamente relevantes y, por tanto, del carácter ni indiferente ni neutral —nunca, en modo alguno— de la legislación ni de su proyección como expresión de la política legislativa, así como de la importancia radical del principio de legalidad y del Estado de Derecho —y el consecuente principio de seguridad jurídica, que dota de necesaria estabilidad y eficacia al anterior principio— en la consecución, mantenimiento y mejora de las condiciones que permiten y amparan la protección y el disfrute —ya sea individual o colectivo— de bienes y valores que se reviste de un carácter jurídico por razón de su función social o directamente de su interés público.

Y todo ello en un ámbito material que, en su incidencia y correlación cierta con los distintos sectores del ordenamiento jurídico, ha sufrido —y sufre aún hoy ciertamente en lo que pertenece ya a la materia de otro estudio— las consecuencias de las insuficiencias legislativas, de la diseminación normativa o de la escasa calidad que habitualmente acompaña a la reiteración y duplicación ineficaz de lo normado, que constituyen un conjunto de circunstancias que llevan a cuestionar en numerosas ocasiones la racionalidad intrínseca de la ley pese a que tal racionalidad deba operar como necesaria condición de su eficacia.

Desde la perspectiva de la gestión político-administrativa el devenir que relata nos enseña el valor de esa misma racionalidad proyectada ahora en la estructura organizativa que permite la realización material del Derecho (la racionalidad, junto con la proporcionalidad, son las concreciones del sentido común aplicado al mundo de lo jurídico), así como la necesidad de dar continuidad a la ejecución de las políticas públicas que, para ostentar como verdadera esa calificación, han de responder a una definición previa que tome como punto de partida una objetivación de la realidad que, huérfana de cualquier prejuicio ideológico, esté técnicamente contrastada.

Así, la dureza de las palabras de JOAQUÍN COSTA que vieron luz ahora hace un siglo (*«los montes se han despoblado de árboles y las campiñas de hombres porque no se despobló la política de oligarcas y de caciques, que era condición previa sine qua non»*, *Op. cit.*, capítulo XIV, Notas, ideas y pensamientos) corroboran que, para que una gestión pública rinda como eficaz, no basta ni el mero voluntarismo derivado de las necesidades del marketing político, ni la promoción de un fraccionamiento interesado —cualquiera que sea su origen o su nivel en la escala de la estructura política-administrativa— con olvido de la exigencia de un enfoque global previo y coordinado que emana de la naturaleza caleidoscópica y plural que configura cualquier realidad.

La política forestal debe atender pues, sobre esa sujeción estricta y en toda su extensión a los principios de coordinación y colaboración, a la íntima comunicación de la propiedad forestal ya no sólo con el medio natural, —en cuanto base sustancial de recursos que, consecuentemente, están sujetos a su utilización racional por imperativo del deber general que impone el artículo 45.2 de la Constitución—, sino en su carácter de elemento condicionante por su titularidad y funcionalidad de otras políticas públicas sectoriales que se construyen sobre los réditos directos e indirectos que proporciona el monte.

Ese valor del monte es particularmente relevante en aquellos municipios cuya economía ya no sólo se sostiene en el sector primario, sino que evoluciona a la oferta de servicios ligados al turismo, al deporte en naturaleza o al mero recreo u ocio, todo ello en la lógica que impone el artículo 130.2 de la Constitución respecto del tratamiento especial de las zonas de montaña, entre otros y a título de mero ejemplo.

Y son esos réditos los que parten de usos y aprovechamientos compatibles que complementan la función ecológica primaria del monte (hoy expresamente enunciados y reconocidos en la legislación forestal vigente: caso de los artículos 3.n) ó 68.3 y 68.4 de la Ley aragonesa 15/2006, de 28 de noviembre, de montes) y los que han de servir, junto con las políticas públicas concurrentes y en su formulación global, para definir e integrar el desarrollo socio-económico de las poblaciones que, en el medio rural, no sólo viven *junto* al monte sino que viven *de* ese monte.

BIBLIOGRAFÍA

Finalmente, desde una perspectiva humana e incluso —si se me permite la licencia en esta reseña— como mensaje ético implícito que se intuye en toda la exposición histórica sobre la acción de los verdaderos agentes que, con su vocación personal y trabajo en el día a día ordinario, han propiciado la virtualidad y vigencia última del régimen de la defensa de la propiedad forestal, según refiere sabiamente el autor (los Ingenieros de Montes y otros Cuerpos forestales al servicio de la Administración, como los de Ingenieros Técnicos Forestales y de agentes forestales) el libro alumbra que en la base de todo *milagro* —y ésta es la enseñanza que nos es verdaderamente válida y útil en tiempos críticos— siempre obran, junto al buen hacer, la fuerza de convicción, la voluntad, la constancia en el esfuerzo y la generosidad de quien —tomando prestadas y parafraseando las palabras de otro ilustre aragonés del siglo— *se alegra en plantar un árbol que verán crecer otros*.

Luis F. BIENDICHO GRACIA

VV.AA.: *La Organización local. Nuevos modelos*. Coordinador: José María Gimeno Feliu. Cátedra de Derecho local, Civitas-Thomson-Reuters, Universidad de Zaragoza y Gobierno de Aragón. Cizur Menor, 2011, 376 pp.

En abril de 2011 se celebró en Zaragoza un Congreso sobre «*Organización local. Nuevas tendencias*». Las ponencias debatidas y las comunicaciones presentadas se recogen en esta publicación, muy oportuna por la actualidad del tema.

La organización local, la estructura del mapa municipal, la distribución de competencias entre los distintos niveles de Administración son asuntos que están sobre el tapete. Si el debate sobre ellos ha venido siendo habitual entre los estudiosos del régimen local, la crisis económica y la insolvencia de muchos municipios ha puesto en primer plano la cuestión de la reforma de las estructuras locales. A lo que ha contribuido la inclusión en el Programa Nacional de Reformas 2012, presentado por el Gobierno a Bruselas, del objetivo «la racionalización en el número de entidades locales y sus competencias» y, como medida para conseguirlo, «la agrupación de municipios».

El libro que comentamos comprende seis estudios, un informe sobre la situación en Aragón y cinco comunicaciones. Todo ello aporta elementos de reflexión y análisis al eterno debate sobre la reforma del mapa municipal y a los problemas del gobierno local en tiempo de crisis.

El profesor Luciano VANDELLI aborda en «*L'esperienza dell'organizzazione locale in Italia*» la evolución de la reforma sobre autonomía local en ese país. Con 8.094 municipios, de los que cerca de 2.000 no alcanzan los mil habitantes, las políticas de fusión no han tenido éxito alguno, mientras las Regiones van teniendo mayor incidencia en los temas que interesan a la autonomía local.

Manuel REBOLLO PUIG, en su ponencia «*Reforma de las estructuras municipales: Régimen jurídico y posibilidades. Especial referencia a la legislación aragonesa*», efectúa un balance de la situación del mapa municipal, de las diversas propuestas doctrinales sobre su reforma y de la normativa autonómica sobre incorporación y fusión de municipios, con especial referencia a la legislación aragonesa. Analiza las formas de colaboración y cooperación intermunicipal y la posibilidad de agrupación forzosa de municipios para la prestación de determinados servicios pero sin llegar a suprimirlos.

Fernando LÓPEZ RAMÓN, en «*Políticas ante la fragmentación del mapa municipal*», brinda datos sobre el tamaño de los municipios en España y en

Europa y sobre las distintas alternativas para mejorarlo o suplir sus deficiencias: la cooperación intermunicipal, las experiencias española y europeas sobre fusión de municipios, la comarcalización. En sus reflexiones finales, señala que «lograr un tamaño adecuado de los municipios no debiera considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como el medio para sostener un territorio vertebrado autónomamente, esto es, organizado en entidades locales democráticas, y capaces de realizar las infraestructuras y de prestar los servicios que se requieren para el desarrollo territorial equilibrado».

Francisco VELASCO CABALLERO estudia *«La planta local de España: criterios para la toma de decisiones»*. Trata de aportar orden al debate sobre la planta local de España, teniendo en cuenta los que estima como criterios o parámetros constitucionales relevantes en relación con esa estructura: la opción constitucional primaria a favor del municipio, como eje de la planta local; el principio democrático como criterio de legitimidad; y la eficacia y eficiencia de toda Administración local en el servicio al interés general. Su propuesta final es que lo tendencialmente correcto es potenciar aquellas Administraciones locales que, en una suma final de esos criterios, sean más legítimas.

El magistrado Dimitry BERBEROFF AYUDA analiza *«La organización local desde la perspectiva de las instituciones comunitarias. Principios y tendencias»*. Desde esa perspectiva más amplia, se refiere al papel de las entidades locales en la Unión Europea, su participación en la aplicación del Derecho de la Unión, su posición procesal en los recursos y reclamación por daños, y a la autonomía local como principio de la Unión. Concluye, por un lado, estimando que existe un déficit de sensibilidad en torno a la autonomía local debido, esencialmente, a la voluntad de la Unión de no inmiscuirse en la organización interna de los Estados; y, por otro lado, señalando las nuevas perspectivas que se abren para las entidades locales sobre la base del artículo 4.2 del Tratado de Lisboa, con la consagración del principio de subsidiariedad.

Germán FERNÁNDEZ FARRERES estudia *«Las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de régimen local a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional»*. Pone de relieve las novedades introducidas por el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 en relación con el régimen local y comenta la doctrina de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional, en relación con el Estatuto de Cataluña, así como otras sentencias del Tribunal relacionadas con aspectos de la legislación aragonesa y sus consecuencias sobre el ámbito de la competencia autonómica en materia de régimen local.

Completando los temas de reflexión y debate del Congreso, Victoria RODRÍGUEZ CATIVIELA, Esperanza SOFI CALLÉN y Lourdes PALACIO MOSTACERO, con la experiencia y conocimiento directo que les da su trabajo en el Servicio de Régimen Jurídico Local de la Dirección General de Administración Local del

Gobierno de Aragón, aportan un «Informe sobre la organización administrativa local de Aragón». En su primera parte, analizan y comentan las características de la Administración local aragonesa: municipios por tramos de población; gasto total por habitante, gasto de mantenimiento de los servicios, y presión fiscal por habitante según tipo de municipios. En la segunda parte, estudian la situación de los habilitados de carácter estatal en Aragón, cuestión muy importante para el correcto funcionamiento de las Administraciones municipales, dada la importancia de su labor, que, en muchos casos, es el único apoyo en la gestión de los pequeños municipios, como se deduce del estudio de las Agrupaciones secretariales, ya que 456 municipios pertenecen a alguna de las 177 Agrupaciones existentes. Unos detallados Anexos completan la información referida a todas estas cuestiones.

Finalmente, el libro incluye las COMUNICACIONES presentadas al Congreso: «¿El Estado —y las Comunidades Autónomas— contra los municipios?», de José BERMEJO VERA; «Las Entidades locales intermedias en la Carta Europea de Autonomía local», de Víctor ESCARTÍN ESCUDÉ; «Reflexiones sobre la estructura municipal de Aragón y posibles reformas», de Ramón SALANOVA ALCALDE; «Fragmentos municipalistas en la obra de Joaquín Costa», de José Luis BERMEJO LATRE; y «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos», de Miguel Ángel BERNAL BLAY.

En suma, un conjunto de datos, análisis, reflexiones y propuestas sumamente útiles para todo el que quiera completar su información y sus conocimientos sobre el estado actual de la cuestión de la reforma de la estructura municipal, siempre polémica por los muchos intereses a que afecta y nada fácil de abordar, como ha de ponerse de manifiesto en el momento en que se concrete la propuesta del Gobierno de racionalizar el número de entidades locales.

Ramón SALANOVA ALCALDE

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA

Director del INAP: MANUEL ARENILLA SÁEZ

Directora de la Revista: ELISENDA MALARET GARCÍA (Universidad de Barcelona)

Sumario de los números 313-314 (mayo-diciembre 2010)

I. ESTUDIOS

NURIA MAGALDI: *Los orígenes de la municipalización de servicios. El industrialismo público inglés (Municipal Trading) y la Sociedad Fabiana.*

GÉRARD MARCOU: *La reforma de las entidades territoriales: ¿por qué?*

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: *Políticas ante la fragmentación del mapa municipal.*

FRANCISCO TOSCANO GIL: *La nueva regulación del Consorcio local en la Ley de Autonomía Local de Andalucía.*

FRANCISCO GARCÍA-CALABRÉS COBO: *Defensores locales de la ciudadanía.*

II. DOCUMENTOS

FRANCESCA PALAZZI: *Reseña de jurisprudencia sobre las ordenanzas de los Alcaldes en materia de seguridad urbana tras la Sentencia n.º 115/2011 del Tribunal Constitucional.*

Ley n.º 2010-1563 de 16 de diciembre de 2010 de reforma de las entidades territoriales en Francia.

III. BIBLIOGRAFÍA

IV. AUTORES

V. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS

Suscripción anual.....	28,00 €
Número sencillo	11,63 €
Número doble	23,25 €

(Incluidos IVA y gastos de envío)

