

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

41-42

**Año 2013**

## REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales**. Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.
3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.
4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):  
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-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.
5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...
6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.
7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.
8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés ([www.derechoaragones.es](http://www.derechoaragones.es)) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

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

**Suscripciones:** Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 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. 41-42 (2013)

	Páginas
<i>Lista de colaboradores</i> .....	7
ESTUDIOS	
J. PONCE SOLÉ: <i>Políticas públicas para afrontar la regeneración urbana de barrios degradados. Una visión integrada desde el Derecho</i> .....	11
D. FERNÁNDEZ DE GATTA: <i>El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea, 2013-2020</i> .....	71
J. AGUDO GONZÁLEZ: <i>Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración</i> .....	123
U. ABERASTURI GORRIÑO: <i>El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal</i> .....	173
DEBATES	
J.M. SOCIAS CAMACHO: <i>El nuevo modelo de intervención administrativa en el ámbito local</i> .....	209
B. SORO MATEO: <i>La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder</i> .....	241
M. SARASÍBAR IRIARTE: <i>Las oportunidades de la crisis económica en el Derecho ambiental. En concreto, el Fondo de Carbono</i> .....	287
CRÓNICAS	
J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ: <i>La Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2012. La continuidad en la senda de la contención y la austeridad económicas</i> .....	309
T.M. NAVARRO CABALLERO: <i>Reflexiones sobre la última reforma en materia ambiental. La quimera de la simplificación administrativa y la inadecuación del decreto-ley para su instrumentación</i> .....	329
O. CARRERAS MANERO: <i>La Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013. Los presupuestos de la recesión</i> .....	361

SUMARIO

DERECHO COMPARADO

- J.P. VARGAS C. y F. OROZCO S.: *Políticas públicas desde la arena parlamentaria..* 381  
M.D. SERRAFERO: *Argentina: tres reformas institucionales del kirchnerismo.....* 449

BIBLIOGRAFÍA

- L. COSCULLUELA MONTANER y L. MEDINA ALCOZ (Dir.): *Crisis económica y Reforma del Régimen local*, Cizur Menor, 2012 (R. SALANOVA ALCALDE)..... 471  
V. PÉREZ-DÍAZ, J. MEZO y J.C. RODRÍGUEZ: *La crisis y las autonomías. La sociedad española ante la crisis económica y el sistema de las autonomías*, Madrid, 2012 (E. CEBRIÁN ZAZURZA) ..... 475

## LISTA DE COLABORADORES

ABERASTURI GORRIÑO, Unai: Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Sarriko, Universidad del País Vasco

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

CARRERAS MANERO, Olga: Profesora Ayudante Doctora de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

CEBRIÁN ZAZURZA, Enrique: Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza.

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

NAVARRO CABALLERO, Teresa María: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

OROZCO S., Fernando: Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

PONCE SOLÉ, Juli: con acreditación de Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

SALANOVA ALCALDE, Ramón: Asesor Técnico del Departamento de Presidencia y Justicia, Gobierno de Aragón.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SERRAFERO, Mario D.: Investigador Principal del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET) de la Argentina y Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la Argentina.

SOCIAS CAMACHO, Joana M.: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

VARGAS C, Jean-Paul: Director del Doctorado en Gobierno y Políticas Públicas, Universidad de Costa Rica.





# **ESTUDIOS**



# **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AFRONTAR LA REGENERACIÓN URBANA DE BARRIOS DEGRADADOS. UNA VISIÓN INTEGRADA DESDE EL DERECHO (\*) (\*\*)**

JULI PONCE SOLÉ (\*\*\*)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. REGENERACIÓN URBANA Y MEJORA DE LA CALIDAD NORMATIVA.– II. REGENERACIÓN, REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE NIVELES DE PODER Y NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS. EN ESPECIAL, LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y EL REAL DECRETO LEY 8/2011 EN EL MARCO DE LA GOBERNANZA URBANA.– III. DERECHOS Y REGENERACIÓN URBANA: 1. Derechos en la ciudad, derecho a la ciudad y medio urbano sostenible. ¿Le pedimos demasiado a la regeneración urbana? 2. Regeneración urbana y derecho a la vivienda. 3. Regeneración urbana y derecho a la igualdad. En especial, gentrification y mezcla social en pos de la cohesión social. 4. Regeneración urbana derecho a la educación y segregación escolar. 5. Regeneración urbana, lugares de culto y derecho a la libertad religiosa. 6. Regeneración urbana y seguridad pública. La prevención situacional de la delincuencia y el incivismo. 7. Regeneración urbana y derecho al medio ambiente.– IV. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, LA VIVIENDA ASEQUIBLE Y LA REGENERACIÓN URBANA.– V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.– VI. BIBLIOGRAFÍA

**RESUMEN:** La regeneración urbana en España no se desarrollará sin una infraestructura legal de calidad que oriente y limite la actividad pública, que proteja los derechos de los ciudadanos y que establezca cuáles son sus obligaciones jurídicas. Este trabajo ofrece algunas reflexiones sobre cuál es el Derecho objetivo vigente en España en materia de rehabilitación, teniendo en cuenta la Ley de Economía Sostenible y otras normas jurídicas dictadas recientemente. Asimismo, considera el reparto de competencias en este ámbito en el marco de la gobernanza urbana y estudia como se va abriendo paso una visión sistemática de los derechos implicados en la ciudad, aludiendo a algunos derechos involucrados en el ámbito de la regeneración a los que tradicionalmente no se ha dedicado específica atención.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 19 de noviembre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 1 de diciembre de 2012.

(\*\*) El contenido de este estudio corresponde a la ponencia presentada en la I Jornada Nacional Cátedra Zaragoza Vivienda en diciembre de 2012. Quiero agradecer al profesor Julio César Tejedor Bielsa su amable invitación a participar en dicha actividad. Un primer análisis de la cuestión fue presentado como ponencia titulada «Ciudad, personas, derechos y regeneración urbana» durante el «Congreso de Rehabilitación y Sostenibilidad. El futuro es posible», que, organizado por el Colegio de Aparejadores de Barcelona, tuvo lugar durante octubre de 2010 en la Ciudad Condal.

(\*\*\*) jponce@ub.edu.  
www.urcosos.net.

*Palabras clave:* rehabilitación; regeneración urbana; renovación urbana; vivienda; derechos; urbanismo; colaboración público privada.

*ABSTRACT:* Urban renewal in Spain will not be developed without a quality legal infrastructure that guides and limits public activity and protects citizens' rights and obligations. The study deals with current Spanish law taking into account the Sustainable Economy Act and other recent regulations. Moreover, the research considers the distribution of powers in that field in accordance with urban governance. It analyzes the new systemic view of rights in the cities. Several rights involved in the urban renewal which are usually forgotten are considered here.

*Key words:* restoration; urban renewal; urban regeneration; housing; rights; land use law; public private partnership.

## **I. INTRODUCCIÓN. REGENERACIÓN URBANA Y MEJORA DE LA CALIDAD NORMATIVA**

La finalidad de estas páginas es presentar algunas reflexiones sobre las relaciones entre el Derecho objetivo, esto es el conjunto de normas jurídicas aplicables, y los derechos subjetivos implicados en la rehabilitación o regeneración urbana (1).

La estructura de este documento es como sigue. En primer lugar, en esta misma sección que ahora se inicia, analizaremos cómo el Derecho (objetivo, esto es el conjunto de normas de aplicación) es relevante para la regeneración urbana, procediendo ante todo a definir ésta de acuerdo con el Derecho vigente (I).

En segundo lugar, abordaremos los niveles de poder con capacidad de incidir en la regulación y/o gestión de la regeneración urbana, prestando atención a la Ley de Economía Sostenible y otras recientes normas estatales y a modernos desarrollos autonómicos, como la ley «de barrios» catalana y la ley del derecho a la vivienda de Cataluña, así como a su interacción (II) (2).

---

(1) Quien tenga interés en obtener precisiones o una mayor profundización sobre parte de lo aquí expuesto puede acudir a la bibliografía incluida en el apartado VI.

(2) En el momento de proceder a la corrección de las pruebas de imprenta se publica en el BOE de 5 de abril de 2013 el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, que regula el Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016 y en el BOE de 27 de junio de 2013 la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Por tal razón, estas normas no pueden ser objeto de análisis en este trabajo, si bien se hará puntualmente alguna referencia a la mismas.

Un análisis del proyecto de ley que ha dado lugar a esta norma aprobada puede encontrarse en ROGER FERNÁNDEZ, G., «Acotaciones al texto del Proyecto de Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas: un texto manifiestamente mejorable», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 281, abril 2013, pp. 83 a 108.

Luego, intentaremos argumentar cómo el Derecho, a nivel internacional y también el español, parece estar en fase de reconocimiento de la expresión territorial de diversos derechos, que se hacen efectivos en la ciudad, y haremos referencias al derecho a la vivienda, al derecho a la igualdad, con su corolario de la mezcla social en las áreas urbanas sometidas a regeneración, del derecho a la educación no segregada (apuntando las conexiones entre alojamiento, equipamientos escolares y espacios urbanos), al papel de los equipamientos religiosos en relación con el art. 16 de la Constitución, a la seguridad urbana y a su papel en la regeneración urbana, así como la conexión entre la rehabilitación y la regeneración con el derecho a un medio ambiente (urbano) adecuado (III).

La consecución del derecho a la ciudad mediante la regeneración urbana deberá explorar las vías de colaboración público-privado precisas, a las que se alude en el estudio (IV)

Finalmente, terminaremos el trabajo planteando algunas cuestiones abiertas para propiciar el debate y la discusión (V).

Empecemos pues, con la relación entre Derecho y regeneración urbana. Una primera cuestión es la terminológica. En el ámbito jurídico, la expresión empleada históricamente en nuestro Derecho ha sido la de «rehabilitación» (3). Es el caso, por ejemplo, del art. 9.1 del Texto Refundido de la Ley de suelo estatal (4) o de los arts. 107 y ss. de la ley de economía sostenible, a los que luego nos referiremos.

---

(3) En la legislación autonómica, por ejemplo, véase el art. 3, apartados g y h, de la Ley del derecho a la vivienda de Cataluña, que define lo que entiende por rehabilitación y gran rehabilitación, a los efectos de esta ley:

«g) Rehabilitación: el conjunto de obras de carácter general que, sin modificar la configuración arquitectónica global de un edificio de viviendas o una vivienda, mejoran su calidad en cuanto a las condiciones de seguridad, funcionalidad, accesibilidad y eficiencia energética.

h) Gran rehabilitación: el conjunto de obras que consisten en el derribo de un edificio salvando únicamente sus fachadas o constituyen una actuación global que afecta a la estructura o al uso general del edificio o vivienda rehabilitados.»

De acuerdo con PONS, M. y DEL ARCO, M.A., *Diccionario de Derecho urbanístico y de la construcción*, Comares, 4ta. Edición, 2006, voz rehabilitación urbana, Pág. 423, se entiende por rehabilitación urbana el «conjunto de actuaciones realizadas sobre edificios, monumentos, barrios o ciudades, encaminadas a reestablecerlos en su inicial estado y uso», señalando que «se trata, pues de reequipar y adecuar la ciudad con la finalidad de elevar la calidad de vida de la población residente en la misma mediante medidas para la mejora de las condiciones del soporte físico existente».

(4) «Art. 9 LS 2008 1. El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación. Este deber constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios, cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, corriendo a cargo de los fondos de ésta las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general»

Sin embargo, el concepto de regeneración va ganando carta de naturaleza también en nuestro Derecho, como lo demuestra el art. 17 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (5). En todo caso, como pone de relieve TEJEDOR BIELSA (2011, 236), la legislación estatal existente «mantiene (...) una indeseable imprecisión conceptual que puede determinar regímenes jurídicos diferentes y genera, por ello, inseguridad jurídica».

A los efectos de este trabajo, de acuerdo con estas definiciones legales, cuando nos referimos a la regeneración, lo hacemos a las actuaciones que se refieren a la rehabilitación de edificios y a las que incluyen áreas urbanas, *pero nuestro interés se centra en éstas últimas y en referencia no sólo a aspectos físicos, vinculados a la piedra, sino a ámbitos económicos, sociales y ambientales, conectándola pues con la moderna idea de regeneración urbana* (6).

---

(5) «Artículo 17. *Actuaciones de rehabilitación.*

1. A los efectos de este Real Decreto-ley, el término rehabilitación engloba las siguientes actuaciones:

a) Las de conservación, entendiéndose por tales las reparaciones y obras precisas para mantener un inmueble en las condiciones de habitabilidad, seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato, que serán exigibles en los términos establecidos en la legislación aplicable.

b) Las de mejora, entendiéndose por tales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, las que se realicen por motivos turísticos o culturales o, en general, por motivos de calidad y sostenibilidad del medio urbano, cuando los inmuebles formen parte de un plan, programa o instrumento legal de rehabilitación previamente aprobado, y cuyo fin sea garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad, reducción de emisiones e inmisiones contaminantes de todo tipo y de agua y energía, y, en particular, que se cumplan todos o algunos de los requisitos básicos relacionados en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

c) *Las de regeneración urbana, entendiéndose por tales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de Economía Sostenible, las que se desarrollen en ámbitos urbanos vulnerables, obsoletos o degradados, alcanzando tanto a la urbanización y a las dotaciones, como a los edificios, y tengan como finalidad el cumplimiento de los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional al servicio de un medio urbano sostenible. Cuando se refieran exclusivamente a la rehabilitación de edificios, estas actuaciones consistirán en realizar las obras necesarias para lograr los fines propios de las actuaciones de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano a que se refiere la letra anterior.*

*Tendrán carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia municipal global y unitaria, formulada a través del planeamiento urbanístico o por medio de un instrumento específico.*

2. Las actuaciones de rehabilitación que afecten solamente a edificios podrán incluir también los espacios comunes privativos vinculados a los mismos.»

(6) En palabras de ROBERT P. y SYKES, H., *Urban Regeneration*, Sage, Londres, 2006, p. 17, cabe entender la regeneración como una visión y una acción comprensiva y integrada que conduce a la resolución de los problemas urbanos y pretende conseguir mejoras en las condiciones económicas, físicas, sociales y ambientales de un área que está siendo transformada.

El papel del Derecho objetivo en relación con la regeneración es, aunque limitado, nada despreciable. Como es conocido, en el marco de un Estado de Derecho (art. 1 CE) y en virtud del principio de legalidad (art. 9.3 CE), toda actuación pública requerirá de un marco normativo previo, sea ley, en caso de incidencia, por ejemplo sobre derechos cuya regulación requiera una norma aprobada por los Parlamentos, plan o/y reglamento (en su caso, ordenanza local).

En este sentido, igual que es posible hablar de calidad de la edificación o de calidad arquitectónica, es posible referirse, y crecientemente se viene haciendo así a nivel europeo, a la calidad normativa o regulatoria y a su mejora (*better regulation*) (7). No cabe duda de que mejores normas ayudarán a mejores políticas públicas de regeneración y a la protección y efectividad de los diferentes derechos subjetivos implicados, a los que luego aludiremos.

Los juristas estudiosos de los temas de rehabilitación urbana han venido reivindicando desde hace tiempo un mayor cuidado normativo para los temas de rehabilitación así como políticas públicas más decididas en este ámbito (8). La visión expansionista del urbanismo y las enormes plusvalías generadas en el pasado inmediato son explicaciones, quizás, para no haber cuidado más la calidad normativa en referencia a la rehabilitación y no haber explorado y desarrollado instrumentos nuevos o en todo caso haber perfeccionado los existentes, a la vista de la realización de una auténtica evaluación normativa *ex post*.

Quizás ahora, consigamos hacer de la necesidad virtud, a tenor de la crisis en la que nos encontramos. Aunque, por el momento, la crisis económica en que estamos inmersos desde 2008 muestra como también se está frenando la actividad de rehabilitación, de acuerdo con los datos proporcionados por el Observatorio de Vivienda y Suelo del Ministerio de Fomento (9). Así, de abril de 2011 a abril de 2012 se concedieron 8179 licencias de rehabilitación, frente a las 67.345 de nueva planta, lo que representa un 12,1%, siendo el primer trimestre de 2012 los meses con menos licencias de rehabilitación (menos de 600 viviendas). En el mismo período, se visaron direcciones de obra para 29.218 ampliaciones y reformas, 31 por cada 100 visados de obra nueva. En mayo

(7) PONCE SOLÉ, J. «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 201 y ss.

(8) Entre las investigaciones jurídicas sobre el tema, puede consultarse ARROYO, L., *La revisión de las técnicas de conservación urbanística*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, GONZÁLEZ-VARAS, S., *La Rehabilitación urbanística*, Aranzadi, 1998 o GARCÍA GARCÍA, M.J., *El régimen jurídico de la rehabilitación urbana*, Institució Alfons el Magnànim, 1999 y «Desarrollo urbano sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana», en esta REVISTA, 2008, 33. pp. 217-247, TEJEDOR BIELSA, J., *Derecho a la vivienda y Burbuja Inmobiliaria*, La Ley, 2012, pp. 211 y ss. o ROGER FERNÁNDEZ, G., *Para comprender el urbanismo español (de una vez por todas)*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 155 y ss.

(9) Boletín núm.2 de 2012, consultable en: [http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG\\_CASTELLANO/ESTADISTICAS\\_Y\\_PUBLICACIONES/PUBLICACIONES/PUB\\_OF\\_LINEA/ARQ-VIV-SUE/VIVIENDA/](http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/ESTADISTICAS_Y_PUBLICACIONES/PUBLICACIONES/PUB_OF_LINEA/ARQ-VIV-SUE/VIVIENDA/)

de 2012 se registró un decrecimiento del -14,6%. En cuanto a la información de los visados de dirección de obra, de mayo de 2011 a mayo de 2012 se visaron obras de ampliación y reforma presupuestadas en 2.531 millones de euros, un 22,4% del total de obra visadas por los COAT, con caídas de entre más del 20% y más del 30% de febrero a mayo de 2012.

En contraste, en 2011 se produjeron 77.854 ejecuciones hipotecarias (con un acumulado total desde 2007 de casi 350.000) mientras se llevaron a cabo 58.241 lanzamientos (superando en más de 10.000 al año anterior y con un acumulado de 166.716 desde 2008, de acuerdo con datos del CGPJ). Esta difícil situación social, que ha venido acompañada de diversos suicidios relacionados con los lanzamientos, ha motivado el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que paraliza los lanzamientos durante dos años, siempre que concurren una serie de circunstancias familiares y económicas previstas en el mismo. La timidez de la medida y la arbitrariedad en la delimitación de las mencionadas circunstancias han despertado ya las críticas respecto a la efectividad real del mismo en la protección de los deudores hipotecarios.

## **II. REGENERACIÓN, REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE NIVELES DE PODER Y NUEVOS DESARROLLOS NORMATIVOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS. EN ESPECIAL, LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y EL REAL DECRETO LEY 8/2011 EN EL MARCO DE LA GOBERNANZA URBANA**

*Junto al concepto y a la mejora de la calidad normativa en el ámbito de la regeneración, surge la cuestión de quién debe ser responsable de la misma, o, en otras palabras, qué nivel de poder es competente para regular la regeneración urbana (así como para ejecutar la normativa existente).*

Ante todo, debe tenerse en cuenta que la actuación en el ámbito de la regeneración urbana no puede permanecer al margen del proceso de globalización, también jurídica. De ahí, que incidan, de un modo u otro, a veces mediante *soft law* (Derecho débil, de difícil exigencia ante tribunales de justicia), organizaciones de ámbito supranacional (10), entre las que destaca, obviamente, la Unión Europea.

En cuanto a la Unión Europea, a pesar de que no exista un otorgamiento normativo específico de funciones en este ámbito, diversos elementos derivados del Derecho originario europeo hacen augurar un creciente papel de la Unión Europea. Los objetivos de desarrollo sostenible y de cohesión social y económica presentes en diversos textos europeos conducen a una dinámica de creciente

---

(10) Téngase en cuenta, por ejemplo, en el ámbito de Naciones Unidas, el Informe elaborado por el Relator especial sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada, visita a España: [http://www.urcosos.net/articulos/000\\_onuvivienda/informe\\_final\\_onu\\_vivienda\\_esp.pdf](http://www.urcosos.net/articulos/000_onuvivienda/informe_final_onu_vivienda_esp.pdf)



implicación comunitaria en este ámbito (11), sobre todo si se conectan con las competencias europeas en materia de medio ambiente (en este sentido, TEJEDOR BIELSA, 2010, pp. 92 y ss) y de otras políticas con impacto territorial (transportes, por ejemplo). Por otro lado, el importante papel de la financiación europea en operaciones de regeneración es bien conocido.

Desde la perspectiva del Derecho y los derechos, no debe olvidarse que la Carta de derechos fundamentales de la unión europea consagra, ahora ya con efectos jurídicos, una serie de derechos con impacto territorial y si bien su aplicación se limita a las instituciones europeas en principio, la jurisprudencia nacional ya está aplicándola en ámbitos domésticos, en un proceso de retroalimentación imparabable entre los niveles nacional y europeo (12).

Centrándonos en el ámbito español, dado que la regeneración afecta a ámbitos urbanos, las competencias en juego, principalmente, son las de urbanismo y vivienda. Como es sabido, ambas están en las exclusivas manos de las CC.AA y de los entes locales, en virtud de lo que señale la legislación de las primeras. Sin embargo, es también conocido como el Estado tiene diversas vías de entrada en el urbanismo y en la vivienda, y por tanto en la rehabilitación, aceptadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando se han suscitado conflictos jurídicos, especialmente la competencia vinculada a la relevancia económica del urbanismo y la vivienda en la economía (art. 191.1.13 CE), aunque no únicamente.

De ahí que el Estado haya regulado en materia de regeneración y continúe haciéndolo en el futuro. En este sentido, cabe tener en cuenta la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), cuyos arts. 107 y ss. contienen, en opinión de algún comentarista, un «auténtico y completo estatuto de la rehabilitación urbana» (13); sin embargo, como a continuación se argumentará, es posible entender que no tan completo como sería posible. Como es sabido, la LES ha sido completada por los arts. 17 y siguientes del Real Decreto Ley 8/2011, a los que también se hará referencia. Un análisis de la LES y sus implicaciones para la renovación urbana puede encontrarse en el estudio resultado de la tesis doctoral de CERVERA (CERVERA PASCUAL, 2013, con prólogo del profesor Martín Bassols Coma).

Entre el conjunto de artículos de estas normas referidos a regeneración, sin ánimo de exhaustividad, podemos destacar algunas regulaciones específicas, dejando de lado ahora los aspectos fiscales. Así:

---

(11) En este sentido, CHITI, M.P.: «Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio», en Civitarese, S.; Ferrari, E.; Urbani, P.: *Il governo del territorio*, Giuffrè editore, Milán, 2003, p. 162 y ss.

(12) PONCE SOLÉ, J., «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», en PONCE SOLÉ, J. (coord.), *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2010 (en prensa).

(13) DÍAZ LEMA, J.M., «Rehabilitación urbana, o como hacer de la necesidad virtud», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, abril-mayo, 2010, pp. 11 y ss.

- a. Por lo que se refiere a principios orientadores de la actividad pública, el art. 107, contiene una serie de principios y mandatos a los poderes públicos, en la línea de los primeros artículos de la Ley de Suelo vigente y en conexión con el incipiente derecho a la ciudad que está conformándose en nuestro ordenamiento, al aludir en su art. 107 al «medio urbano sostenible» (véase *infra*).

En todo caso, y teniendo en cuenta el art. 47 de la CE (y los respectivos de los Estatutos de Autonomía, así art. 26 del catalán), *llama la atención que no exista un mandato claro para la protección, promoción y efectividad del derecho a la vivienda, estableciendo el deber de generar vivienda asequible para satisfacer a éste siempre que sea posible*. De hecho, la palabra vivienda sólo aparece una vez, de forma tangencial, en el apartado a, con lo que se confirma la debilidad tradicional de estas perspectivas en las operaciones de regeneración (vid *Infra*). Por tanto, es difícil hablar de un estatuto completo de la rehabilitación cuando la perspectiva adoptada parece olvidar la sostenibilidad social y el papel de la vivienda asequible en la satisfacción del derecho a la vivienda, a tenor de lo que señala la Exposición de motivos (lo que podría ser explicado por el elemento competencial antes expuesto):

«El Título III de la Ley recoge disposiciones relativas a distintos ámbitos de la sostenibilidad ambiental, desde la que se abordan algunas reformas globales de los sectores afectados. Estos ámbitos son el modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible y, en especial por su importancia en el modelo económico español, la rehabilitación y la vivienda».

Asimismo, el art. 3 relativo a principios, tampoco hace alusión a la vivienda asequible y la regeneración, aunque sí a las necesidades de la población, en su apartado 7:

«Racionalización de la construcción residencial. Las Administraciones Públicas adoptarán políticas que favorezcan la racionalización de la construcción residencial para conciliar la atención a las necesidades de la población, la rehabilitación de las viviendas y de los núcleos urbanos, la protección al medio ambiente y el uso racional de los recursos económicos.»

- b. En cuanto a técnicas concretas, a lo largo de la exposición haremos referencia a algunas de ellas (convenios de rehabilitación, expropiación a favor de las comunidades de propietarios, etc). En este momento nos gustaría detenernos en el establecimiento de un sistema informativo general e integrado (art. 108) (14), la exigencia de preferencia de

---

(14) Téngase en cuenta al respecto, el desarrollo del *Sistema de Información Urbana (SIU)*, a que se refiere la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por parte del Ministerio de Fomento mediante el Portal de Suelo y Políticas Urbanas

instrumentos jurídicos integrales (art. 119 b), el derecho de los usuarios de viviendas o locales a realojo durante la realización de las obras de rehabilitación en elementos o servicios comunes que impidan su uso (o a su sustitución por una compensación económica, art. 110.3), la posibilidad de que los instrumentos ordenadores de la rehabilitación además de contenerse en planes puedan aprobarse de forma independiente, aplicando el procedimiento de elaboración de reglamentos (art. 110.4) y la regulación de las obras e instalaciones necesarias (art. 111), que supone la precisión del concepto de obras necesarias de la LPH.

Dada la relevancia de este último punto, le dedicaremos más espacio a continuación, en un apartado específico

- c. La rehabilitación y conservación del parque inmobiliario residencial está muy condicionada por el régimen de ocupación. La LPH, al regular en el artículo 10 las obras necesarias de conservación y de accesibilidad, ya tiene en cuenta que éstas pueden hacerse por iniciativa propia de la comunidad o por orden de la administraciones públicas, al establecer que los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.

Pues bien, el art. 111 de la LES se refiere a la realización de obras de mejora previstas en un programa, plan u otro instrumento legal de rehabilitación de viviendas, aprobado y en vigor, siempre que se trate de obras «que sirvan para garantizar los derechos reconocidos por Ley a las personas, especialmente las que padezcan alguna discapacidad, o vengan impuestas por normas legales sobrevenidas por razones de seguridad, adecuación de instalaciones y servicios mínimos, reducción de emisiones e inmisiones contaminantes de cualquier tipo y las necesarias para reducir los consumos de agua y energía».

En estos casos, la aprobación de estos instrumentos comporta la declaración de utilidad pública o interés social a efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos precisos para su ejecución. Además,

---

([http://siu.vivienda.es/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=52&Itemid=92](http://siu.vivienda.es/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=92) &lang=es) que incluye un *Observatorio de la Vulnerabilidad urbana*

([http://siu.vivienda.es/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=82&Itemid=75&lang=es](http://siu.vivienda.es/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=82&Itemid=75&lang=es)) que contiene un *Atlas de la vulnerabilidad urbana* con información relativa a barrios vulnerables en España. Se entiende por Barrio Vulnerable (BV) un conjunto urbano de cierta homogeneidad y continuidad urbanística, vinculado siempre a un Área Estadística Vulnerable (AEV), que pretende establecer una delimitación urbanística que se corresponda con una realidad física y morfológica. Por AEV se entiende una agrupación de secciones censales colindantes y de cierta homogeneidad urbanística, de entre 3.500 y 15.000 habitantes en las que al menos uno de los tres Indicadores de Vulnerabilidad considerados (índice de estudios, de paro o de carencias en las viviendas—sin agua corriente, sin wc dentro de la vivienda, o sin baño o ducha—) del conjunto supere el valor establecido como referencia

estas obras tienen el carácter de necesarias, de acuerdo con lo previsto en la LPH (15), debiéndose ser obligatoriamente costeadas por los propietarios, no siéndoles de aplicación el art. 17 LPH (16) y debiendo

---

(15) Artículo 10 LPH

«1. Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad.

2. Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.

3. Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.

4. En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley.

5. Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y accesibilidad a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales».

(16) El artículo 17 LPH señala lo siguiente:

«Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas:

1. La unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad.

El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. El arrendamiento de elementos comunes que no tenga asignado un uso específico en el inmueble requerirá igualmente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta Ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.

A los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios.

la Junta limitarse a acordar la derrama pertinente y los términos de su pago. El proyecto de ley establece limitaciones y precisiones en la realización de estas obras, excluyendo el carácter de necesarias en el caso de que exista alguna unidad familiar de la comunidad con ingresos anuales inferiores a 2,5 veces el IPREM (excepto en caso de que las ayudas públicas a las que se puedan acceder impidan que el coste anual repercutido de las obras supere el 33% de sus ingresos anuales) y previendo la afección real de las viviendas al cumplimiento del deber de costear las obras a partir de la autorización administrativa o de la

---

2. La instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación regulados en el Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes, las como la instalación de sistemas comunes o privativos, de aprovechamiento de la energía solar, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, podrá ser acordada, a petición de cualquier propietario, por un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación.

La comunidad no podrá repercutir el coste de la instalación o adaptación de dichas infraestructuras comunes, ni los derivados de su conservación y mantenimiento posterior, sobre aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo. No obstante, si con posterioridad solicitasen el acceso a los servicios de telecomunicaciones o a los suministros energéticos, y ello requiera aprovechar las nuevas infraestructuras o las adaptaciones realizadas en las preexistentes, podrá autorizarseles siempre que abonen el importe que les hubiera correspondido, debidamente actualizado, aplicando el correspondiente interés legal.

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente respecto a los gastos de conservación y mantenimiento, la nueva infraestructura instalada tendrá la consideración, a los efectos establecidos en esta Ley, de elemento común.

3. El establecimiento o supresión de equipos o sistemas distintos de los mencionados en el apartado anterior que tengan por finalidad mejorar la eficiencia energética o hídrica del inmueble, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a esta norma obligan a todos los propietarios.

No obstante, si los equipos o sistemas tienen un aprovechamiento privativo, para la adopción del acuerdo bastará el voto favorable de un tercio de los integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación, aplicándose, en este caso, el sistema de repercusión de costes establecido en el apartado anterior.

Si se tratara de instalar en el aparcamiento del edificio un punto de recarga de vehículos eléctricos para uso privado, siempre que éste se ubicara en una plaza individual de garaje, sólo se requerirá la comunicación previa a la comunidad de que se procederá a su instalación. El coste de dicha instalación será asumido íntegramente por el o los interesados directos en la misma.

4. Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Cuando la mayoría no se pudiese lograr por los procedimientos establecidos en los párrafos anteriores, el Juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda Junta, y oyendo en comparecencia los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas.»

orden de ejecución de las mismas, que se hará constar en el Registro de la propiedad (111. 2 y 3, respectivamente).

En fin, desde la perspectiva competencial en que ahora nos movemos, la Disposición Final Primera de la Ley de Economía Sostenible señala como el capítulo IV del Título III, el que nos interesa a nosotros, se elabora apoyándose el Estado en el art. 149.1.13 CE con carácter general (*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*), si bien se especifican preceptos amparados por otros títulos competenciales, como el art. 111.5 (vinculado al art. 149.1.18, al estar vinculado a la expropiación en beneficio de la comunidad de propietarios, como veremos), 110. 2 y 4 y 111.2 y 4 (vinculados a los arts. 149.1.6 y 8, competencia estatal sobre legislación mercantil y civil).

Sin necesidad ahora de efectuar un análisis exhaustivo de esta cuestión (17), cabe señalar, a nivel general, que la utilización del art. 149.1.13 CE ha podido resultar en ocasiones excesiva (pues *no todo* el urbanismo y vivienda son economía ni puede emplearse esta materia como comodín sin violentar las reglas constitucionales, que establecen, no lo olvidemos, que el urbanismo y la vivienda son competencia exclusiva autonómica), mientras que puede sorprender que la entrada en juego de diversos derechos constitucionales (pues el urbanismo y la vivienda *no afectan sólo* a la economía), como veremos, y no únicamente el derecho de propiedad, art. 33 CE, en el ámbito del urbanismo y la vivienda y específicamente la rehabilitación, no provoque una reflexión renovada sobre el papel del art. 149.1.1 CE y sus posibilidades y límites, por ejemplo en conexión con el derecho a la vivienda (art. 47 CE). Debe notarse, por ejemplo, que en el caso del capítulo IV del Real Decreto-Ley 8/2011, la Disposición Final Primera vincula el mismo con los arts. 149.8, 13 y 23, pero también con el mencionado art. 149.1.1 CE, esto es con el establecimiento de una «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», en este caso, cabe entender, en relación con el derecho a la vivienda. Consideramos que, sin vulnerar las competencias autonómicas en la materia, esta vía puede ser desarrollada en el futuro.

Un ejemplo de lo que estamos planteando, aplicado a una técnica concreta, puede ser el de la regulación referida a los derechos de retorno y realojamiento, tan conectados en un plano concreto y nacional con las, en ocasiones, abstractas elucubraciones sobre la *gentrificación* o, más ampliamente, la mezcla social urbana, a la que luego nos referiremos.

En nuestra opinión, debería evaluarse y mejorarse la existente regulación de los *derechos de retorno y realojamiento* tanto por parte del legislador estatal como por parte del ámbito autonómico.

---

(17) PONCE SOLÉ, J., «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo estatuto de autonomía de cataluña y de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», *REAF*, núm. 7, octubre 2008, p. 145-195

Inexistentes hasta la ley 8/1990 (momento hasta el que sólo existía la extinción del contrato de arrendamiento y el pago del correspondiente justiprecio, insuficiente para la obtención de un nuevo alojamiento en el mercado, o el reconocimiento de aprovechamientos y las indemnizaciones por demoliciones para propietarios), los derecho de realojamiento y retorno, aunque son cruciales, están mal y poco regulados, débilmente estudiados y oscuramente tratados por la jurisprudencia (18).

En el caso del derecho de realojo y por lo que se refiere al *legislador estatal*, la Ley de suelo de 2007 sólo aludió a la cuestión en su art. 16.1, apartado e, como un deber en las actuaciones de transformación urbanística («Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente»), mientras que el Texto Refundido de 2008 repite, sin alterar, la DA 4 de la ley del suelo de 1992, en su Disposición Adicional Undécima.

De tal manera que el legislador estatal, pese a que la STC 61/1997, FJ 41, letra c, dejaba expresamente abierta la puerta a una cierta regulación estatal (19), no regula en la LS el derecho de realojo, *en el caso de transformación urbanística en suelo urbano no consolidado mediante sistemas de gestión privada, diferentes de la expropiación*. Ahora la LS, en su art. 110.3 añade una precisión a la LS señalando que los usuarios de viviendas o locales por cualquier título en edificios donde se lleven a cabo obras de rehabilitación en elementos o servicios comunes que les impidan el uso tendrán derecho al realojo en otra vivienda o el uso de otro local en el mismo edificio, si disponible, o en edificios colindantes o cercanos o a una compensación económica que cubra el daño causado si no fuera posible.

Por lo que se refiere a las leyes de las CCAA, en el caso de la gestión del planeamiento que no sea por expropiación, la legislación autonómica, con excepciones, no exige directamente el derecho de realojamiento, sino que se remite a una legislación inespecífica. Efectivamente, cabe notar que tampoco existe legislación autonómica cubriendo este supuesto, existiendo ahora una laguna ahora tras la STC citada, salvo excepciones (ej. Cataluña, art. 114 Ley de suelo y Decreto 80/2009, considerándolo una carga urbanística para el privado).

Por otro lado, nada dice tampoco la legislación estatal sobre el derecho de realojamiento y la lucha contra excesiva gentrificación por expulsión del área de antiguos ocupantes [como sí hace, por ejemplo, Cataluña en el Decreto

---

(18) En este sentido, véase MARTÍNEZ BOROBIO, D., *Derechos de Realajo y Retorno en la Gestión Urbanística*, Editorial Montecorvo, 2006, pág. 21

(19) FJ 41, letra c: «El Estado podría, en su caso, establecer como norma básica una garantía mínima de carácter compensatorio, para aquellos supuestos en los que si bien no se actúa por expropiación los ocupantes ilegales se ven privados de sus viviendas»

80/2009, en Exposición de Motivos y al introducir el art. 219 quinquies del Reglamento de la Ley de Suelo [20]).

Por lo que se refiere al derecho de retorno, no se contempla éste en caso de ruina, debido a la redacción de la LAU de 1994 y su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia (pero sí lo hace Cataluña en art. 34 de la Ley del Derecho a la Vivienda, como luego veremos). Efectivamente, en el caso del derecho de retorno, la DA 8 de la LAU de 1994 exige que sea el planeamiento quien demande el derribo total o la rehabilitación total de la finca para dar lugar al nacimiento del derecho de retorno (21): debería suprimirse tal exigencia en la LAU, que imposibilita el nacimiento del derecho en los casos de pura ruina.

En definitiva, en la regulación estatal actual, y en el texto de la la STC 61/2007, de la que aquélla trae causa, parece carecerse de una preocupación por fijar una garantía mínima del derecho a la vivienda y del derecho a la igualdad mediante éstas técnicas, que podría estar justificada mediante el art. 149.1.1 CE.

¿Cabría plantear pues una norma específica y global estatal en materia de regeneración a tenor de lo visto en relación con el marco competencial? Dejando de lado ahora si sería una buena opción legislativa desgajar esta materia de la Ley de suelo vigente, o sería preferible incluir ese «estatuto de la rehabilitación» en ella, es posible sostener que, de hecho, el Estado, de la mano de la Ley de suelo, como hemos visto, de los sucesivos Planes de Vivienda que ha ido aprobando, de la Ley de Propiedad Horizontal, de Ley de Arrendamientos

---

[20] Véase su exposición de motivos:

«Les actuacions urbanístiques, tant les executades pel sistema de reparcel·lació com les dutes a terme pel sistema d'expropiació, poden afectar especialment, i més enllà dels béns i drets indemnitzables econòmicament, el dret a l'habitatge de les persones que viuen i destinen a residència habitual i permanent els habitatges afectats per l'actuació.

Per aquest motiu, històricament la normativa urbanística i la d'expropiació forçosa han reconegut als ocupants legals d'habitatges afectats per actuacions urbanístiques, que constitueixen la seva residència habitual, l'anomenat dret de real·lotjament com un dret independent a la indemnització que els pogués correspondre pels seus drets o béns afectats. Aquest dret garanteix a la persona afectada l'accés a un nou habitatge dins el mateix àmbit d'actuació, llevat dels supòsits en què no sigui possible; en aquest cas regeix el criteri de major proximitat a la ubicació originària.»

Y téngase en cuenta la modificación que opera del art. 219 (quinquies ahora) del reglamento de la ley urbanística:

«Els habitatges de substitució han de complir les condicions següents:

«a) Han de tenir la superfície adequada a les necessitats dels titulars del dret de real·lotjament, dins dels límits de superfície propis de la legislació sobre habitatges de protecció pública.

«b) Poden ser de nova construcció o de segona mà en condicions d'ús immediat.

«c) Han de trobar-se en el mateix àmbit d'actuació, llevat que no sigui possible per raó de les tipologies edificatòries o dels usos previstos o, excepcionalment, per altres causes degudament justificades. En aquests casos, regeix el criteri de major proximitat a la ubicació originària.»

[21] Véase MARTÍNEZ BOROBIO, D., *Derechos de realojo y retorno en la gestión urbanística*, Montecorvo, 2006, pp. 175 y ss. Téngase en cuenta la STS de 25 de enero de 1999 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 2 de septiembre de 1998 (jurisdicción civil).



Urbanos, de la LES o de la legislación de Patrimonio Histórico ya tiene un corpus normativo afectando a la regeneración.

*Sería recomendable pensar en una ampliación, reunificación y modernización de estos elementos normativos, opción que podría tener indudables efectos de seguridad jurídica al agrupar todos los preceptos pero que, en todo caso, debería respetar el reparto competencial constitucional y estatutario de acuerdo con la apuntada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* En esta línea se sitúa la recién aprobada Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, cuya Disposición Adicional decimonovena señala que la misma «tiene el carácter de legislación básica sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.13.º de la Constitución» y que se ampara en otros títulos constitucionales, entre los que se encuentra, por cierto, el mencionado art. 149.1.1 CE.

Pero, desde luego, son las Comunidades Autónomas las que en desarrollo del marco básico estatal y en ejecución de sus competencias, actores cruciales en este ámbito, con independencia de lo que luego se dirá sobre el nivel local.

No es éste el momento ni el lugar de analizar exhaustivamente los desarrollos autonómicos en esta materia, aunque sí quisiera hacer referencia ahora a alguno de ellos, a modo de ejemplo, provenientes de la Comunidad Autónoma catalana, donde la Ley 2/2004, de 4 de junio, conocida popularmente como «de barrios» y la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, suponen dos hitos a nivel autonómico y, quizás estatal, por cuanto ya existen iniciativas normativas de otras comunidades autónomas en parecidas direcciones (22).

— La Ley catalana 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial., una auténtica ley anti-gueto, que actúa como una *Unidad de Vigilancia Intensiva* de ámbitos urbanos que ya se encuentran en dificultad. La Memoria del anteproyecto de ley que se convirtió posteriormente en la norma citada señalaba que de acuerdo con los datos disponibles, de las 39.110 ha destinadas a usos residenciales en la Región Metropolitana de Barcelona, 21.669 están afectadas en diversos grados por déficits de calidad urbana (el 55% del suelo residencial metropolitano, donde vive la mitad de la población de Cataluña), acompañados frecuentemente por «una acusada problemática social: envejecimiento, bajo nivel de renta, bajo nivel educativo, pérdida de población y concentración de grupos con necesidades especiales». Esta problemática parece más grave en una serie de barrios que representan unas 180.000 viviendas y una población de 400.000 habitantes.

---

(22) Respecto a la ley de barrios, téngase en cuenta la ley balear 2/2009, de 19 de marzo, de rehabilitación y mejora de los barrios de los municipios de las Islas Baleares, estableciendo un marco similar a la ley de barrios catalana. Por lo que se refiere a la ley del derecho a la vivienda, considérese, por ejemplo, la 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda, que declara la actividad de vivienda social como servicio de interés general, al igual que lo hace la catalana en su art. 4.

Desde un punto de vista jurídico, la Ley articula el despliegue de una actividad de fomento sobre esas áreas urbanas. Mediante su breve articulado (12 preceptos) esta norma establece un sistema basado en las solicitudes municipales de ayudas para proyectos integrales de recuperación de aquellas áreas urbanas que merecen una atención especial, por concurrir en ellas diversos problemas, entre ellos los demográficos y entre éstos un alto porcentaje de inmigración extracomunitaria (23).

Las solicitudes municipales son evaluadas por una comisión formada por una mayoría de representantes de la Generalitat de Cataluña, por representantes del mundo local y de los sectores afectados (art. 9). Esta comisión evalúa las solicitudes teniendo en cuenta el principio de equidad territorial (art. 9) y eleva una propuesta de resolución al consejero competente en la materia, quien es el órgano competente para adoptar la resolución final (debiendo motivar cualquier variación respecto de la propuesta de la comisión). En caso de concesión de la ayuda, la Generalitat cubrirá un mínimo del 50% del coste previsto, hasta un máximo del 75%, debiendo el resto ser aportado por el Ayuntamiento (art. 10). Las ayudas permiten la intervención sobre el medio ambiente urbano de estas áreas, pero no sobre los elementos privativos de las viviendas (sean libres o protegidas; y en ningún caso sobre elemento alguno del parque público de vivienda, art. 5.3 del Reglamento de la Ley).

Asimismo, la Ley diseña un sistema de evaluación *ex post* del grado de cumplimiento de los proyectos que obtuvieron las ayudas, mediante la creación de una comisión ad hoc, formada por representantes de la Generalitat, por representantes del mundo municipal, vecinal y de la sociedad civil (art. 12).

El Dictamen del Comité de las Regiones de 2007 sobre Política de vivienda y política regional, antes citado, ha incluido este programa entre los ejemplos de buenas prácticas europeas (24). Desde su puesta en marcha, se ha comprometido un total de 1300 millones de euros.

Desde un punto de vista jurídico se trata de una ley corta, cuya evaluación «*ex post*» podría conducir a introducir algunas evoluciones jurídicas en la misma a la vista de las experiencias desarrolladas (25). Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de perfeccionar la transversalidad de las políticas públicas (que afectan a diversos derechos, como veremos) implicadas en la regeneración urbana. Un ejemplo en este sentido podría ser el de las políticas públicas de

---

(23) Véase el art. 6 del Decreto 396/2004, de 7 de septiembre, por el que se desarrolla esta ley, que, por ejemplo, cita la existencia de un alto porcentaje de inmigración como una circunstancia específica de tales áreas a considerar singularmente para poder recibir las ayudas.

(24) Los datos concretos de las convocatorias resueltas pueden consultarse en: <http://www10.gencat.net/ptop/AppJava/cat/arees/ciutat/barris/index.jsp>

(25) Véase el trabajo de MARTÍ COSTA, M. y PARÉS, M. (coords): *Llei de barris: cap a una política de regeneración urbana participada i integral*, Barcelona, 2009, Generalitat de Catalunya, consultable en <http://www.eapc.es/publicacions/coedicions/coe32sum.htm>, así como la publicación del Departamento de Política Territorial Titulada *La Ley de Barrios*

vivienda. En este sentido, por ejemplo, se ha señalado que «sin embargo su propia transversalidad y la exclusión de las inversiones sobre vivienda como subvencionables, no le permiten actuar como vía de solución para algunos casos en los que el problema profundo se centra, especialmente, en el tejido residencial: en su configuración impenetrable y en su baja calidad aliada con una alta ocupación. Dar respuesta a situaciones de este tipo es, hoy, una asignatura pendiente. Hasta ahora hemos reaccionado ante requerimientos una vez producidos los mismos. Reaccionar preventivamente es más difícil» (26).

Por otro lado, y en conexión con el derecho a la igualdad en la ciudad al que luego se aludirá, podría avanzarse en el objetivo de mantener y potenciar la mezcla social sobre las áreas en las que se actúa, introduciendo, por ejemplo, una referencia en los criterios de evaluación de los proyectos municipales. Se produciría así, la tan necesaria interconexión entre diversas políticas públicas y la protección y promoción de los diversos derechos implicados en la ciudad.

En todo caso, la crisis económica vigente paralizó la convocatoria de nuevas ayudas al amparo de esta ley de barrios durante 2011, por lo que la virtualidad futura posible de la ley ha quedado, por el momento congelada.

— Por lo que se refiere a la ley del derecho a la vivienda catalana, ésta presta especial atención a las cuestiones de conservación y rehabilitación, introduciendo diversas técnicas en parte novedosas, que están todavía, por desarrollar en la gestión concreta, quizás debido a que la ley es reciente y a una falta de conocimiento sobre la misma. Asimismo, *la ley considera la rehabilitación no únicamente en zonas ya degradadas, sino en el conjunto de la ciudad, esto es áreas todavía no degradadas. Lo que pone encima de la mesa una idea interesante: es mejor (más eficiente, más eficaz socialmente) conservar que rehabilitar (hablemos de edificios o de barrios) y es mejor rehabilitar preventivamente para evitar la degradación que reaccionar cuando ésta ya se ha producido.*

Así, podemos destacar ahora algunos aspectos de la ley catalana 18/2007, del derecho a la vivienda, vinculados con la regeneración, de forma inevitablemente rápida, deteniéndonos algo más, sin embargo, en las dos primeras, por su novedad y su salto a la legislación estatal y remitiéndonos a posteriores reflexiones en el caso de algunas de ellas:

*a) La expropiación o la ocupación temporal en edificios en régimen de propiedad horizontal*

Como ya hemos visto, la rehabilitación y conservación del parque inmobiliario residencial está muy condicionada por el régimen de ocupación. Pero,

---

(26) SERRA I AMENGUAL, P., «Actuaciones sobre barrios de especial interés. Programas de intervención en Cataluña», ponencia entregada por escrito en el seminario *Renovación urbana y cohesión social en un contexto de crisis*, San Sebastián, julio de 2010, organizado por Ekiten Thinking (<http://www.ekitenthinking.org/entrada.html>) en el marco de los cursos de verano de la Universidad de San Sebastián.

como señala SIBINA, a quien citaremos continuamente en este ámbito (27), «ello no resuelve la cuestión de la imposibilidad de dar cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación establecido en la legislación, cuando las obras o instalaciones precisas exigen eliminar, ocupar parcialmente o modificar la vivienda o local que conforma el espacio de propiedad singular y exclusiva de cada comunero o de las instalaciones generales de la comunidad u otros elementos comunes de las que tiene atribuido el uso privativo».

La anterior circunstancia no se resuelve siempre, de acuerdo con SIBINA, con la obligación, prevista en el artículo 9.1.c) LPH, de los propietarios de consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados. Los tribunales, al aplicar esta obligación, han afirmado que no puede convertirse en una expropiación privada de carácter forzoso en el sentido de que los acuerdos adoptados al amparo del artículo 17 LPH puedan imponer un *menoscabo que inutilice total o parcialmente el elemento privativo*. (28)

Cuando al artículo 32 Ley catalana derecho a la vivienda prevé la expropiación o la ocupación temporal en edificios en régimen de propiedad horizontal, no lo realiza para hacer imponer el acuerdo de una determinada mayoría de propietarios, que permita que adquieran para el común de la comunidad forzosamente los elementos privativos de un tercero. Se trata de garantizar el cumplimiento del deber legal de conservación y rehabilitación, que para ser exigido no exige mayoría alguna (el apartado 1 del precepto establece que «si las obras, instalaciones o implantación de usos que deben realizarse en inmuebles en régimen de propiedad horizontal para cumplir el deber de conservación y rehabilitación hacen necesaria la expropiación o la ocupación temporal de elementos privativos o comunes de uso privativo, los interesados pueden instar a la Administración competente a incoar un expediente a tal fin») (29).

---

(27) SIBINA, D., «La conservación y rehabilitación del parque inmobiliario residencial», en PONCE y SIBINA coords. (2008), pp. 387 y ss.

(28) Véase, por ejemplo, la sentencia 52/2002, de 1 de febrero, de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª)

(29) Incumplir ese deber tiene graves consecuencias. Así, por ejemplo, la ley del derecho a la vivienda de Cataluña tipifica como infracción muy grave de la conducta «incumplir el deber de conservación y rehabilitación, si supone un riesgo para la seguridad de las personas». O la tipificación como grave de «incumplir el deber de conservación y rehabilitación, si supone una afectación grave de las condiciones de habitabilidad de los edificios». La responsabilidad y la sanción que pueda imponerse por estas conductas no queda enervada por la inexistencia de quórum comunitario, por no ser una cuestión de decisión privada y convencional, sino una decisión propia o consecuencia de una orden que se dicta por las administraciones públicas para hacer cumplir un deber legal

En esta línea, véase ahora la ley de Economía Sostenible, en el que el art. 111.5 y 6 prevén la expropiación en beneficio de la correspondiente comunidad de propietarios o agrupaciones de éstas (30)

*b) Los convenios de rehabilitación*

De nuevo siguiendo a SIBINA, éste expone como el artículo 39 Ley catalana derecho a la vivienda regula los convenios de rehabilitación, que «pretenden superar el planteamiento del fomento de la rehabilitación a golpe de convocatoria periódica de subvenciones y ayudas, para sustituirlo por una acción concertada y que se desarrolla en el tiempo en función de las necesidades y posibilidades de las administraciones públicas y de los interesados».

El apartado 2 del artículo 39 establece que «el convenio de rehabilitación debe incluir el programa de actuaciones de conservación y rehabilitación que deben ejecutarse, especificando si son subvencionadas o a fondo perdido, y las obligaciones concretas que asume cada una de las partes. En todo caso, el propietario o propietaria debe comprometerse a ejecutar inmediatamente las obras dirigidas a garantizar las condiciones básicas de seguridad», y el apartado 3, que «los planes de rehabilitación de viviendas que apruebe el Gobierno deben establecer una línea específica de ayudas para atender a los convenios de rehabilitación». A su vez, la declaración de las áreas de conservación y rehabilitación, a las que luego nos referiremos puede conllevar dotarlas de un

---

(30) «5. La ocupación de aquellas partes de pisos o locales de edificios destinados predominantemente a uso de vivienda y constituidos en régimen de propiedad horizontal que sea indispensable para la instalación de servicios comunes que, siendo legalmente exigibles, estén previstos en planes, programas o instrumentos de rehabilitación y, en todo caso, el de ascensor, se declara necesaria para su expropiación en beneficio de la correspondiente comunidad de propietarios o agrupación de éstas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a. Resulte inviable técnica o económicamente cualquier otra solución.

b. Quede garantizado el respeto de la superficie mínima y los estándares exigidos para locales, viviendas y espacios comunes de los edificios.

6. La ocupación de las superficies de espacios libres o de dominio público, que sea indispensable para la instalación de servicios comunes que, siendo legalmente exigibles, estén previstos en planes, programas o instrumentos de rehabilitación y, en todo caso, el de ascensor, se declara, causa suficiente para su desclasificación y, en su caso, desafectación y enajenación posterior a la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios correspondiente, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a. Resulte inviable técnica o económicamente cualquier otra solución.

b. Quede garantizado el respeto de la superficie mínima y los estándares exigidos para espacios libres y dotaciones públicas, así como la funcionalidad del dominio público, en los casos en que se trate de la ocupación de cualquiera de los espacios citados.

La ocupación de suelo por las instalaciones del ascensor, tales como vestíbulos, descansillos y acceso a viviendas derivados de la instalación, así como del subsuelo y vuelo correspondientes, objeto de la desclasificación como espacio libre y, en su caso, desafectación del dominio público a que se refiere el párrafo anterior, no es computable en ningún caso a efectos del volumen edificable ni de distancias mínimas a linderos, otras edificaciones o la vía pública».

fondo específico para realizar convenios de rehabilitación [artículo 37.f) Ley derecho a la vivienda].

La mención al carácter de las ayudas de si son o no a fondo perdido se concreta en el apartado 4, en el que se precisa que «pueden fijarse mecanismos de recuperación de las ayudas para el supuesto de que se produzca una transmisión onerosa del inmueble, de acuerdo con lo establecido por los planes de rehabilitación».

SIBINA señala como el contenido del convenio es por tanto complejo y abierto. Los mecanismos de garantía que establece la ley catalana son: a) el contenido del convenio de rehabilitación debe ser una condición especial de la correspondiente licencia de obras; b) los pactos con trascendencia real deben inscribirse en el Registro de la Propiedad; c) la resolución del convenio no deja sin efectos, en ningún caso, el destino de las viviendas de protección oficial previstas, y d) el incumplimiento del convenio de rehabilitación da lugar a su resolución y puede suponer la prohibición temporal del uso residencial, multas coercitivas, la ejecución subsidiaria a cargo de los obligados y la inscripción en el Registro Municipal de Solares sin Edificar.

Estos convenios están sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y están excluidos del ámbito de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en virtud de su artículo 4 d). En cuanto el convenio incluya ayudas que puedan ser calificadas como subvenciones debe aplicarse la LGS, supletoriamente a las reglas específicas previstas en la legislación de vivienda y en los planes de vivienda y rehabilitación.

Ahora en la Ley de Economía Sostenible sigue la senda de la legislación catalana en su art. 110.5 (31)

### *c) Derechos de tanteo y retracto*

Como es sabido, desde la perspectiva del sujeto pasivo obligado por estos derechos, en general, el tanteo es la obligación que tiene el propietario de un bien o derecho de comunicar al titular del derecho la enajenación proyectada y las condiciones de la misma, con el fin de que éste pueda hacer uso de su derecho y adquirirlo, si lo desea, con preferencia sobre los demás posibles adquirentes, lo que supone una limitación al derecho de propiedad, concretamente a la facultad de disponer. Y el retracto es la obligación que tiene el adquirente

---

(31) «La Administración o Administraciones actuantes, los consorcios por ellas constituidos o las entidades o sociedades que los gestionen pueden convenir los términos y condiciones de su ejecución con los propietarios de edificios, pisos o locales, las comunidades de propietarios y agrupaciones de éstas. Los convenios pueden incluir las ayudas públicas previstas.

En los supuestos en que se den las condiciones necesarias al efecto, para edificios concretos y también mediante convenio, puede establecerse la ejecución privada de la rehabilitación por empresas que, individualmente o agrupadas y sustituyendo a la propiedad del inmueble, asuman la realización a su costa de la totalidad de las obras a cambio de la cesión de parte determinada del edificio rehabilitado.»

del bien o derecho de comunicar la adquisición al titular del derecho, con el fin de que éste pueda comprobar la coincidencia entre la transmisión proyectada y la efectivamente realizada. (32)

En el caso de los derechos de tanteo y retracto del artículo 15 de la Ley del derecho a la vivienda, el primero supone una potestad establecida a favor de un sujeto público que le permite, en un perímetro previamente establecido, subrogarse en el lugar del adquirente en aquellas transmisiones onerosas que se pretendan realizar sobre los bienes y derechos previamente determinados. Mientras el retracto constituye un mecanismo de garantía que permite la subrogación en el lugar del adquirente del bien o derecho cuando se hubiese omitido o falseado la obligación de realizar la comunicación de la citada transmisión.

Esta técnica puede tener mucho sentido en áreas degradadas para evitar que la degradación se traspase al precio y se perpetúe. En el marco de estas reflexiones generales sobre el concepto de tales derechos, cabe plantear su utilidad como instrumento de gestión pública, cuestión asociada, como veremos, a la concreta regulación legal existente.

En particular, es razonable plantearse la eficacia real de estos derechos en el desarrollo de políticas públicas, teniendo en cuenta que, si bien no directamente en el ámbito de la vivienda hasta la Ley del derecho a la vivienda, hace ya décadas que se encuentran regulados en la legislación urbanística, siendo su uso, por decirlo suavemente, escaso.

¿Por qué ocurre tal cosa? ¿Sucederá lo mismo con la aplicación futura del artículo 15 de la Ley del derecho a la vivienda?

Respecto a la primera cuestión, la respuesta a la misma no debería olvidar el hecho de que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como es el caso del francés, (33) la regulación existente hasta la fecha de estos derechos ha supuesto una transposición mimética de la civil, *dejando en manos de los propietarios la fijación de los precios objeto de tanteo*, lo que, como es obvio, afecta a la

---

(32) RAMOS MEDRANO, J.A. (1995): *Los derechos de tanteo y retracto en la legislación urbanística*, Dykinson, p. 23.

(33) En ocasiones, se ensalza el mecanismo jurídico equivalente francés (*droit de préemption*) y, sobre todo, su efectiva y no inusual utilización por las administraciones galas, que se pretendería fuera similar en España y Cataluña. Sin embargo, se olvida un aspecto crucial del sistema francés: la Administración no tiene por qué aceptar el precio de venta, pudiendo acudir, si lo considera excesivo, a la intervención de la jurisdicción competente en materia expropiatoria, la cual fijará el precio (no se trata de una indemnización) vinculante. Naturalmente, este *pequeño* detalle jurídico condiciona la eficacia de la institución y su uso al servicio de políticas públicas activas de protección de una serie de intereses generales, incluido la generación de vivienda asequible no segregada. Sobre el sistema francés, puede consultarse MORAND-DEVILLER, Jacqueline (2006): *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 7ª edición, p. 70-77. Debo agradecer al señor Manuel Monfort Pastor la iluminación sobre este punto, mediante la lectura de su trabajo «El patrimoni municipal de sòl i habitatge. L'experiència de Mataró», elaborado durante el Curso de Postgrado en Gobierno Local de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en su 5ª edición.

operatividad práctica de la institución. (34) Cuando la situación económica es boyante y los precios de los inmuebles altos, tales derechos serán raramente ejercidos por las administraciones urbanísticas, ante los precios a pagar. Por el contrario, en momentos de recesión, como el actual, si bien ocurrirá lo contrario, lo cierto es que la marcha económica también afectará a los ingresos públicos y, en consecuencia, a la disponibilidad presupuestaria para adquirir inmuebles.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, en relación específica con el artículo 15 de la Ley, debe tenerse en cuenta, en referencia a lo anteriormente expuesto, la existencia de una particularidad en la ley. Efectivamente, ahora el artículo 15.4 de la Ley señala que:

«Los derechos de tanteo y retracto pueden ser ejercidos por la Administración pública ya sea por cuenta propia, ya sea en favor de los promotores a los que se refiere el artículo 51, ya sea en favor de los sujetos a los que se refiere el artículo 87.3.» (35)

Ahora bien, es este caso, el artículo 15.5 señala que la Administración «puede», más bien debe, pues ese es el sentido de que terceros se beneficien del ejercicio de tales derechos:

«Fijar unas condiciones respecto al uso y la dedicación del inmueble que aseguren que su destino esté vinculado a las políticas sociales de vivienda del municipio. Estas condiciones pueden consistir en exigir que una parte del inmueble se destine a viviendas de protección oficial o vinculadas a políticas sociales, más allá de los porcentajes máximos de reserva establecidos por el artículo 17 y por el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo.»

#### *d) Ruina, responsabilidad y retorno*

En cuanto a los supuestos de ruina, la conocida desconexión entre el resultado, la ruina, y la causa de la misma, puede llegar a hacer atractivo el incum-

---

(34) Como es sabido, la jurisprudencia civil insiste en que el ejercicio de tales derechos implica el pago del precio real de la cosa (por ejemplo, STS de 30 de marzo de 1995, Sala Civil). Salvando, naturalmente, el supuesto de viviendas sujetas a régimen de protección pública y, por tanto, con precio limitado, en que el tanteo y retracto no puede ejercitarse por un precio superior al fijado en la normativa (artículo 228 Reglamento Ley urbanismo de Cataluña), aspecto no recogido explícitamente en el artículo 15 de la Ley.

(35) El artículo 51 se refiere a los promotores sociales de vivienda. El artículo 87.3 se refiere a los siguientes sujetos: La Administración de la Generalitat ejerce los derechos de adquisición en beneficio propio, del municipio o de los promotores públicos a que se refiere el artículo 80.2, así como en favor de entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto sea el alojamiento de colectivos vulnerables que necesitan una tutela especial, o en favor de personas físicas inscritas en el Registro de Solicitantes de Vivienda de Protección Oficial, que deben subrogarse en la posición de la Administración. En este último caso, la persona beneficiaria del derecho de adquisición es la que sea seleccionada en el proceso de adjudicación establecido por la presente ley para la adjudicación de viviendas de protección oficial.



plimiento del deber de conservación por parte de los propietarios, pues éste termina con la ruina y es conocido el efecto de la misma sobre los ocupantes del inmueble.

Para la Ley catalana, el elemento causal ha adquirido, sin embargo, gran relevancia, como acredita su artículo 31 y expone SIBINA, a quien volvemos a seguir en este punto. Este precepto establece que las declaraciones de ruina deben contener un pronunciamiento respecto a si la situación ha podido derivarse o no de un incumplimiento previo del deber de conservación del edificio, y añade que si la situación de ruina se deriva de un incumplimiento del deber de conservación y rehabilitación, debe incoarse el expediente sancionador correspondiente, de acuerdo con lo establecido por los artículos 123 y 124. Y concluye que una vez transcurridos dos años desde el momento de la resolución administrativa de declaración de ruina sin que se haya sustituido o rehabilitado el edificio, sin causa justificada, la Administración competente puede incluirlo en el Registro Municipal de Solares sin Edificar. (36) *A su vez, el artículo 34.2 establece que los ocupantes legales que tengan su residencia habitual en edificios objeto de conservación y rehabilitación o en edificios declarados en ruina por una resolución administrativa, si no son responsables del deterioro, tienen el derecho de retorno, que corre a cargo del propietario o propietaria del inmueble, alterando así el régimen general del que hablamos en su momento.*

Como señala SIBINA, «al valorarse necesariamente en el procedimiento de declaración de ruina el incumplimiento del deber de conservación, al margen de si fue o no requerido el propietario por el arrendador (aspecto muy relevante en la jurisprudencia civil), y las consecuencias sobre los ocupantes legales de la declaración de ruina, la Ley catalana derecho a la vivienda posibilita una defensa mucho más precisa e intensa de los intereses de éstos. En concreto podrán: a) recabar de la Administración un pronunciamiento expreso sobre el derecho de retorno, si se declara la ruina, o b) solicitar ayudas directas para el pago del alquiler, (37) para poder hacer frente a los incrementos de renta que se deriven de la repercusión del coste del cumplimiento de las órdenes de ejecución de obras de conservación, si no se declara la ruina o aun declarada se realizan las obras de conservación y rehabilitación. También los propietarios del parque privado de viviendas en alquiler con baja rentabilidad a causa de la existencia de contratos anteriores a 9 de mayo de 1985, de prórroga forzosa, podrán solicitar el establecimiento de convenios entre la Administración competente que establezcan ayudas para compensar los diferenciales entre los

---

(36) Artículos 171 a 176 Ley de urbanismo de Cataluña.

(37) El artículo 72 Ley del derecho a la vivienda de Cataluña, que regula el sistema de prestaciones para el pago del alquiler, establece en su primer apartado que el departamento competente en materia de vivienda debe establecer un sistema de prestaciones para el pago del alquiler para las personas y las unidades de convivencia residentes en Cataluña con ingresos bajos y moderados a las que el coste de la vivienda puede situar en riesgo de exclusión social residencial o dificultar el proceso de inserción social.

alquileres percibidos y los alquileres que asegurarían el equilibrio económico (artículo 35.3 Ley catalana derecho a la vivienda), a la vista del coste de las obras de conservación y rehabilitación» (38).

*e) Acoso inmobiliario, viviendas desocupadas, infravivienda, sobreocupación*

El análisis del acoso inmobiliario (vid. *infra*, a propósito de la igualdad de las viviendas desocupadas, de la infravivienda y de la sobreocupación nos llevaría demasiado lejos y excede de las posibilidades de este documento. Sin embargo conviene señalar que la regeneración urbana no puede prescindir de estas realidades, que deben ser detectadas y afrontadas en el marco de la misma.

En cuanto a las viviendas desocupadas, la infravivienda y la sobreocupación, en el caso catalán, la ley del derecho a la vivienda contiene la regulación más completa sobre estos aspectos en el panorama estatal. El art. 41 de la ley señala como utilizations anómalas de las viviendas la desocupación permanente, la sobreocupación y la infravivienda, definidas respectivamente por los artículos 3, d, 3, e i 3 f (39), considerando a las dos primeras como un incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas, de acuerdo con el art. 5.2 apartados b y c (40).

---

(38) SIBINA, *op. cit.*, pp. 406 y 407.

(39) Que contiene las siguientes definiciones a los efectos de la ley:

«d) Vivienda vacía: la vivienda que queda desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A tal efecto, son causas justificadas el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia, el abandono de la vivienda en una zona rural en proceso de pérdida de población y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución.

e) Vivienda sobreocupada: la vivienda en la que se alojan un número excesivo de personas, en consideración a los servicios de la vivienda y a los estándares de superficie por persona fijados en Cataluña como condiciones de habitabilidad. Se exceptúan las unidades de convivencia vinculadas por lazos de parentesco, si el exceso de ocupación no supone incumplimientos manifiestos de las condiciones exigibles de salubridad e higiene ni genera problemas graves de convivencia con el entorno.

f) Infravivienda: el inmueble que, aun careciendo de cédula de habitabilidad y no cumpliendo las condiciones para su obtención, se destina a vivienda».

(40) «Existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas en el supuesto de que:

a) Los propietarios incumplan el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, siempre que ello suponga un riesgo para la seguridad de las personas y se les haya garantizado, si demuestran su necesidad, las ayudas públicas suficientes para hacer frente al coste de la conservación o rehabilitación de la vivienda.

b) La vivienda o el edificio de viviendas estén desocupados de forma permanente e injustificada, en las condiciones establecidas por el artículo 42.6.

c) La vivienda esté sobreocupada. «

Por razones de espacio no podemos detenernos en el análisis de las tres figuras aludidas (41), aunque más adelante algo se dirá a propósito del cuarto aspecto mencionado, el acoso inmobiliario, en relación con el derecho a la igualdad y la regeneración urbana.

*f) Inspecciones Técnicas de Viviendas*

En cuanto al deber de conservación del propietario, la ley catalana prevé las inspecciones técnicas de viviendas, pero no la impone directamente, sino que difiere a su imposición a programas de inspecciones autonómicos o locales u ordenanzas (art. 28). Las soluciones en otras legislaciones autonómicas son dispares, en algunos casos parecidos a la catalana, en otros casos estableciendo directamente por ley la obligación y el plazo para la primera inspección.

Sin embargo, establecer la obligación de mantener las construcciones y edificaciones en las condiciones de uso efectivo parece que conlleva la necesidad de una inspección periódica. Sin embargo, no podemos olvidar que si la primera inspección, sea ya por el plazo fijado por el legislador (cuando debe realizarse a los cincuenta años), ya por el hecho de que la primera se realizará en edificaciones que nunca han sido inspeccionadas (y que su construcción puede remontarse a muchísimos años), debe tenerse un especial cautela frente a la irrupción de un gran número de declaraciones de ruina, por todos los efectos que ya hemos comentado. Quizás este extremo explique las soluciones diversas y que en algunos casos se habilite a los municipios para determinar el alcance concreto.

Ahora, el art. 21 del Real Decreto Ley 8/2011 ha establecido la obligatoriedad de la inspección técnica de edificios con una antigüedad superior a 50 años, salvo que las CCAA fijen una distinta, cuando estén destinados «preferentemente» a uso residencial si están situados en municipios con población superior a 25.000 habitantes (salvo que las CCAA fijen otros estándares poblacionales o disponga la aplicación de la inspección a otros municipios distintos con las excepciones precisas «cuando las circunstancias lo aconsejen») y en municipios que las Administraciones incluyan en las áreas o los entornos metropolitanos que delimiten (Disposición adicional Tercera). Asimismo, corresponde a las CCAA y los municipios (éstos dentro de los mínimos estatales y autonómicos) determinar la forma, plazos y condiciones de las inspecciones. Parece que éste es un ámbito donde las Entidades colaboradoras de las Administraciones Públicas pueden llegar a tener un papel relevante, ante la falta de medios propios de las Administraciones para realizar tales inspecciones.

*g) Declaración de áreas de conservación y rehabilitación*

Finalmente, hacer notar que la ley del derecho a la vivienda (art. 37) incorpora la visión integral de la rehabilitación mediante la regulación que efectúa de la declaración de áreas de conservación y rehabilitación, en las cuales las

---

(41) Véase PONCE y SIBINA, Coords. (2008), pp. 463 y ss.

técnicas antes vistas (derechos de tanteo y retracto, por ejemplo) entran en acción para afrontar problemas aludidos antes (por ejemplo, sobreocupación).

Por último, pero no con menor relevancia, el nivel local debe ser también aludido, poder local competente, art. 25.2 d LBRL, de acuerdo con lo que señalen las leyes autonómicas correspondientes. En este ámbito, también debe tenerse en cuenta el potencial regulador de la mano de planes y ordenanzas locales (42) y la importancia de contar con las capacidades y recursos precisos (*know how*, vinculada a la formación, inspección, etc). Reflexión que nos llevaría demasiado lejos en estos momentos.

Conviene terminar este apartado apelando al concepto de gobernanza. (43) Probablemente sea la necesidad de construir en el futuro redes con elementos públicos y privados (pero donde el papel de ambos no puede ser idéntico debido a la responsabilidad pública en el ejercicio de sus competencias encomendadas y en el servicio al interés general, arts. 103.1 CE, art. 12 Ley 30/1992), en las que los intereses generales (entendidos como intereses no trascendentes a los de los ciudadanos y compuestos por intereses públicos y privados, aunque no por mera adición) sea uno de los temas relevantes en éste y otros ámbitos. Porque, en definitiva, a las personas y familias les preocupa que la regeneración urbana mejore su calidad de vida y proteja y promocióne sus derechos, no tanto el nivel específico de poder o la fórmula (pública, privada, público-privada) de garantizarle la efectividad de los mismos. Urge, pues, una actuación, decidida de todos los niveles de poder (de acuerdo con el principio de solidaridad y de lealtad institucional (44), en colaboración con el sector privado cuando sea posible (véase *Infra*), sin renunciar a las competencias y responsabilidades que el ordenamiento le entrega y exige ejercer), pero eso sí, no a *pesar* del sistema vigente de distribución competencial, sino *mediante* su respeto.

### III. DERECHOS Y REGENERACIÓN URBANA

Desde la perspectiva aquí adoptada, como se ha dicho, la regeneración urbana no es sólo la rehabilitación física de un edificio o la renovación física de un área urbana. Rehabilitar, renovar, regenerar no supone sólo activar la

---

(42) Un ejemplo referido a las inspecciones Técnicas de Viviendas en el caso catalán se ha expuesto antes, al citar el art. 28.2 de la ley del derecho a la vivienda.

(43) CERRILLO, A. (coord.) (2007): *Governança i bona administració*, EAPC (consultable gratuitamente en: <http://www.eapc.cat/publicacions/material/022/materials22.pdf> ).

(44) A este principio jurídico de actuación pública, derivado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Texto Fundamental y recogido en el nivel legal por los arts. 4 y ss. de la Ley 30/1992, se refiere el art. 111.6 del Proyecto de Ley de Economía Sostenible:

«Todas las Administraciones Públicas deben cooperar para asegurar la efectiva ejecución de las actuaciones de renovación y rehabilitación urbana, especialmente la aplicación coordinada de las medidas, los fondos, las ayudas y los beneficios, incluidos los previstos en programas comunitarios, que sean aplicables por razón de los objetivos perseguidos.

economía de un país (sostenibilidad económica), avanzar hacia la sostenibilidad ambiental de edificios, áreas urbanas y ciudades o mantener el «orden público» conteniendo procesos de degradación con posibles efectos explosivos en áreas concretas (sólo hace falta recordar la situación de las *banlieus* francesas). Rehabilitar, renovar, regenerar, *también* implica:

- a) Tener una idea sistémica de ciudad, a la que ha aludido, desde una perspectiva jurídica, el Tribunal Supremo español. Desde el entendimiento de las ciudades como sistemas, tal y como señala la STS de 19 de julio de 1988 (Ar. 6084), la existencia de áreas urbanas enfermas no es un problema que pueda circunscribirse territorialmente, conectarse con una clase de personas marginales y ser olvidado. Desde la perspectiva de las ciudades como un todo interconectado, las áreas urbanas enfermas también enferman al resto de la ciudad (cfr. JACOBS, J., *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península, Madrid, 1967).
- b) Respetar y hacer efectivos diversos derechos constitucionales implicados, tarea que está incluida en la búsqueda del interés general mediante la regeneración.

Esta última reflexión nos conduce derechamente a la parte final de la exposición, que se concentrará en el impacto de la rehabilitación en los derechos constitucionales con expresión territorial, en la ciudad.

## **1. Derechos en la ciudad, derecho a la ciudad y medio urbano sostenible. ¿Le pedimos demasiado a la regeneración urbana?**

En este sentido, como se avanzó, no hay que concentrarse exclusivamente en el impacto de la regeneración urbana en los derechos de propiedad. Existen diversos derechos que también se ejercen en la ciudad y que están afectados, de un modo u otro, por las políticas públicas existentes (o, en su caso, inexistentes, esto es, por acciones u omisiones) en materia de urbanismo y vivienda en general y de rehabilitación en particular (45)

Lentamente, parece caminar hacia un reconocimiento técnico-jurídico futuro de un *derecho a la ciudad* y de sus consecuencias concretas en la gestión pública y en la colaboración privada. Aunque debe advertirse, como se notará, que nos encontramos en una fase aún temprana, *en process*, por así decirlo, de «invención» del derecho a la ciudad, como en el pasado han sido «inventados» otros derechos en la historia (HUNT, 2009) (46).

La íntima relación de las funciones urbanas debe matizar toda distinción tajante entre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y llevar al enten-

---

(45) Lo que sigue en el texto se basa en diferentes trabajos nuestros, aludidos en la bibliografía final, aunque se han adaptado al objeto específico de este documento y se han actualizado diversas referencias.

(46) HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, 2009.

dimiento de la vivienda no sólo como el mero soporte físico habitacional sino también como el medio ambiente urbano en el que éste se inserta, como ha puesto de relieve, por ejemplo, BASSOLS (1983, pp. 167 y ss.). Para dar cuenta de este sentido amplio de vivienda, la doctrina francesa y el propio Derecho francés utilizan el concepto de *hábitat*, que corresponde a la vivienda en su entorno urbano y social (DESCHAMPS, 1998, página 23). En ese sentido, también la legislación francesa alude a la existencia de un derecho a la ciudad (art.1 de la Ley nº 91-662, de 13 de julio, *d'orientation pour la ville*), el cual es también reconocido por la reciente Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos de 2000, suscrita por diversas ciudades españolas, en la que se indica en su art. 1 que la ciudad.

«es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad» (47).

Las profundas relaciones entre urbanismo y vivienda y ordenación del territorio, y los derechos en ellos involucrados, están siendo reconocidas paulatinamente por la legislación autonómica en España. Ésta ha recogido diversos principios y directrices de actuación pública que conectan a la vivienda con su entorno. La legislación autonómica más reciente también ha conectado la ordenación del territorio con el urbanismo y la vivienda específicamente (por ejemplo, Ley canaria 2/2003, de 30 de enero, de vivienda, cuyos artículos 26 y ss y 73 y ss. aluden a los Planes insulares de Ordenación y a los Planes de Vivienda como instrumento de ordenación supramunicipal de la vivienda o ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, que crea el Plan Territorial Sectorial de Vivienda) y ha impulsado mecanismos de lucha contra la segregación y la exclusión. Es el caso de la previsión de medidas de fomento específicas para ciertos barrios en dificultades (Ley catalana 2/2004, de 4 de junio de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial, ya citada) o de la previsión legal de reservas obligatorias de suelo para vivienda protegida a incluir en el planeamiento urbanístico, técnica ya común en numerosas legislaciones urbanísticas autonómicas, a la que luego nos referiremos con algo más de detalle.

La actividad urbanística en general y la vinculada con la regeneración en particular –en desarrollo de todos los derechos constitucionales aludidos y de las regulaciones legales existentes– parece que debe, pues, garantizar un *medio ambiente urbano adecuado*, que, en lo que ahora nos interesa, permita la cohesión social y territorial y no facilite procesos de exclusión o fractura social, lo que incorpora la necesidad de evitar fenómenos segregativos que afectan con mayor virulencia a los ya mencionados colectivos vulnerables.

---

(47) Como es sabido, numerosas ciudades españolas han firmado la Carta. Pero, simplificando ahora, los derechos recogidos en la misma no son exigibles judicialmente, puesto que la Carta no obliga a los firmantes más que a recoger en sus normas (éstas sí, exigibles) sus previsiones.

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, en adelante TR de 2008, parece ofrecer otro enfoque distinto al más limitado y tradicional, desde las competencias estatales, que se continúa en el proyecto de ley de Economía sostenible, al aludir en su art. 108 al «medio urbano sostenible». En este sentido, es interesante la lectura de la Exposición de Motivos de la mencionada ley de suelo estatal, especialmente de su apartado II, que resume tales características esenciales. Se insiste repetidamente en el papel de la ordenación territorial y urbanística en garantía efectiva del desarrollo urbanístico y territorial sostenible (ambiental, económico y social), de la igualdad y de la cohesión social, como integrante del mismo (véase el art. 2 en general y el art. 10 en relación con la vivienda asequible). Como señala el apartado III de la Exposición de Motivos la ley define tres estatutos subjetivos básicos que cabe percibir como tres títulos concéntricos: el de ciudadanía, el régimen de la iniciativa privada para la actividad económica y el estatuto de la propiedad. A nuestros efectos, nos interesa singularmente el primero, que la citada Exposición caracteriza de este modo:

*«en general, en relación con el suelo y la vivienda, que incluye derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental de toda persona, con independencia de cuáles sean su actividad o patrimonio, es decir, en el entendimiento de la ciudadanía como un estatuto de la persona que asegure su disfrute en libertad de un medio en el que vive, su participación en la organización de dicho medio y su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y la cohesión del mismo»*

Desde la perspectiva, pues, del derecho a la ciudad y del hábitat o medio ambiente urbano, se constata que la ciudad (y la vivienda que forma parte de ella) está condicionando una serie de derechos que precisan de un espacio físico para ser ejercidos.

Desde el ámbito jurídico, la superación de los viejos paradigmas anclados en la protección judicial del derecho a la propiedad como centro de atención del Derecho viene de la mano del paulatino descubrimiento de la relación existente entre éste y una serie de derechos constitucionales, notablemente condicionados por el tipo de ordenación urbanística y territorial que pueda realizarse. Asimismo, desde un punto de vista urbanístico, algunos de estos derechos (así, educación, libertad religiosa, los vinculados con la seguridad o vivienda, como luego veremos) deben forzar a una reflexión más profunda sobre el papel de los sistemas urbanísticos y las dotaciones, en general, y, en particular, de los equipamientos comunitarios (ASCHER, 2004, 76-77, por ejemplo, aboga por un replanteamiento del papel y tipo de equipamientos en la actualidad, desde una perspectiva urbanística más amplia).

En definitiva, la conocida aportación de LEFEBVRE respecto al derecho a la ciudad, situada todavía en una aproximación teórica general, empieza a ser tecnificada ya por diversas normas jurídicas, sobre la base de reconocer las conexiones entre los diversos niveles de regulación del uso del suelo y, como veremos, de la

conexión entre diversos derechos constitucionales, reconociendo la importancia del espacio urbano en la vida de las personas (insistiendo en el componente de la evitación de la segregación urbana de este derecho, DUKE, 2009).

No cabe duda que en los específicos programas de regeneración urbana, todas estas perspectivas deberán ser consideradas. Alguien podría aludir que esto supone sobrecargar a la actividad de rehabilitación con excesivas exigencias que exceden su molestia. Sin embargo creemos que las exigencias no son excesivas, sino las que se derivan del marco constitucional vigente y de derechos básicos de las personas; que sólo existirá sobrecarga si se siguiera considerando la regeneración como pura operación física, que incide sobre la piedra y, en consecuencia, se articularan los saberes y capacidades de gestión sólo en torno a esta idea. Por el contrario, la progresiva asunción de los derechos en la ciudad y del impacto de la regeneración sobre los mismos debería conducir a reforzar la transversalidad de las políticas públicas urbanas, la coordinación y colaboración entre niveles de poder y administraciones públicas y el diseño de los órganos y procedimientos precisos para dar la respuesta adecuada a unas necesidades que no son inventadas ni excesivas, aunque tampoco simples ni fáciles de gestionar en el territorio.

## 2. Regeneración urbana y derecho a la vivienda

Si comenzamos un breve repaso de alguno de los derechos aludidos, con impacto territorial y afectados por la regeneración, es inevitable aludir al derecho a la vivienda.

¿Ha sido la relación entre vivienda asequible suficiente y no segregada y regeneración una relación débil, más allá del puro realojamiento?

A la vista de la experiencia, puede ser ésta una pregunta lícita que debiera hacernos reflexionar.

*Por ello, las oportunidades que abren las actuaciones de transformación urbanística en suelo urbano consolidado y las de dotación en suelo urbano consolidado debieran aprovecharse para generar no sólo vivienda en mejores condiciones físicas, sino más vivienda asequible. Su generación en suelo urbano consolidado y no consolidado mediante las actuaciones de transformación urbanística (48) pertinentes [en el primer caso, de dotación, precisamente (49)] parece*

---

(48) El art. 110.1 de la LS y el art. 18.1 del Real Decreto-Ley 8/2011 consideran a las actuaciones de renovación, rehabilitación urbana y regeneración urbana como actuaciones de transformación urbanística, de acuerdo con el art. 14.1 LS, siéndoles aplicables el régimen legal de las actuaciones de urbanización o dotación, según cuál sea su objeto.

(49) Los propietarios de suelo urbano afectados estarán obligados a ceder terrenos dotacionales y a entregar el porcentaje público de plusvalías en proporción al incremento de aprovechamiento que determine la legislación además de los costes de urbanización, cuando se produzca un incremento de la edificabilidad existente y/o se cambie el uso por otro más lucrativo, como señala la doctrina (ROGER, 2012, 151, MENÉNDEZ REIXACH, 2011, 36, TEJEDOR, 225).



*necesaria para afrontar el grave problema español de vivienda asequible no segregada. Esto es, en caso de regeneración vinculada a la reforma interior en suelo urbano no consolidado o actuaciones de dotación en suelo urbano consolidado, existen diversos mecanismos para inyectar más vivienda asequible, mediante las técnicas de la reserva de techo para vivienda protegida o la generación de viviendas dotacionales.*

— En cuanto a las reservas para viviendas protegidas, técnicas parecidas se han desarrollado ya en otros ordenamientos jurídicos (*inclusionary zoning* en EE.UU, *planning obligations* en el Reino Unido, obligaciones derivadas del art. 55 de la Ley sobre solidaridad y renovación urbana, de 2000, en Francia) y han empezado a explorarse en España, sobre todo de la mano de reciente legislación autonómica.

El desarrollo sostenible en su vertiente social conecta con el derecho a la vivienda del art. 47 CE (y 26 y 47 del Estatuto de Autonomía catalán, por ejemplo). El TR de 2008 contiene diversas previsiones referidas al derecho a la vivienda, en sus arts. 2.3, *in fine*, 4,a, 10 b, 16.1,b, 19 (referido a la declaración de obra nueva) ó 38 y ss (referidos a los patrimonios públicos de suelo y al derecho de superficie, que no serán considerados aquí).

En especial, una técnica legislativa interesante para el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales antes aludidos es el establecimiento de reservas de suelo donde se construyan viviendas asequibles, esto es, de acuerdo con nuestro sistema, viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. Estamos, en definitiva, ante estándares urbanísticos, esto es, criterios materiales de ordenación que necesariamente han de ser atendidos en el plan, introducidos en nuestro ordenamiento jurídico, por inspiración del italiano, en la Ley de 1975 y que, obviamente, limitan la discrecionalidad urbanística municipal, sin que quepa por ello, *a priori*, sostener una vulneración de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada.

Conviene plantearse, ahora desde una perspectiva económica, si se trata de una técnica útil para generar vivienda asequible no segregada. Lo cierto es que, como hemos tenido ocasión de exponer en otros momentos, diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno utilizan técnicas parecidas. Algunas voces han planteado la inadecuación de esta técnica desde un punto de vista económico, dado que, se sostiene, no resuelven el problema de la asequibilidad de la vivienda y, además, encarecen las viviendas no sometidas a protección pública (las «libres»), dado que los beneficios empresariales no obtenidos en unas se cargarán en las otras. Debe notarse, sin embargo, que tales opiniones carecen de base en estudio empírico alguno. Bien al contrario, alguna experiencia española, como es el caso de la ciudad de Vitoria, parece demostrar que tal técnica, usada en cantidades significativas (en el caso de Vitoria por encima del 50% de la oferta inmobiliaria, superando a la privada) no encarece el precio de las viviendas «libres», bien al contrario, presiona para su estancamiento y permite aumentar el parque de viviendas protegidas (BURÓN, 2006). Además, desde una

perspectiva global, ROCA ha demostrado empíricamente como «*La construcción de viviendas protegidas no sólo facilita el acceso al mercado de los sectores más desfavorecidos sino que, a su vez, contribuye a mejorar la accesibilidad del conjunto de la población ya que incide moderando los precios residenciales de la vivienda libre.*» (ROCA, 2008).

Prescindiendo ahora de otros interesantes antecedentes en normas estatales, el TR de 2008 establece una reserva de ámbito estatal para vivienda sujeta a un régimen de protección pública, conteniendo una regulación material en su art. 10 b y un régimen transitorio.

La regulación material exige una reserva para vivienda con un régimen de protección pública que al menos permita establecer su precio máximo de venta o alquiler, que se cifra en un estándar mínimo del 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización (art. 10 b). La Ley prevé también que la legislación autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo pueda aumentar o reducir tal reserva, siempre, en el segundo caso, que se califica de excepcional, respetando diversos límites, entre los que se halla que la distribución de su localización sea respetuosa con el principio de cohesión social.

Fuera del ámbito de la legislación estatal, la técnica de la reserva de suelo para viviendas protegidas está siendo impulsada por las modernas legislaciones autonómicas, que desde los años noventa del pasado siglo la están contemplando en sus leyes urbanísticas. Si algún rasgo caracteriza la legislación urbanística autonómica referida a reservas de vivienda protegida es la *identidad* de su finalidad (el logro del derecho del art. 47 CE y de la cohesión social) y la *heterogeneidad* de las regulaciones concretas y de las técnicas legales empleadas: previsión como facultad o como obligación municipal, y aún dentro de este supuesto, como potestad reglada o como potestad con ámbitos valorativos referidos, por ejemplo, a la cuantía de la reserva; exigencia de porcentajes distintos cuando éstos vienen detallados; inclusión o exclusión de clases de suelo, etc (PONCE, 2002).

El caso vasco es especialmente significativo, dada su temprana regulación sobre esta materia, contenida ahora en el art. 80 y en el art.82 de la Ley 2/2006, de 30 de julio, de suelo y urbanismo. En el caso catalán, debe tenerse en cuenta, sobre todo, el art. 57.3 de la Ley de urbanismo vigente, y los preceptos concordantes, los cuales cifran ahora, tras la modificación operada por el Decreto Ley 1/2007, en un 30% el estándar genérico establecido para los POUM (del cual un 20% se tiene que destinar a viviendas con protección oficial de régimen general y de régimen especial y un 10% a viviendas con protección oficial de precio concertado, de conformidad con la DA 4ª de la Ley del derecho a la vivienda), que aumenta hasta el 40% (con un 10% destinado a otras medidas de estímulo de la vivienda asequible) en el caso de municipios de más de 10.000 habitantes y capitales de comarca. En el caso de las denominadas *Áreas Residenciales Estratégicas*, el estándar de reserva de suelo para viviendas protegidas alcanza el 50%.

*En el ámbito de las áreas urbanas ya construidas, esto es en suelo urbano consolidado, particular importancia tiene la posibilidad de inyectar vivienda protegida, por lo que cobran relevancia preceptos como el art. 66.4 del Decreto catalán 305/2006, de 18 de julio, que desarrolla la ley de urbanismo catalana, que prevé que el planeamiento pueda establecer calificaciones relativas a vivienda protegida en suelo urbano consolidado, tanto en caso de nuevas construcciones como de gran rehabilitación de las existentes, destinando total o parcialmente la edificación a vivienda protegida. Ahora, el art. 17.3 de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, reitera tal habilitación, con rango legal (50), con ciertas limitaciones (51). Sin duda, tales previsiones habrán de permitir políticas públicas dirigidas al logro de la sostenibilidad y la mezcla social, a la que luego nos referiremos, también en las áreas urbanas ya construidas y no sometidas a operaciones de reforma interior.*

Un aspecto importante conectado con la mezcla social sobre el territorio como antídoto a la segregación urbana es *la distribución de la reserva sobre el territorio, puesto que las reservas de viviendas protegidas, para dar lugar a un hábitat digno y adecuado, deben evitar concentraciones espaciales y ser repartidas equilibradamente por el territorio. En este sentido, lo mejor parece, en principio, una distribución uniforme por todos los sectores, aunque a falta de orientación legal explícita, quedará en manos de la discrecionalidad planificadora, en el marco de los principios generales antes mencionados, la decisión sobre la concreta ubicación (un ejemplo al respecto puede hallarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2005, RJCA 2005\815, a la que aludiremos luego). El legislador puede orientar dicha discrecionalidad directamente, a favor de la mezcla y la cohesión social. Un buen ejemplo en esta línea lo constituyen el art. 10.1 A) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre), que prevé la necesidad de que el Plan General de Ordenación Urbanística asegure «la distribución equilibrada de estos tipos de vivienda en el conjunto de la ciudad», el art. 80.4 de la Ley vasca*

---

(50) «La calificación urbanística de suelo que efectúe el planeamiento general puede establecer que la edificación de uso residencial se destine total o parcialmente a vivienda de protección oficial, tanto en el caso de nuevas construcciones como en el de gran rehabilitación de los edificios existentes, pero debe respetar el régimen jurídico de las viviendas preexistentes en los casos en que el derribo de un edificio sea debido a una operación de sustitución con realojamiento de los mismos residentes. Los planes que contengan dichas determinaciones deben incorporar un aplazamiento de la entrada en vigor, por un plazo de dos años, para garantizar la viabilidad económica de las operaciones en suelo urbano consolidado que se hayan concretado previamente a la aprobación del plan.»

(51) Mientras que el art. 17.4, derogado ahora por la Ley 9/2011, consagraba la habilitación legal para que el planeamiento territorial *estableciera como obligatorias* calificaciones urbanísticas para viviendas de protección oficial en suelo urbano consolidado en caso de nueva construcción o gran rehabilitación (de acuerdo con ciertos límites y orientaciones legales, entre ellos sólo la destinación parcial de edificios con más de 5.000 metros cuadrados de techo total edificable, hasta no más de un máximo del 20% del mismo).

2/2006, el cual señala el objetivo de «*garantizar una calificación equilibrada de las reservas que evite los riesgos de la segregación socio espacial*» o el art. 57.4 del Decreto Legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, el cual señala que «Las reservas para la construcción de viviendas de protección pública se han de emplazar evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.2, para favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos en razón de su nivel de renta».

Ahora, el ya mencionado art. 10, del TR de 2008 señala que la legislación autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo puede prever una reducción de la reserva prevista de terrenos para ubicar del 30% de la edificabilidad residencial prevista siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice el cumplimiento íntegro de la reserva dentro del ámbito territorial de aplicación por el planeamiento y «una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social».

Finalmente, señalar que tales reservas urbanísticas nada aclaran sobre el régimen jurídico de las viviendas de protección pública que vayan a construirse sobre tales suelos, el cual viene determinado por la normativa estatal (en la actualidad, Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012) y autonómica en materia de vivienda. Al respecto, conviene tener en cuenta la STS de 25 de mayo de 2004, que ha negado la posibilidad municipal de establecer tipos específicos de vivienda protegida, ante la falta de cobertura legal que le otorgue tal competencia (se trataba de un supuesto en La Rioja). En el País Vasco, la Ley 2/2006 (Disposición Adicional Octava) ha previsto expresamente la posibilidad municipal de diseñar tipos de vivienda de protección pública (Viviendas Tasadas Municipales), aunque con sujeción a los parámetros y límites establecidos legalmente (FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, 2008).

— Por lo que se refiere a las viviendas dotacionales, es evidente que la consideración de la vivienda social como servicio público o servicio de interés general conlleva importantes consecuencias conceptuales y políticas. Pero también, y eso es lo que nos interesa, técnico-jurídicas. A parte de aproximar a la actividad pública en materia de vivienda asequible a otros sectores donde la misma está más desarrollada y poder aplicar soluciones y técnicas ya ensayadas, permite entender mejor el papel del sector privado en la provisión de vivienda asequible (e incluso poder operar con categorías como la de obligaciones de servicio público, que podrían completar el marco ya ofrecido por la función social de la propiedad en el ámbito de las reservas de suelo para vivienda protegida, por ejemplo).

De otro lado, en el nivel del ordenamiento jurídico europeo, la consideración de una actividad pública como servicio de interés general puede comportar la modulación de la aplicación de las reglas de competencia, de acuerdo con el art. 86.2 del TCE, lo que tiene una importancia notable y permite entender

aceptables supuestos, por ejemplo, de cesión de suelo por un Ayuntamiento a sociedades anónimas mercantiles de capital municipal para la construcción de vivienda protegida, que el TS ha aceptado aunque con una argumentación algo vacilante (por ejemplo, STS de 26 de febrero de 2002, RJ 2002\2625, ponente Xiol Ríos) (52).

Por otro lado, esa creciente conciencia de la vivienda como servicio público o servicio de interés general (plasmada, por ejemplo en el art. 4 de la ley del derecho a la vivienda en Cataluña) lleva también a diversa legislación autonómica a prever reservas de terrenos para la construcción de viviendas de titularidad pública con el carácter de dotaciones integrantes de sistemas. Así, el art. 34 del Decreto Legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, establece la posibilidad de que el planeamiento urbanístico prevea como sistemas urbanísticos reservas de terrenos para viviendas *dotacionales* públicas dirigidas a satisfacer las necesidades temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia y emancipación. El art. 18 de la ley catalana del derecho a la vivienda exige su existencia, ahora sólo en ciertos municipios tras la ley 9/2011, en función de las necesidades detectadas mediante la memoria social del planeamiento (53).

### **3. Regeneración urbana y derecho a la igualdad. En especial, *gentrification* y mezcla social en pos de la cohesión social**

Pasando ahora al derecho a la igualdad, ya mencionado, en conexión con la regeneración, hay que tener en cuenta que el concepto de inclusión o integración social aludido conduce derechamente al papel del Derecho urbanístico y de la *vivienda* en relación con ciertos colectivos vulnerables (jóvenes, gente mayor, familias monoparentales, inmigrantes extracomunitarios sin recursos...) y al papel del derecho a la igualdad en el disfrute de la ciudad. Determinadas prácticas urbanísticas pueden suponer discriminación en el uso del suelo, sea por activa o por pasiva, entorpeciendo la igualdad, como ha notado ALVES CORREIA (2001) en la doctrina portuguesa.

---

(52) Téngase en cuenta la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86.2 citado a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios públicos de interés económico general, que alude a las empresas encargadas de vivienda de protección oficial, señalando que deben beneficiarse de la exención de la notificación, dado que se considera que las compensaciones económicas que reciban constituyen una ayuda estatal compatible. Con anterioridad, téngase en cuenta la decisión de la Comisión de junio de 2004, que consideró que las ayudas concedidas por un Ministerio Irlandés a un Organismo público de financiación de Vivienda social no eran ayudas estatales en el sentido del art. 87 del TCE y eran compatibles de acuerdo con el art. 86.2.

(53) Otras legislaciones autonómicas también se refieren a esta figura. La Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo, por ejemplo, crea un trasunto de *servicio mínimo obligatorio* para municipios de 20.000 o más habitantes, los cuales deberán calificar en sus planes suelo con destino a alojamientos dotacionales siempre por encima de un estándar fijado en la propia ley

En el ámbito británico, el informe oficial inglés *Diversity and Equality in Planning* (Office of the Deputy Prime Minister, 2005) es del mayor interés, al hacer un análisis de la situación existente, exponer buenas prácticas de planeamiento urbanístico promotor de la igualdad y sugerir medidas de lucha contra la *discriminación* y de *acción positiva* a favor de la igualdad real y efectiva, incluyendo la posibilidad de reclutar en los equipos elaboradores del planeamiento a miembros de minorías étnicas que ayuden a ponderar todos los puntos de vista relevantes en la toma de decisiones sobre el uso del suelo.

En este sentido, es destacable la previsión contenida en el art. 31 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, El planeamiento urbanístico —en desarrollo de diversos derechos y principios constitucionales, ya aludidos, y de las regulaciones legales existentes— parece que debe también en España, pues, garantizar un medio ambiente urbano adecuado, que, en lo que ahora nos interesa, permita la cohesión social y no facilite procesos de exclusión o fractura social, lo que incorpora la necesidad de evitar fenómenos segregativos que afectan con mayor virulencia a los ya mencionados colectivos vulnerables.

Efectivamente, en la planificación urbanística se puede hacer realidad tanto el derecho a la vivienda, como el derecho a la igualdad ya aludido (arts. 9.2 y 14 CE, arts 27 y ss. de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que han realizado una interesante transposición de las directivas comunitarias efectúa la transposición de las directivas comunitarias antidiscriminación 2000/43/CE y 2000/78/CE) así como otros derechos que necesitan de una expresión territorial, y a los que luego nos referiremos.

Ahora, el TR de 2008, insiste repetidamente en ese papel de la ordenación territorial y urbanística en garantía efectiva del derecho a la igualdad, que es esgrimido como título competencial en que basar la ley (art. 149.1.1 CE). Éste derecho es mencionado en los arts. 2.2, vinculando la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, 2.3, mandando a los poderes públicos a que adopten las medidas de ordenación territorial que procedan para promover las condiciones en que los derechos incluido el de igualdad sean reales y efectivos, art. 2.3 también, refiriéndose al «resultado equilibrado» de la ordenación que no es otra cosa que la cohesión territorial unida a la igualdad espacial, 4, b, como el derecho de todos a no ser discriminados en la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público, 8.1 c, a propósito del clásico principio de equidistribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados por la ejecución urbanística en proporción a su aportación, 9.3, en idéntico sentido respecto al suelo rústico, 10.1.c, obligando a la ordenación de los usos del suelo al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, o 35, b, a propósito del clásico supuesto de indemnización por vinculación y limitación singular del planeamiento.

Ahora, el proyecto de ley de economía sostenible, en su art. 108, se refiere a los siguientes principios orientadores de la actividad pública en el ámbito de la rehabilitación:

«e) Garantice el *acceso equitativo de los ciudadanos* a las dotaciones y los servicios y su movilidad, potenciando al efecto los medios de transporte, especialmente los de uso público, más eficientes energéticamente y menos contaminantes.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tras alguna vacilación inicial (STS de 19 de mayo de 1987, Ar. 5815), también se controla la discrecionalidad del planeamiento urbanístico mediante el principio de igualdad (SSTS de 7 de diciembre de 1993, Ar. 9544 y de 8 de junio de 1998, Ar. 4390).

Por otro lado, el art. 47 CE debe también interpretarse sistemáticamente con el art. 9.2 CE, que establece el mandato a los poderes públicos para promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas, removiendo a tal fin los obstáculos existentes. Este precepto, pues, abre la puerta a la, mal llamada, «discriminación positiva», recogida en las directivas comunitarias ya expuestas con la terminología de «acción positiva», la cual ha pasado al ordenamiento jurídico español mediante la mencionada Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Para finalizar con este análisis entre igualdad y urbanismo, cabe mencionar la aprobación de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, cuyos arts. 45 a 48 se ocupan de esta cuestión por primera vez en el panorama español.

Hay que señalar que el texto legal se sitúa en la línea de las regulaciones europeas y españolas mencionadas, con un enfoque específico en el nivel del urbanismo y la vivienda. Estos preceptos aclaran explícitamente que la prohibición de que *todas las personas* (nacionales o no, por tanto) sufran discriminaciones, directas o indirectas, y acoso debe ser respetada por todas las personas y todos los agentes, *tanto del sector público como privado* (art. 45.1 y 2). Para garantizar el respeto de tal prohibición, la ley manda a las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda que adopten «las medidas pertinentes» (art. 45.2). Estas medidas de protección frente a discriminaciones, directas o indirectas, acosos (considerados como discriminaciones) y cualquier forma de ocupaciones anómalas de viviendas (como infravivienda o sobreocupación, por ejemplo) pueden consistir «en la adopción de acciones positivas a favor de colectivos y personas vulnerables» (una aplicación en este sector de los arts. 9.2 CE y 4 EAC, así como de la Ley 62/2003, ya expuesta), la «prohibición de conductas discriminatorias» y «la exigencia de «ajustes razonables para garantizar el derecho a la vivienda» (art. 46). Finalmente, hay que destacar que la Ley tipifica específicamente la discriminación y el acoso inmobiliario, por acción u omisión, como infracción administrativa muy grave (art. 123.2, a), con una sanción prevista que puede

llegar hasta los 900.000 euros (art. 118.1), al margen de las posibles acciones civiles o penales (54).

Una expresión de la igualdad y la no discriminación en la ciudad tiene que ver con los fenómenos de segregación urbana debido a la actividad o pasividad pública y, más específicamente, de de *gentrificación* en las operaciones de renovación urbana. La gentrificación es un «anglicismo que designa la reocupación de algunos centros urbanos por las clases más pudientes (*gentry*) después de su rehabilitación urbanística y arquitectónica». Como señala DE GUERRERO, «las transformaciones urbanas no deben basarse en el establecimiento de ciudadanos con alto poder adquisitivo en las zonas degradadas, expulsando a las clases que las habitaban tradicionalmente, ya que si bien es cierto que de esta manera se logra un enoblecimiento de dichas zonas, al mismo tiempo se produce un difícil equilibrio entre la regeneración del marco urbano y la conservación de sus habitantes de siempre» (55). Y para ello, las políticas de vivienda asequible son determinantes (56).

En el marco de todo lo expuesto, diversos Derechos urbanísticos de países de nuestro entorno están diseñando técnicas para lograr vivienda asequible suficiente e integrada y favorecer de este modo la mezcla social y la convivencia ciudadana, previniendo los peligros de segregación urbana, gentrificación y fractura social (un análisis de la situación en los Estado Unidos de América, en adelante, EE.UU, Francia, Inglaterra e Italia puede hallarse en PONCE, 2006).

Estas regulaciones se basan en estudios ya disponibles que muestran que frente a la segregación urbana y el riesgo de guetización el mejor antídoto es favorecer desde la intervención pública la real libertad de residencia y la posibilidad de variedad social urbana (en el ámbito británico, BURTON, 2000, pp. 1969 y ss., en el ámbito holandés, UITERMARK, 2003, pp. 531 y ss., y en el ámbito norteamericano, IHLANDFELDT, K. y SCAFIDI, B.P., 2002, pp. 619 y ss.). Sin embargo, debe señalarse la existencia de voces discordantes (DELGADO 2006, MARTÍ-COSTA y PARÉS, 2009, p. 41) en el ámbito español, con argumentos, sin embargo, que no se basan en estudios empíricos concretos y son, ciertamente

---

(54) PONCE SOLÉ, J. «Housing Discrimination and Minorities in European Cities: The Catalan Right to Housing Act 2007», *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 2, Núm.2, 2010, pp. 138 y ss. Téngase en cuenta que el actual Código Penal señala respecto al delito de coacciones (art. 172.1 párrafo tercero) que «También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda». Cabría sostener la inexistencia de *bis in idem* por sanción administrativa en aplicación de la ley y condena penal por una misma conducta de un mismo sujeto, puesto que el fundamento de ambas reacciones es diferente: la protección del derecho a la vivienda en el primer caso y la protección del bien jurídico libertad en el segundo.

(55) DE GUERRERO MANSO, C., *La zonificación de la ciudad: concepto, dinámica y efectos*, Aranzadi, 2012, pág. 21.

(56) GREENBLATT, A., «Downtown Renaissance», en *Urban Issues*, CQ Researcher, 2009, pág. 248



discutibles (como, por ejemplo, la de tratarse de una mera dispersión de pobres que obstaculiza la revolución social). Sin embargo los datos disponibles a nivel internacional muestran como la promoción pública de comunidades equilibradas, mixtas, con topología variada de vivienda (libre y social, en régimen de tenencia diverso, combinando propiedad, alquiler y otras fórmulas) y con inteligentes procedimientos de adjudicación de la vivienda social, favorece el ejercicio efectivo de diversos derechos (a la vivienda, igualdad, a una educación no segregada, véase *infra*) y la sostenibilidad de la ciudad (57).

La legislación urbanística española aborda el logro de la cohesión social y la lucha contra la segregación urbana mediante la fijación de ciertos *principios generales del Derecho* a respetar por el planeamiento y mediante *diversas técnicas específicas*.

*Por lo que hace referencia a los principios generales del Derecho*, hay que remitirse a lo dicho a propósito de las legislaciones autonómicas que establecen como directrices de la actuación pública urbanística el desarrollo sostenible urbano, la cohesión social, la lucha contra la segregación y la exclusión social y a favor de la integración. Además, el principio de mezcla social sobre el territorio está previsto específicamente en diversas normas (art. 55.3 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, en referencia a actuaciones de rehabilitación; art. 48.3 Ley gallega 9/2002, de 30 de diciembre o art. 38.2 de la Ley de Castilla León 5/1999, de 8 de abril, que señala que a fin de fomentar la cohesión social el planeamiento procurará la mezcla equilibrada de grupos sociales, usos y actividades.). El Decreto catalán 305/2006, de 18 de julio, de desarrollo de la ley de urbanismo catalana, define ahora el principio orientador de *cohesión social*, integrante del *desarrollo urbanístico sostenible*, como «la regulación del uso del suelo de forma que se fomente la *mezcla* equilibrada de grupos sociales, usos y actividades y se garantice el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a gozar de una vivienda digna y adecuada» (art. 3, c). De igual modo, la ley del derecho a la vivienda de Cataluña insiste repetidamente en la mezcla social como un componente de un medio urbano sostenible.

Ahora, el art. 2.2 del TR de 2008 se refiere a la cohesión social como componente del desarrollo urbanístico sostenible y el proyecto de ley de economía sostenible incluye entre sus principios del art. 3 el mandato de que la rehabilitación:

«f) Integre en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, contribuyendo al equilibrio de ciudades y núcleos residenciales, para lo que se favorecerá la aproximación de servicios y dotaciones a la comunidad residente, evitando desplazamientos innecesarios».

Estos principios no son irrelevantes y tienen las funciones propias de los principios generales del Derecho (art. 1.4 del Código Civil), entre las que se

---

(57) PONCE SOLÉ, J. «Affordable Housing and Social Mix: Comparative Approach», *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering and construction*, Febrero 2010, pp. 31 y ss.

encuentra permitir un hipotético control judicial de actuaciones contrarias a los mismos.

*En cuanto a las técnicas específicas para garantizar el equilibrio y la mezcla social, ya hemos hecho alusión a algunas de ellas antes, como la fijación legal de estándares referidos a viviendas protegidas (y la importancia de qué tipo de vivienda protegida se construya, utilizando la combinación de diversas tipologías y regímenes de tenencia como factor de variedad, mezcla y garantía efectiva de la igualdad), que se imponen a la discrecionalidad del planeamiento urbanístico o la correcta regulación de los derechos de retorno y realojamiento. Asimismo, una adecuada regulación de los derechos de realojamiento y retorno, inexistente ahora en España a nivel estatal, puede proteger el derecho a la vivienda y a la ciudad de propietarios y arrendatarios en operaciones de renovación, evitando su expulsión de las áreas urbanas regeneradas.*

A ellas cabe añadir ahora, por ejemplo, el diseño de procedimientos de adjudicación de vivienda de protección oficial dirigidos a ponderar elementos relevantes para la cohesión social y a justificar su toma en consideración.

Así, por ejemplo, la ley del derecho a la vivienda promueve la mezcla social en el ámbito urbano a través de los procedimientos de adjudicación de vivienda de protección oficial, mediante diversas técnicas asociadas a los cupos generales (sorteo teniendo en cuenta elementos específicos) y a la existencia de cupos especiales (vid. art. 100 y ss.) (58).

---

(58) Art. 100.3 y 4 de la ley catalana de la vivienda:

«3. Para garantizar una mixtura social efectiva en las promociones de viviendas de protección oficial, las condiciones de adjudicación concretas en cada promoción deben establecer sistemas que aseguren que la composición final de los adjudicatarios sea la más parecida a la de la estructura social del municipio, distrito o zona, tanto en lo que se refiere al nivel de ingresos como al lugar de nacimiento, y que eviten la concentración excesiva de colectivos que puedan poner la promoción en riesgo de aislamiento social.

4. La antigüedad mínima de empadronamiento exigible a los solicitantes de viviendas en alquiler no puede superar los tres años. »

Art. 101.5 de la misma ley:

«5. El sistema de selección de los adjudicatarios es el siguiente:

a) Las viviendas incluidas en el cupo general que establece el artículo 100 deben adjudicarse mediante sorteo público. El sorteo puede dividirse en bloques formados por solicitantes situados en varios tramos de ingresos o en varios grupos de interés, para asegurar la mixtura social que establece el artículo 100.3, o bien puede tenerse en cuenta el tiempo que llevan inscritos en el Registro de Solicitantes de Vivienda de Protección Oficial.

b) Las viviendas incluidas en los cupos especiales de reserva que establece el artículo 99 deben adjudicarse de acuerdo con las circunstancias personales y de la unidad de convivencia.»

Sobre los cupos especiales, art. 99 de dicha ley:

«1. Para garantizar a las personas con movilidad reducida el acceso a una vivienda, en todas las promociones debe reservarse un porcentaje no inferior al 3% del volumen total para destinarlo a satisfacer la demanda de vivienda para dicho colectivo.

2. Las resoluciones de inicio de los procedimientos de adjudicación en promociones de iniciativa pública deben establecer una reserva sobre el número total de viviendas de las promociones para

Aunque España está todavía atrasada en la gestión de estos aspectos, a diferencia, por ejemplo del caso francés, donde la *mixité sociale* tiene notable relevancia urbanística, los municipios catalanes, por ejemplo, empiezan a plantearse ya el uso de algunas de estas técnicas en el marco de operaciones de regeneración; el caso de Manlleu en relación con la ubicación y adjudicación de las viviendas destinadas al realojo de los ocupantes de Can García, operación desarrollada en el marco de la aludida «ley de barrios», y otros posibles usuarios de vivienda asequible, que ya ha sido objeto de estudio académico, puede ser un ejemplo de lo dicho (59).

#### 4. Regeneración urbana derecho a la educación y segregación escolar

En cuanto al *derecho a la educación*, el problema de la segregación escolar y su relación con el urbanismo y la vivienda, estas cuestiones ya han sido ya objeto de consideración empírica en nuestro ámbito por el *Síndic de greuges* catalán (2008). En otros países, tanto la investigación universitaria como el debate público ya ha descubierto tales vínculos entre urbanismo y educación, como, señaladamente ocurre en el caso francés, donde ya se cuenta con diversos trabajos sobre el tema, a los que iremos haciendo referencia, y existe un vivo debate en el momento de redactar estas líneas sobre la llamada «carta escolar», mecanismo de relación entre domicilio y escuela (véase sobre todo MAURIN, 2004 y FELOUZIS, LIOT y PERROTON, 2005).

Es preciso aclarar que segregación urbana y segregación escolar son fenómenos profundamente imbricados: la existencia de guetos urbanos da lugar a

---

destinarla a cupos especiales y llevar a cabo acciones positivas respecto a las personas y colectivos vulnerables con riesgo de exclusión social.

3. La resolución administrativa que inicia el procedimiento de adjudicación debe fijar el porcentaje concreto de los cupos especiales de reserva de vivienda para necesidades específicas, previa ponderación objetiva de las circunstancias de la promoción concreta y con la motivación de las razones que fundamentan la decisión.

4. El porcentaje de los cupos especiales de reserva en promociones de iniciativa pública, incluido el correspondiente a las personas con movilidad reducida, no puede ser inferior al 10% del total de viviendas de la promoción, a pesar de que, si se comprueba que dicho porcentaje excede de la demanda, el diferencial sobrante debe incorporarse al cupo general.

5. En el establecimiento de los cupos especiales de reserva, debe velarse para garantizar el acceso a la vivienda a las mujeres que se hallan en una situación de violencia o que están saliendo de la misma y a las que se hallan en situación de precariedad económica a causa de esta violencia o necesitan una vivienda para salir de dicha situación.

6. En un mismo municipio, la reserva de cada promoción, justificadamente, puede sustituirse por un programa de actuación que destine un número equivalente de viviendas a los colectivos a los que se refieren los apartados 1, 2 y 5.»

(59) HOBERG, C., MARTORI, J.C., PONCE, J y SIBINA, D., *Habitatge assequible i segregació residencial: el cas de Manlleu*, 2010, Institut de Desenvolupament de l'Erm de l'Ajuntament de Manlleu.

la existencia de escuelas-gueto. Ambos son fenómenos negativos (al evitar la interacción entre niños y niñas, afectar al rendimiento escolar y a las actitudes xenófobas), que ponen en riesgo la cohesión social y territorial, el derecho a la ciudad (47 Constitución Española), el derecho a la igualdad (arts. 9.2 y 14 CE) y el derecho a la educación (art. 27 CE).

La Constitución española de 1978 y la legislación vigente, tanto transversal como específica en materia de urbanismo, vivienda y educación (en especial, la Ley Orgánica 2/2006, de educación), obligan a los poderes públicos a adoptar una actitud activa diligente de prevención y lucha contra la segregación urbana y la segregación escolar, en garantía del derecho a la educación, sin olvidar la libertad de elección de centro. La necesaria intervención pública contra la segregación urbana y escolar debe ser de tipo preventivo y reactivo (PONCE, 2007).

Preventivo, en el sentido de que es necesario considerar la vinculación entre las políticas públicas urbanísticas y de vivienda y la educación (diseño de áreas de influencia, peso de la cercanía del domicilio en la casación de oferta de escuelas en la red pública y demanda de las mismas, lo que genera un problema cuando éste está en barrios segregados...). Diversas técnicas jurídicas de promoción de la mezcla social urbana pueden favorecer también la diversidad en la composición escolar.

Reactivo, porque allí donde ya exista segregación urbana y escolar, sin dejar de utilizar políticas públicas urbanísticas y de vivienda, en el marco de operaciones de regeneración urbana, para luchar contra ambas, es posible y necesario actuar para atenuar éstas y garantizar el derecho a la educación, mediante diversas vías conectadas con el régimen de admisión en centros sufragados con fondos públicos y la distribución equilibrada de los alumnos entre éstos, recurriendo, si es preciso, a su reparto geográfico en garantía de la cohesión social y territorial, en el marco de *acciones positivas específicas sobre territorios y/o personas* (PONCE, 2010).

## **5. Regeneración urbana, lugares de culto y derecho a la libertad religiosa**

De igual modo, en cuanto al *derecho a la libertad religiosa*, los problemas relativos a la *construcción de lugares de culto* surgidos no infrecuentemente en las modernas sociedades pluriculturales tienen una vinculación con las políticas urbanas y el Derecho urbanístico, así como con la ubicación de tales centros en relación con las viviendas existentes (PONCE, 2010) (60).

Sin ánimo de profundizar ahora en un tema de notable complejidad, puede quedar apuntado aquí que la expresión territorial del derecho a la libertad reli-

---

(60) PONCE SOLÉ, J. (2010), *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa. Elementos comparados de Europa y Estados Unidos*, Fundació Pi i Sunyer, 2010.

giosa del art. 16 CE tiene una relevancia destacable. Asimismo, este derecho debe interpretarse sistemáticamente con otros derechos constitucionales (señaladamente, el derecho a la igualdad). También puede señalarse que la técnica legislativa en este ámbito puede depurarse más, orientando la necesaria discrecionalidad local mediante el uso de diversas técnicas jurídicas, algunas de las cuales han sido incorporadas en la reciente Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto (DOGC de 30 de julio de 2009, BOE de 17 de agosto de 2009), partiendo de la concepción de los lugares de culto como elementos del sistema de equipamientos y a la vez como un uso urbanístico posible en función de la calificación existente en el planeamiento (61).

## **6. Regeneración urbana y seguridad pública. La prevención situacional de la delincuencia y el incivismo**

También el medio ambiente urbano y la existencia y ubicación de los distintos tipos de vivienda tienen conexión *directa con la prevención de la delincuencia en las ciudades*, aproximación que es conocida por el acrónimo inglés de *CPTED* (iniciales de *Crime Prevention Through Enviromental Design*), como ha sido puesto de relieve en diversos documentos internacionales, y que ha inspirado diversas políticas públicas urbanas de seguridad, reguladas en parte por el Derecho urbanístico, en países como Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos.

Entre los Estados Miembros de la Unión Europea, el Reino Unido y, en menor medida, Francia, son dos ejemplos de países que han aplicado esta idea en el desarrollo concreto de políticas públicas de seguridad, dando lugar a cambios normativos y/o variación de prácticas administrativas. En el caso británico, la sección 17 de la *Crime and Disorder Act* de 1998 contiene la competencia pública para la prevención del crimen y el desorden, que en el ámbito urbanístico ha sido concretada en el *Planning Policy Statement I: Delivering Sustainable Development*, de 2005. En el caso francés, los conocidos problemas urbanos que sufre este país también han llevado a reflexionar sobre el urbanismo como herramienta de prevención de la delincuencia y la violencia urbana, existiendo, como en el caso británico, informes oficiales en esta línea. Además, desde 1995, el ordenamiento jurídico urbanístico francés incorpora lo que podríamos definir como una evaluación del impacto criminal de determinadas construcciones (Artículo L111-3-1 del *Code del urbanisme*, modificado por la ley 2007-297, de 5 de marzo de 2007, relativa a la prevención de la delincuencia).

---

(61) Para más detalles sobre la situación en España de esta cuestión, puede consultarse PONCE SOLÉ, J. y CABANILLAS, A., *Lugares de culto, ciudades y urbanismo. Guía de apoyo a la gestión de la diversidad religiosa*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2011, consultable en: [http://www.observatorioreligion.es/publicaciones/guias\\_para\\_la\\_gestion\\_publica\\_de\\_la\\_diversidad\\_religiosa/lugares\\_de\\_culto\\_ciudades\\_y\\_urbanismo\\_guia\\_de\\_apoyo\\_a\\_la\\_gestion\\_de\\_la\\_diversidad\\_religiosa/](http://www.observatorioreligion.es/publicaciones/guias_para_la_gestion_publica_de_la_diversidad_religiosa/lugares_de_culto_ciudades_y_urbanismo_guia_de_apoyo_a_la_gestion_de_la_diversidad_religiosa/)

En nuestro entorno, estos enfoques empiezan a ser tomados en cuenta (ORTIZ DE URBINA y PONCE, 2008) y han encontrado reflejo recientemente en la Memoria Social del planeamiento urbanístico, mediante la regulación establecida ahora por el Reglamento de 2006 de desarrollo de la Ley de urbanismo de Cataluña, cuyo art. 69. 5 señala que también debe formar parte de la Memoria Social «una evaluación del impacto de la ordenación urbanística propuesta» en lo que concierne en especial a diversos parámetros, entre ellos, los de «seguridad y uso del tejido urbano» (PONCE, 2006).

## 7. Regeneración urbana y derecho al medio ambiente

Como es sabido, la perspectiva ambiental del urbanismo ha estado ausente, hasta hace bien poco, de la legislación urbanística. Desde luego, no estaba incorporada en la LS de 1956, obviamente, dado el momento histórico de su promulgación. Como es conocido, a raíz de la Conferencia sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, se iniciaron diversas iniciativas en relación con el binomio desarrollo-medio ambiente. Entre ellas, la creación por la ONU de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en el seno de la cual se adoptaría el conocido Informe Brundtlan «Nuestro futuro común», de 1987, que elabora el concepto de desarrollo sostenible «como aquel que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de generaciones futuras para satisfacer las suyas».

Sin embargo, las sucesivas legislaciones urbanísticas estatales (y autonómicas) hasta fechas muy recientes no han incorporado esta perspectiva, como ha puesto de relieve la doctrina jurídica (BASSOLS COMA, 1998, 78).

La evidente consideración del suelo como un recurso natural esencial, escaso y no renovable (STC 102/1995, de 26 de junio), ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a reconocer la competencia estatal derivada del art. 149.1.23 para intervenir en el urbanismo. Por otro lado, no cabe olvidar que esta es una perspectiva típicamente europea (recuérdese la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo Sobre una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano [COM (2005) 718 final], debiendo tener presente las competencias de la Unión Europea para intervenir en la utilización del suelo, de acuerdo con el art. 175 del Tratado de la Comunidad Europea).

En consecuencia, la perspectiva ambiental es fundamental en el urbanismo actual, actuando además, como un título «cuña» de intervención europea y estatal en el ámbito urbanístico.

Sólo cumple en este momento recordar que en una década, de 1990 a 2000 se estima que se ha urbanizado en España de media un 24,45% de lo que ya ocupaban nuestras ciudades, porcentaje que se sitúa entorno al 50% en la Región de Murcia, la Comunidad Valenciana, la Comunidad de Madrid o la Comunidad Foral de Navarra, según datos del programa europeo *Corine Land*

Cover (62). Mientras la urbanización crecía al 24,45% de media, la población lo hacía al 3,6% y los hogares al 20,4%. Crecimiento de la urbanización asociado a fenómenos de dispersión urbana con bajas densidades (*urban sprawl*), que en el caso de Cataluña y concretamente del ámbito del área metropolitana de Barcelona ha recibido por parte del geógrafo Francesc MUÑOZ la denominación de «Urbanalización» (63), con los costes generados de destrucción de paisajes, consumo de recursos escasos como suelo o agua, etc).

La vertiente ambiental del desarrollo sostenible territorial y urbanístico está también muy presente en la ley de suelo estatal. No sólo en el nivel de los principios jurídicos, sino a lo largo de la ley, tanto en referencia al procedimiento de elaboración de los instrumentos ordenadores como respecto a determinaciones legales de directa aplicación que se imponen a los mismos.

La Exposición de Motivos de la LS es contundente en sus apreciaciones:

*«En tercer y último lugar, la del urbanismo español contemporáneo es una historia desarrollista, volcada sobre todo en la creación de nueva ciudad. Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente. Y el suelo urbano —la ciudad ya hecha— tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso».*

(62) VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2006): pág. 30.

(63) Véase su Tesis Doctoral «urBANALització. La producció residencial de baixa densitat a la província de Barcelona 1985-2001»; consúltese:

[http://www.tesisenred.net/TDX-0119106-191845/index\\_cs.html#documents](http://www.tesisenred.net/TDX-0119106-191845/index_cs.html#documents) (última consulta efectuada: 12 de septiembre de 2007).

La apuesta legal aparece clara. Frente a la liberalización del suelo pretendida por la Ley de 1998, la LS 2007 muestra un claro cambio de rumbo. Como es sabido, el art. 9 de la norma de 1998, en su versión original, establecía los criterios para clasificar suelo como no urbanizable y sostenía la política pública liberalizadora en materia de urbanismo, con la esperanza, expresada en su Exposición de motivos, de que el aumento de oferta de suelo urbanizable permitiría responder a la demanda y contendría los precios de la vivienda. Dicha versión fue objeto de control de constitucionalidad, desde una perspectiva competencial, por la STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 13, la cual, si bien no la declaró inconstitucional, dejó claro que la interpretación correcta de tal precepto que le permitía ampararse en el art. 149.1.1 CE consistía en entenderlo de tal modo que posibilitaba a las CC.AA un amplio margen para establecer los criterios legales de clasificación del suelo como urbanizable o no urbanizable.

Mientras que la versión dada al art. 9 de la norma de 1998 por el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, no enjuiciada por la referida STC, parecía difícilmente compatible con esta doctrina del TC, la versión vigente hasta la entrada en vigor de la LS 2007 parecía en cambio respetuosa con la misma, al remitirse a los criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa autonómica, puesto que de acuerdo con el FJ 15 de la STC 164/2001 «la clasificación residual del suelo como urbanizable sólo actúa en defecto de expresa clasificación como suelo no urbanizable, opción esta última que sustancialmente corresponde a cada Comunidad Autónoma». En el caso catalán, por ejemplo, los arts. 32 y 33 de la Ley de urbanismo vigente otorgan a la discrecionalidad urbanística planificadora la decisión de qué suelos deben ser urbanizables o no urbanizables, teniendo en cuenta, entre otros criterios, el principio de desarrollo sostenible ya aludido.

Tras la constatación del fracaso de la pretendida liberalización del suelo respecto de los precios de la vivienda [habiendo aumentado el precio del suelo urbano un 500% bajo la vigencia de la norma de 1998, según el Banco de España, y el precio de la vivienda un 150% (64)], la LS abandona el enfoque anterior y, pese a no regular ya las clases de suelo urbanizable o no urbanizable, como destaca la Exposición de Motivos, refiriéndose a las situaciones básicas de suelo (suelo rural o suelo urbanizado), reconoce la posibilidad autonómica de preservar la transformación del suelo (rural) (art. 12,2, a, *in fine*), «innecesario o idóneo para atender las necesidades de transformación urbanística (art. 2.b), como objetivo a procurar por las políticas públicas de ordenación del territorio y de urbanismo en cumplimiento del principio de desarrollo sostenible.

Por ello, creemos que MENÉNDEZ REIXACH señala muy acertadamente que la regeneración urbana no es hoy una opción política, alternativa al ensanche o a la extensión, es decir a los nuevos desarrollos con nuevas ocupaciones de suelo,

---

(64) VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2006): «La nueva ley de suelo y la especulación urbanística», *Claves de Razón Práctica*, núm. 168, pág. 30.



sino una exigencia del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible», por lo que las primeras transformaciones de suelo rural «en lo sucesivo deberían ser, si no excepcionales, sí, al menos, suficientemente justificadas» (MENÉNDEZ REIXACH, 2011, 14 y 15).

El derecho a la vivienda del artículo 47 CE y el derecho al medio ambiente del artículo 45 CE están íntimamente vinculados, conexión que se pone de relieve en el concepto ya aludido de hábitat o medio ambiente urbano. Esa conexión, en ocasiones, puede llegar a generar una contraposición entre ambos derechos. Efectivamente, las obligaciones jurídicas de medios derivadas del artículo 47 CE pueden llegar a ser contrapuestas, en ocasiones, a la protección del medio ambiente. Piénsese en aquellos casos en que para dar cumplimiento al derecho a la vivienda es preciso actuar sobre el suelo, recurso natural, procediendo a la urbanización de éste. Un supuesto típico es aquel en que las necesidades de vivienda pueden conducir a la necesidad de clasificar suficiente suelo como urbanizable. Esta relación ha sido puesta de relieve en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de junio de 2001 (RJCA 2001\1004), que al anular una clasificación como suelo no urbanizable resaltó la importancia de la *ponderación de las necesidades de vivienda* antes de la adopción de la decisión discrecional sobre la clasificación de un suelo como urbanizable o no urbanizable. En este caso, el derecho a la vivienda puede suponer un límite al derecho al medio ambiente.

De igual modo, puede suceder en otras ocasiones que el derecho al medio ambiente suponga un límite al derecho a la vivienda, en el sentido de que la protección del primero se imponga a la posible generación de vivienda asequible mediante la urbanización y construcción del suelo. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en que la legislación aplicable protege singularmente ciertos suelos por sus valores ambientales (véase ahora la referencia contenida en el artículo 13.4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo).

En definitiva, se trata de conjugar las diferentes vertientes del ya aludido principio de desarrollo sostenible (económico, social y ambiental). Como ya declaró la conocida STC 64/1982, de 4 de noviembre, se trata de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador (y la Administración, en caso de existencia de ámbitos de valoración discrecional de ésta) la protección de bienes constitucionales como el medio ambiente y el desarrollo económico (y social, en la vertiente que ahora interesa, de existencia de suficiente vivienda asequible) (65).

---

(65) Así, por ejemplo, la Ley del derecho a la vivienda de Cataluña muestra una preocupación por cohonestar las exigencias del derecho a la vivienda con el medio ambiente en diversos preceptos [así, artículo 2.c), 10.1, en relación con la planificación territorial en el ámbito de la vivienda que debe buscar un desarrollo sostenible económico, ambiental y social, artículo 16.2.a), con directrices al planeamiento urbanístico en relación con la vivienda y el medio ambiente, o artículos 23 y ss., con referencia a la ecoeficiencia en el proceso de edificación, conservación y rehabilitación del parque inmobiliario residencial].

Nos movemos en este ámbito en el campo de las ponderaciones de bienes e intereses, en el que el papel del procedimiento de toma de decisiones (por ejemplo, en el ámbito de la planificación urbanística y territorial) deviene clave, como ya expusimos *supra*. De ahí que la legislación en vigor exija la toma en consideración de las tres vertientes del desarrollo sostenible y la ponderación diligente de las exigencias respectivas. (66) Ponderación que debe plasmarse en concretos documentos, como la evaluación de impacto ambiental (véase ahora el artículo 15.1 de la Ley de suelo), la sostenibilidad económica de los desarrollos urbanísticos, incluidos, claro está, los residenciales (véase ahora el artículo 15.4 de la mencionada Ley, con su referencia al informe o memoria de sostenibilidad económica como documento de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización) y la cohesión social (recuérdese el instrumento de la memoria social en la legislación urbanística catalana, y en la Ley del derecho a la vivienda con sus referencias a la vivienda). TEJEDOR BIELSA destaca como «la motivación de las decisiones de ordenación debe conectar el estado de la ciudad existente, su estado de conservación y su grado de ocupación efectiva con la determinación de clasificación de nuevos suelos» (TEJEDOR BIELSA, 2012, 214).

En este sentido, la regeneración urbana puede responder al reto de garantizar la sostenibilidad social (generando vivienda asequible) mediante el impulso de la sostenibilidad económica (al dar lugar a un desarrollo económico privado en esta área) cuidando a la vez la sostenibilidad ambiental (evitando la *colonización* de nuevo suelo rural y mejorando la *ecoeficiencia* de los edificios, de partes de ciudades y de las ciudades en su conjunto, avanzando hacia lo que ha sido dado en llamar la *smart city*, una denominación todavía difusa, que parece basarse en la aplicación de la mejor tecnología disponible a los ámbitos urbanos (67).

#### **IV. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, LA VIVIENDA ASEQUIBLE Y LA REGENERACIÓN URBANA**

Como ya hemos argumentado repetidamente, la promoción del derecho a la vivienda no se hace únicamente, ni a veces prioritariamente, con inversión de capitales públicos. Son posibles y deseables políticas públicas regulatorias, basadas en la función social de la propiedad privada, que permitan desarrollos urbanísticos (en nuevo trozos de ciudad y, sobre todo ahora, en la ciudad ya construida, es decir, en suelo urbano consolidado o no consolidado) y a la vez generación de viviendas asequible para hacer efectivo el derecho a la ciudad y

---

(66) Sobre la ponderación en la toma de decisiones públicas, puede consultarse, en general, RODRIGUEZ SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons.

(67) ARNAL, J.C., «Smart cities», *Economía aragonesa*, N.º. 48, 2012, pág. 79-94.

el derecho a la vivienda. Ahora bien, hay que conocer las posibilidades jurídicas y aplicar una voluntad decidida por el desarrollo de estas políticas públicas.

Además, estas políticas públicas, mediante el planeamiento urbanístico, pueden ser completadas con la exploración de las posibilidades de la colaboración público-privada para regenerar áreas urbanas y construir y gestionar vivienda asequible. Parece haber una rara unanimidad en la importancia de esta colaboración, como expresión del nuevo paradigma de la gobernanza ya aludido, de la necesidad de controlar el déficit público y atraer capital y *know how* privado y relanzar el sector inmobiliario (68). En esa línea se sitúan las propuestas referidas al impulso de la figura del «Agente Rehabilitador», trasunto del Agente Urbanizador popularizado por la legislación valenciana en el ámbito del suelo urbanizable, esto es, potenciar la regeneración mediante la actuación de sujetos privados que, a cambio claro del correspondiente lucro, invirtieran y

---

(68) Desde la perspectiva europea, la postura del Comité de las Regiones es totalmente favorable a esta colaboración, como se puede comprobar a su dictamen de 2007 sobre «política de vivienda y política regional» [Consultable:

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=OJ:C:2007:146:0010:0018:SE:PDF>].

También es de interés su dictamen de 2012 «Hacia una agenda europea de vivienda social» (consultable: <http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=OJ:C:2012:009:0004:0007:SE:PDF>).

En el ámbito político, se destacable la proposición no de ley al congreso del grupo parlamentario catalán en 2009 sobre «para impulsar la creación de una grande parque de viviendas de alquiler a precios asequibles, mediante sistemas de colaboración públicoprivada», que dio lugar a un acuerdo del Congreso de los Diputados, consultable en:

[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/l9/cong/bocg/d/d\\_260.pdf](http://www.congreso.es/public_oficiales/l9/cong/bocg/d/d_260.pdf).

De igual manera, tanto el Pacto Nacional de la Vivienda de Cataluña (ver pág. 47, consultable en: <http://www20.gencat.cat/docs/habitatge/home/secretaria%20dhabitatge/Planos%20y%20actuaciones/Pacto%20nacional%20por%20a%20habitatge%202007-2016/docs/Pacte%20Catala.pdf>) como el Plan de Gobierno de la Generalitat de Cataluña 2011-2014, eje 6.7, pág. 60 («Colaborar con la iniciativa privada para facilitar la construcción de un parque de viviendas de alquiler a precio reducido.») destacan la necesidad de esta colaboración público-privada y, por lo tanto, el posible papel de las viviendas dotacionales.

Asimismo, téngase en cuenta ahora el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, que regula el Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016, cuyo art. 4 señala que:

«Artículo 4. Colaboración Público-Privada.

1. De acuerdo con lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y con el objetivo de atraer financiación privada a la ejecución del Plan, por las Administraciones competentes para su implantación y gestión se procurará en la mayor medida posible actuar mediante entidades colaboradoras, o mediante otras formas de colaboración público-privada.

2. En los programas de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas, se valorarán especialmente aquellas actuaciones en las que la participación del sector empresarial, con fondos propios, garantice su mayor viabilidad económica. Los mecanismos mediante los que podrán asociarse las Administraciones públicas y las personas físicas o jurídicas privadas para la articulación de su cooperación en estos ámbitos serán los contemplados, específicamente, en el Capítulo VII de este Real Decreto».

dinamizaran la misma (69). ROGER considera que en entre la «caja de instrumentos» jurídico-urbanísticos existente para varias el modelo expansionista urbano tradicional en España se sitúa la «ejecución substitutoria» (art. 110.5 LS, 19.1 Real Decreto-Ley 8/2011 ahora, en conexión con los arts. 31 y 32 LS) por parte de empresas privadas de propietarios incumplidores de sus deberes de conservación (elegidas mediante procedimientos administrativos con publicidad y concurrencia). Algunas legislaciones autonómicas han regulado la figura del agente edificador o rehabilitador (por ejemplo Ley de urbanismo de Aragón de 2009, arts. 255.2 y 221 a 228).

Por lo que se refiere a la generación de más vivienda asequible en general, también se sitúan en esta línea de colaboración público privada el interés por la figura de la propiedad compartida, como figura incluida dentro de las llamadas tenencias intermedias (junto con la propiedad temporal), ya prevista en el art. 71 de la ley del derecho a la vivienda de Cataluña, modificado ahora, y que no es otra cosa que la puesta en juego de la regulación históricamente existente de las comunidades de bienes (art. 392 y ss Código Civil).

Dicho esto, en términos generales, queremos, para acabar, avanzar un paso más y ofrecer algunas sugerencias técnicas sobre como articular las políticas públicas regulatorias y de colaboración público-privada para generar vivienda asequible estable y avanzar en la buena administración del servicio público de vivienda.

Con respecto al ámbito regulatorio, la utilización del planeamiento urbanístico tiene que permitir obtener suelo y techo edificable para viviendas asequibles, bien sean de protección oficial, bien sean dotacionales, en el marco de las operaciones de regeneración, como ya se dijo.

En el primer caso, la legislación puede dar cobertura normativa para que el planeamiento urbanístico establezca una proporción de suelo edificable para vivienda de protección oficial en operaciones urbanas en suelo consolidado (así, art. 17.3 de la ley catalana del derecho a la vivienda). En este caso, la limitación de la discrecionalidad municipal en razón de intereses supralocales (como disponer de vivienda asequible suficiente y no segregado), la potenciación del régimen de tenencia temporal de los usuarios del viviendas (por ejemplo, alquiler), el mantenimiento estable de la calificación de la vivienda como protegida en vinculación al servicio de interés general de vivienda y de los varios usuarios

---

(69) Así, GONZÁLEZ-VARAS, S. (coord.), *El Agente Rehabilitador. Notas sobre gestión en Suelo Urbano Consolidado*, Thomson-Aranzadi, 2005. Véase art. 6 a Ley estatal de suelo vigente. Téngase en cuenta el art. 11 del proyecto de ley de economía sostenible;

«En los supuestos en que se den las condiciones necesarias al efecto, para edificios concretos y también mediante convenio, puede establecerse la ejecución privada de la rehabilitación por empresas que, individualmente o agrupadas y sustituyendo a la propiedad del inmueble, asuman la realización a su costa de la totalidad de las obras a cambio de la cesión de parte determinada del edificio rehabilitado.»

presentes y futuros que la utilicen y el enfoque de las adjudicaciones en quienes realmente tenga una necesidad de vivienda asequible, son elementos cruciales de una adecuada política pública (70).

En el segundo caso, la legislación también puede dar cobertura a las precisas reservas de suelo con este objeto [por ejemplo, art. 18 de la ley catalana del derecho a la vivienda, modificado en 2011 para reducir la obligación a sólo ciertos municipios (71), los obligados a reservar suelo para vivienda asequible, que también han sido reducidos (72)].

La potenciación mediante la regulación de los planes de urbanismo —delimitando el derecho de propiedad en razón de la función social de la propiedad al servicio del derecho a la vivienda— de las reservas de vivienda asequible en conexión con la renovación urbana, a la que ahora aluden varias normas estatales como hemos visto, *tendría que permitir ir incrementando un parque estable de vivienda asequible vinculada al servicio de vivienda y a los usuarios del mismo*. El ya mencionado Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre,

---

(70) Desgraciadamente, la regulación existente en Cataluña en la actualidad no parece avanzar en la dirección propuesta, al haberse modificado la ley de vivienda de Cataluña a finales de 2011 (mediante ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica) para retirar las limitaciones municipales, potenciar la compra de viviendas, tender a reducir la calificación como vivienda de protección oficial y pretender permitir la compra de una vivienda cuando ya se disfruta de una protegida.

(71) «Los municipios que están obligados según la legislación urbanística a hacer reservas para la construcción de viviendas de protección pública también deben calificar terrenos y prever reservas destinadas al sistema urbanístico de viviendas dotacionales públicas que establece dicha legislación, para satisfacer los requerimientos temporales de colectivos de personas con necesidades de acogida, de asistencia residencial o de emancipación que resulten de la memoria social».

(72) Art. 57.3 de la ley de urbanismo de Cataluña:

«Los planes de ordenación urbanística municipal y sus modificaciones y revisiones han de reservar para la construcción de viviendas de protección pública suelo suficiente para el cumplimiento de los objetivos definidos en la memoria social y, como mínimo, el suelo correspondiente al 30% del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano no consolidado como en suelo urbanizable, un 20% del cual, como mínimo, ha de destinarse a viviendas de protección oficial de régimen general, de régimen especial, o de ambos regímenes, o los regímenes que determine como equivalentes la normativa en materia de vivienda, destinados a la venta, al alquiler o a otras formas de cesión de uso. Quedan exentos de esta obligación mínima los planes de ordenación urbanística municipal siguientes, salvo que el planeamiento territorial o director urbanístico determine otra cosa:

- a. Los de los municipios que, por su escasa complejidad urbanística, solo distinguen entre suelo urbano y suelo no urbanizable.
- b. Los de los municipios de menos de cinco mil habitantes, que no son capitales de comarca y que cumplen los siguientes requisitos:
  - o Primero. Si en los dos años anteriores a la aprobación inicial del plan, la dinámica de otorgamiento de licencias ha sido inferior a cinco viviendas por cada mil habitantes y año.
  - o Segundo. Si el plan no permite más de doscientas viviendas de nueva implantación para el conjunto de los ámbitos de actuación urbanística en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable a que se refiere el apartado 4».

da un tímido paso en esa dirección, al señalar en su Disposición Adicional Primera que:

«Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurren en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del presente real decreto-ley. Este fondo social de viviendas tendrá como objetivo facilitar el acceso de estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban».

Este precepto presenta diversas cuestiones que ahora sólo podemos apuntar. En primer lugar, la cobertura competencial del Estado para dictarlo: la Disposición Adicional Primera del real decreto-ley cita los apartados 6, 8, 11 13 y 14 del art. 149.1 CE como cobertura. Dudamos que alguno de estos preceptos otorgue competencia al Estado para adoptar tal decisión y política pública. Se echa en falta, de nuevo, como dijimos, un uso del apartado 1 del art. 149 CE, que, en todo caso, sólo cubriría la regulación de las condiciones básicas para garantizar el derecho a la vivienda de tales colectivos, no la gestión de la política. En segundo lugar, tal fondo social sería «de propiedad de las entidades de crédito» y el Estado «promovería» su constitución. ¿Y que ocurre con la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S. A., (más conocido por su acrónimo, Sareb, y por su nombre informal de «banco malo», configurada en el Real Decreto-ley 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito)? ¿debe ésta constituir un porcentaje de viviendas para el fondo social?

*Ahora bien, obtenidas las reservas para vivienda asequible, en su caso, hay que construir y gestionar éstas.* En el primer caso expuesto, viviendas de protección oficial, la construcción corresponderá al promotor privado y la gestión es asumible por la Administración, bien sea directa o indirectamente. En el segundo caso, viviendas dotacionales, es cuando tiene especial sentido la colaboración público-privada, ensayada ya en relación con otras dotaciones vinculadas a servicios públicos (carreteras, hospitales, etc) pero no todavía en España en relación a vivienda asequible (73). En esta línea, parece que la utilización de

---

(73) Véase el trabajo de PONCE, J. «Las viviendas dotacionales públicas en Cataluña. La normativa de vivienda», presentado en la jornada organizada por la Diputación de Barcelona el 27 de enero de 2009 (<http://www.diba.cat/cjs/jornada.asp?id=248> ) sobre viviendas dotacionales (el texto completo es consultable, en catalán, en: <http://www.urcosos.net/articulos/i30septembre09/els%20viviendas%20dotacionals%20publics%20a%20Cataluña.pdf>).

Con respecto al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (arte. 11), la previsión de l'art. 11.2 («Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas») y la existencia de las otras formulas explicadas hacen de difícil aplicación este contrato.

los contratos administrativos de concesión de obra pública y de derecho de superficie (perfectamente posible sobre bienes demaniales, a tenor, por ejemplo, del art. 18 de la ley del derecho a la vivienda de Cataluña), previstos ahora en 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 podrían articular perfectamente esta colaboración (74). En la elaboración de estos contratos, habrá que estar atento a la distribución adecuada de riesgos entre la administración y el privado (para evitar la consideración de la inversión a efectos del sistema de cómputo del déficit público establecido por el sistema de contabilidad europeo SEC-95 (75) ) y a que la operación en términos económicos permita un *project finance* que posibilite al privado obtener la rentabilidad necesaria para obtener necesario apoyo financiero, a lo que puede ayudar lo que ROGER denomina las «superficies superpuestas» o complejos inmobiliarios, esto es, aprovechar la posibilidad de coexistencia de usos públicos con otros usos o construcciones de dominio privado, bajo o sobre rasante, que generen producto lucrativo que atraiga al capital privado (76) .

---

(74) El primero, en los arts. 7 y concordantes, como contrato administrativo típico (ver un ejemplo en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del contrato de concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación de un edificio de 60 viviendas dotacionales en el municipio catalán de Viladecans, consultable en: [http://www.viladecans.cat/plantilles/licitacio/\\_btmjzn3512-zk1mkskzysaix2dhikyffkr52org3b8ihnrmrufatrea](http://www.viladecans.cat/plantilles/licitacio/_btmjzn3512-zk1mkskzysaix2dhikyffkr52org3b8ihnrmrufatrea) ); el segundo, como contrato administrativo atípico, previsto en l'art. 19.1, letra b (ver un ejemplo concreto en el pliego de cláusulas administrativas para la adjudicación de la constitución de derechos de superficie sobre fincas de titularidad pública, como base para la subsiguiente construcción, gestión y explotación de viviendas dotacionales públicas, en los términos municipales catalanes de Prats de Lluçanès y Sant Hipòlit de Voltregà, consultable en: [http://www.ccosona.net/admin/uploads/htmlarea/plec\\_habtatges\\_pr\\_st.pdf](http://www.ccosona.net/admin/uploads/htmlarea/plec_habtatges_pr_st.pdf) )

(75) El Eurostat (oficina estadística de la Comisión Europea) ha ido delimitando los supuestos en que una determinada operación computa o no a efectos del déficit público de acuerdo con los criterios de contabilidad pública recogidos en el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad Europea (Reglamento CE 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, conocido como SEC-95). Téngase en cuenta el Manual SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública (edición de 2002) elaborado por Eurostat.

(76) La cesión de la gestión de locales comerciales o del subsuelo (por ejemplo, aparcamientos) puede ser de interés para que le salgan los números al contratista privado. En este ámbito, se pueden tener en cuenta en Cataluña el art. 39 LUC, en general, y más específicamente el art. 34 RLUC referido al subsuelo en el caso de sistemas urbanísticos de titularidad pública. Este último precepto señala que el planeamiento puede prever que el subsuelo de los sistemas de titularidad pública se destine a usos diferentes de los atribuidos al suelo, siempre que sean compatibles con la funcionalidad del sistema. Establece además que en suelo urbano, en ámbitos incluidos en polígonos de actuación o planes de mejora urbana, el planeamiento puede decidir que el subsuelo del suelo que se destine a sistemas de titularidad pública sea susceptible de aprovechamiento de titularidad privada (destinado a uso de aparcamiento, de almacén, a usos propios de los equipamientos o a otros usos admitidos por el planeamiento al subsuelo) siempre que sea necesario para «garantizar el equilibrio de beneficios y cargas derivado de la cesión gratuita del suelo destinado a nuevos sistemas de titularidad pública». Estas previsiones pueden facilitar el proceso de generación de las viviendas dotacionales y la articulación de colaboraciones público-privado para su construcción y gestión.

En fin, hay, pues que potenciar la colaboración público privada en el ámbito del servicio de interés general de la vivienda, mediante figuras como la propiedad compartida y la construcción y gestión de parques de viviendas asequibles mediante contratos administrativos celebrados entre Administraciones y privados que permitan a aquellas realizar inversiones sin que computen como déficit público, atraer capital y *know how* privado y relanzar el sector inmobiliario, especialmente en operaciones de regeneración y que posibiliten a los privados obtener rentabilidad de la operación mediante financiación del proyecto.

## V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo hemos visto como el Derecho (objetivo) es relevante para la regeneración urbana y ésta es relevante para la efectividad de diversos derechos subjetivos, incluyendo, pero no únicamente, al derecho de propiedad.

Hemos repasado brevemente los niveles con capacidad de incidir en la regulación y/o gestión de la regeneración urbana, enfatizando la necesidad de considerar el concepto de gobernanza urbana, pero sin diluir en ésta las responsabilidades públicas ineludibles y enlazándola, por lo que a los actores públicos se refiere, con el principio constitucional de lealtad institucional y los principios de cooperación, colaboración y coordinación.

Al hilo del anterior análisis, hemos expuesto y considerado algunas técnicas-jurídicas de corte moderno y su relación con la regeneración urbana y también hemos prestado atención a la Ley de Economía sostenible y otras normas estatales y autonómicas. Hemos efectuado reflexiones sobre el art. 149.1.1 CE y la defectuosa regulación de los derechos de realojamiento y retorno y su impacto sobre la segregación urbana y la gentrificación en los procesos de regeneración urbana.

Asimismo, hemos intentado argumentar cómo el Derecho a nivel internacional e incluso español parece estar en fase de reconocimiento de la expresión territorial de diversos derechos, que se hace efectivos (o se vulneran) en la ciudad. En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, hemos hecho algunas referencias al derecho a la vivienda, al derecho a la igualdad, con su corolario de la mezcla social en las áreas urbanas sometidas a regeneración, del derecho a la educación no segregada (apuntando las conexiones entre alojamiento y escuela), al papel de los equipamientos religiosos en relación con el art. 16 de la Constitución y hemos aludido, finalmente, a la seguridad urbana y a su papel en la regeneración urbana, así como a alguna técnica concreta para potenciarla.

Por último, hemos sostenido la necesidad de la colaboración público privada para generar vivienda asequible en las operaciones de regeneración urbana y hacer realidad el derecho a la ciudad, sugiriendo algunas técnicas a tal fin.

Terminaremos ahora este documento con algunas preguntas finales para intentar ayudar a incitar el debate y la discusión (pluridisciplinar):



- a) ¿Están nuestras organizaciones públicas diseñadas para afrontar una visión sistémica de la ciudad, de las políticas públicas urbanas y de los derechos implicados?
- b) ¿Tenemos suficientes «puestos de observación» de la realidad urbana e indicadores para percibir la evolución de las áreas urbanas y el estado de efectividad de los derechos? ¿podemos detectar, y actuar por tanto, sobre áreas todavía no degradadas pero en fase de transición? ¿Evaluamos *ex post* los procesos de regeneración urbana emprendidos y su impacto sobre los derechos?
- c) ¿Son nuestros gestores públicos conscientes del entramado de derechos implicados en la regeneración?
- d) ¿Se entiende de forma generalizada desde la gestión pública la extraordinaria relevancia, para la entera ciudad, de garantizar suficiente vivienda asequible y mezcla social en las operaciones de regeneración?
- e) ¿Tenemos el suficiente *know how* y recursos para afrontar todos los retos a la vez?
- f) ¿La iniciativa privada encontrará atractiva la implicación en la regeneración urbana para la creación de vivienda asequible?
- g) ¿Qué ocurrirá si no lo hacemos o lo hacemos mal?

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAL, J.C.: «Smart cities», *Economía aragonesa*, N°. 48, 2012, págs. 79-94
- ARROYO, L.: *La revisión de las técnicas de conservación urbanística*, Thomson Civitas, Madrid, 2006,
- ASCHER, F.: (2004) *Los nuevos principios del urbanismo*, Alianza, Madrid
- AA.VV. (2009), *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público. III Congreso de la AEPDA*, Junta de Andalucía.
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002.
- ALLI ARANGUREN, J.C.: «Urbanismo y vivienda. La interrelación de las políticas de suelo y vivienda», *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 219, julio-agosto 2005.
- BASSOLS COMA, M.: «La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible», en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2ª ed., 2006.
- «La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, enero-abril 2003.

- «Consideraciones sobre el Derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978», *RDU*, 85, 1983.
- BAUMAN, Z. (2007), *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Tusquets.
- BOSCH I MEDA, J. y GIBAJA I ESTEBAN, O.: *Habitatge i immigració*, Barcelona, Nous Horitzons, 2005.
- BURTON, E.: «The Compact City: Just or Just Compact? A Preliminary Análisis», *Urban Studies*, vol. 37, núm. 11, 2000.
- CALVO GARCÍA, M.: «Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el estado intervencionista», en AÑON, M.J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P.: *Derecho y sociedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- CANOSA ZAMORA, E.: «Las urbanizaciones cerradas de lujo en Madrid: una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, XXXIV (133-134) 2002.
- CERVERA PASCUAL, G., *La renovación urbana y su régimen jurídico. Con especial referencia a la Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011, de 4 de marzo, y el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio*, Reus, Madrid, 2013, con prólogo de Martín Bassols Coma.
- CONSEJO DE EUROPA, 2000, Marco para las políticas de integración, documento de trabajo.
- DE GUERRERO MANSO, C.: *La zonificación de la ciudad: concepto, dinámica y efectos*, Aranzadi, 2012
- DELGADO, M. (2006): «Morfología urbana y conflicto social. Las medidas anti-gueto como medidas de dispersión de pobres», en BERGALLI, R. y RIVERA, I., *Emergencias urbanas*, Anthropos
- DESCHAMPS, E.: *Le Droit Public et la Ségrégation Urbaine (1943-1997)*, LGDJ, 1998.
- DÍAZ LEMA, J.M.: «Rehabilitación urbana, o como hacer de la necesidad virtud», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2010, abril-mayo, pp. 11 y ss.
- ELY, J.: *Democracia and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980.
- FELOUZIS, G., LIOT, F. y PERROTON, J. (2005): *L'Apartheid scolaire. Enquête sur la ségrégation ethnique dans les collèges*, Seuil
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, G.: «La capacidad de innovación jurídica de las ordenanzas municipales: especial referencia a la regulación de la vivienda tasada municipal mediante ordenanzas municipales en la Ley 2/2006 de suelo y urbanismo de la CAPV», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, 2008, pp. 111-143.
- FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2002, 3º ed.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1981.
- GARCÍA GARCÍA, M.J., GARCÍA GARCÍA, M.J.: *El régimen jurídico de la rehabilitación urbana*, Institució Alfons el Magnànim, 1999
- «Desarrollo urbano sostenible versus crecimiento descontrolado: una vuelta a la rehabilitación urbana», en esta REVISTA, 2008, 33. pp. 217-247.
- GONZÁLEZ-VARAS, S. (coord.): *El Agente Rehabilitador. Notas sobre gestión en Suelo Urbano Consolidado*, Thomson-Aranzadi, 2005.
- *La Rehabilitación urbanística*, Aranzadi, 1998
- GREENBLATT, A.: «Downtown Renaissance», en *Urban Issues*, CQ Researcher, 2009
- GRUPO ADUAR, *Diccionario de geografía urbana, urbanismo y ordenación del territorio*, Ariel, 2000.
- HOBERG, C., MARTORI, J.C., PONCE, J y SIBINA, D.: *Habitatge assequible i segregació residencial: el cas de Manlleu*, 2010, Institut de Desenvolupament de l'Erm de l'Ajuntament de Manlleu.
- HUNT, L.: *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, 2009.
- IHLANDFELDT, K. y SCAFIDI, B.P.: «The Neighbourhood Contact Hipótesis: Evidence From the Multicity Study of Urban Inequality», *Urban Studies*, vol. 39, núm. 4, 2002.
- JACOBS, J.: *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península, Madrid, 1967.
- JACQUOT, H. y PRIET, F.: *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, París, 5ª ed., 2004.
- JÉGOUZO, Y.: «Les niveaux territoriaux de décision et de compétence pour l'habitat social et pour la ville», en *L'Europe et l'habitat social*, Les Cahiers du Gridauh, núm. 5, 2001.
- MANDELKER, D.: «Derecho urbanístico y ordenación urbanística excluyente en los Estados Unidos de América», *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Barcelona, 2003.
- MARTÍ COSTA, M. y PARÉS, M. (coords.): *Llei de barris: cap a una política de regeneración urbana participada i integral*, Barcelona, 2009, Generalitat de Catalunya, consultable en <http://www.eapc.es/publicacions/coedicions/coe32sum.htm>
- MARTÍNEZ BOROPIO, D.: *Derechos de Realajo y Retorno en la Gestión Urbanística*, Editorial Montecorvo, 2006.
- MAURIN, E.: *Le ghetto français*, Seuil, la Republique des idees, 2004.
- MENÉNDEZ REIXACH, A.: «Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas», *RDUyMA*, 200, marzo 2003.

- «Instrumentos jurídicos para la regeneración urbana», *RDUyMA*, 270, diciembre 2011, pp. 13-50.
- MINISTERIO DE FOMENTO: *La desigualdad urbana en España*, 2000 (consultable en: <http://habitat.aq.upm.es/duel/>).
- MODERNE, F.: «Problemas actuales del urbanismo en Francia», en *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro (Jornadas internacionales de Derecho urbanístico*, Santiago de Compostela, 2 y 3 de julio de 1998, Marcial Pons, 1998.
- OFFICE OF THE DEPUTY PRIME MINISTER (2005): *Diversity and Equality in Planning: a good practice guide* (consultable en: <http://www.communities.gov.uk/documents/planningandbuilding/pdf/324051.pdf>).
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU): Informe elaborado por el Relator especial sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada, visita a España: [http://www.urcosos.net/articulos/000\\_onuvivienda/informe\\_final\\_onu\\_vivienda\\_esp.pdf](http://www.urcosos.net/articulos/000_onuvivienda/informe_final_onu_vivienda_esp.pdf).
- ORTEGO GIL, P.: *Las casas baratas*, Iustel, 2006.
- PARADA, R.: *Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PAREJA, M., PONCE, J. y GARCÍA, L.: *Urbanisme i habitatge com a eines de desenvolupament sostenible*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004.
- PONCE SOLÉ, J. y CABANILLAS, A.: *Lugares de culto, ciudades y urbanismo. Guía de apoyo a la gestión de la diversidad religiosa*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2011, consultable en: [http://www.observatorioreligion.es/publicaciones/guias\\_para\\_la\\_gestion\\_publica\\_de\\_la\\_diversidad\\_religiosa/lugares\\_de\\_culto\\_ciudades\\_y\\_urbanismo\\_guia\\_de\\_apoyo\\_a\\_la\\_gestion\\_de\\_la\\_diversidad\\_religiosa/](http://www.observatorioreligion.es/publicaciones/guias_para_la_gestion_publica_de_la_diversidad_religiosa/lugares_de_culto_ciudades_y_urbanismo_guia_de_apoyo_a_la_gestion_de_la_diversidad_religiosa/).
- PONCE SOLÉ, J.: «Inmigración, escuela y segregación: el papel del Derecho público», en DÍAZ, S. (coord.), *Inmigración y Gobiernos Locales*, Marcial Pons, 2010.
- «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», en PONCE SOLÉ, J. (coord.), *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2010 (en prensa).
- *Ciudades, Derecho urbanístico y libertad religiosa. Elementos comparados de Europa y Estados Unidos*, Fundació Pi i Sunyer, 2010.
- «Housing Discrimination and Minorities in European Cities: The Catalan Right to Housing Act 2007», *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 2, Núm.2, 2010, pp. 138 y ss.
- «Affordable Housing and Social Mix: Comparative Approach», *Journal of legal affairs and dispute resolution in engineering and construction*, Febrero 2010, pp. 31 y ss.
- «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 201 y ss.

- «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo estatuto de autonomía de cataluña y de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», *REAF*, núm. 7, octubre 2008, p. 145-195
  - *Segregación escolar e inmigración. Contra los guetos escolares: Derecho y políticas públicas urbanas*, Madrid, CEPC, 2007, p. 32.
  - (Coord. con D. Sibina) *El Derecho de la Vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, en su contexto español, europeo e internacional*, Marcial Pons, 2008.
  - (Coord.) *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
  - (Ed), *Land Use Law, Housing and Social and Territorial Cohesion*, RMLUI, University of Denver, 2006.
  - «El Derecho a la Vivienda de las Personas sin Hogar y el Tercer Sector en España: Derecho y Lobbying», *Milhistorias*, núm. 17, abril, 2009, pp. 30-36 (consultable en: <http://www.fundacionrais.org/ficheros/ficheros/308/Milhistorias%20Derecho%20a%20la%20Vivienda.pdf>).
  - «Sociedades pluriculturales y Administraciones Locales: inmigración, diversidad y convivencia en las ciudades. Reflexiones jurídicas», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 11, 2006.
  - «Una reflexión desde el derecho urbanístico sobre las modernas sociedades pluriculturales y pluriconfesionales», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 215, enero-febrero 2005.
  - «Solidaridad, cohesión social y Derecho público: a propósito de las reservas legales de vivienda protegida como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible», en AA.VV. *Diversidad y convivencia en las ciudades*, Fundació Carles Pi i Sunyer-CEMCI-UIM, Barcelona, 2004.
  - *Poder Local y Guetos Urbanos*, INAP-Fundació Pi i Sunyer, Madrid, 2002.
  - *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
  - *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas-Escola de Administració Pública de Catalunya, 1996.
- PONS, M. y DEL ARCO, M.A.: *Diccionario de Derecho urbanístico y de la construcción*, Comares, 4ª Edición, 2006,
- REAL FERRER, G.: «La solidaridad en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, número 161, 2003.
- ROBERT P. y SYKES, H. *Urban regeneration*, Sage, Londres, 2006,
- ROCA CLADERA, J. (2008): «El marco urbanístico», ponencia presentada en el marco del seminario sobre «Planeamiento y vivienda social», EGAP, Santiago de Compostela, 25 de septiembre de 2008.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROGER FERNÁNDEZ, G.: *Para comprender el urbanismo español (de una vez por todas)*, lustel, Madrid, 2012.
- «Acotaciones al texto del Proyecto de Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas: un texto manifiestamente mejorable», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 281, abril 2013, pp. 83 a 108.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- SCHMIDT-ASSMAN, E.: *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, 2003.
- SINDIC DE GREUGES DE CATALUNYA (2008): *La segregación escolar en Cataluña* (consultable en: [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2266/segregacio\\_escolar\\_web.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2266/segregacio_escolar_web.pdf)).
- TEJEDOR BIELSA, J.: «Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril 2010, pp. 83 y ss.
- *Derecho a la vivienda y Burbuja Inmobiliaria*, La Ley, 2012.
- UITERMARK, J.: «“Social Mixing” and The Management of Disadvantaged Neighbourhoods: The Dutch Policy of Urban Restructuring Revisited», *Urban Studies*, vol. 40, núm. 3, 2003.
- VAQUER, M.: *La acción social*, Tirant Lo Blanch-Institut de Dret Públic, Valencia 2002.
- ZAPATA-BARRERO, R.: «Políticas de acomodación de la inmigración y administración local: la gestión de la coexistencia», en GUILLOT, J. (dir.), *Immigració i poders locals. Ciutats i persones*, ICPSB, 2003.

# EL SÉPTIMO PROGRAMA AMBIENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA, 2013-2020(\*)(\*\*)

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ

**SUMARIO:** I. LA PROGRAMACIÓN AMBIENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA, Y SU FUNDAMENTACIÓN: DE SUS INICIOS AL QUINTO PROGRAMA DE ACCIÓN.– II. EL SEXTO PROGRAMA AMBIENTAL (2001-2002 a 2012) Y SU REVISIÓN.– III. LOS PROGRAMAS AMBIENTALES EN LOS ACTUALES TRATADOS EUROPEOS.– IV. EVALUACIÓN DEL SEXTO PROGRAMA AMBIENTAL Y PREPARACIÓN DEL SÉPTIMO.– V. EL SÉPTIMO PROGRAMA AMBIENTAL: EL PROGRAMA GENERAL DE MEDIO AMBIENTE DE LA UNIÓN HASTA 2020: 1. Iniciativas que enmarcan estratégicamente el nuevo Programa. 2. La Propuesta de Decisión sobre el Séptimo Programa Ambiental. 3. El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea (2013-2020): «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». 4. La evaluación de impacto del Séptimo Programa Ambiental y el proceso de aprobación.

**RESUMEN:** Siguiendo el consolidado modelo de trabajo de la Unión Europea en materia ambiental, una vez que el Sexto Programa finalizó en el verano de 2012, la Comisión, el Consejo y otras Instituciones iniciaron el proceso de elaboración del Séptimo Programa Ambiental, que se ha plasmado en la Propuesta formal del mismo de la Comisión en noviembre de 2012, comenzando así su procedimiento de aprobación formal. El nuevo Programa trata de hacer frente a los retos de la Unión para los años 2013-2020 en materia ambiental. El trabajo analiza el proceso de elaboración del nuevo texto y su contenido.

**Palabras clave:** medio ambiente; protección; Unión Europea; programas ambientales; Séptimo Programa.

**ABSTRACT:** Following the established working model of the European Union on environmental, once the Sixth completed in the summer of 2012, the Commission, the Council and other Institutions began the process of drafting the Seventh Environment Programme, which has reflected in the formal proposal from the Commission thereof in November 2012, and began his formal approval procedure. The new Program seeks to

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 16 de enero de 2013 y evaluado favorablemente para su publicación el 26 de enero de 2013.

(\*\*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2010-20663, del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es el Prof. Tomás Quintana López (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León).

*address the challenges of the Union for the years 2013-2020 on the environment. The paper analyzes the process of drafting the new text and content.*

*Key words: environmental protection; European Union; environmental programs; Seventh Program.*

## **I. LA PROGRAMACIÓN AMBIENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA, Y SU FUNDAMENTACIÓN: DE SUS INICIOS AL QUINTO PROGRAMA DE ACCIÓN.**

Los Programas Ambientales son uno de los ejes esenciales de la Política Ambiental de la Unión (1), orientando la misma, desde los años setenta del pasado siglo. Inicialmente, su naturaleza jurídica fue problemática al aprobarse mediante resoluciones de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo, hasta que primero el Acta Única Europea y después el Tratado de Maastricht de 1992-1993 los menciona, y establecen su aprobación por un acto del Consejo, como veremos.

Efectivamente, las Comunidades Europeas iniciaron las actuaciones en materia de medio ambiente a finales de los años 60 del siglo XX (2) sin tener ninguna base jurídica general en los Tratados Europeos originales (Tratado de la

---

(1) En general sobre la protección jurídica del medio ambiente, ver ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B. (dir.), y otros, «Diccionario de Derecho Ambiental», Ed. Iustel, Madrid, 2006; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Instituciones de Derecho Ambiental», Ed. La Ley, Madrid, 2001; ESTEVE PARDO, J., «Derecho del Medio Ambiente», 2ª ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2008; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente», Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012; LOZANO CUTANDA, B., «Derecho Ambiental Administrativo», 11ª, Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010; LOZANO CUTANDA, B., y ALLI TURRILLAS, J. C., «Administración y Legislación Ambiental», 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011; MARTÍN MATEO, R., «Derecho Ambiental», Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1977; «Manual de Derecho Ambiental», 4ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, y «Tratado de Derecho Ambiental», I, II y III Tomos, Ed. Trivium, Madrid, 1991, 1992 y 1997, IV Tomo, Ed. Edisofer, Madrid, 2003; MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE (CANO MURCIA, A., y CANO MUÑOZ, A.), «Medio Ambiente 2009-2010», Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2009; ORTEGA ÁLVAREZ, L., y ALONSO GARCÍA, C. (dir.), DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (coord.), y otros, «Tratado de Derecho Ambiental», Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., y otros, «Derecho Ambiental en Castilla y León», (1ª ed., 2003) 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, y VARIOS AUTORES, «Estudios de Derecho y Gestión Ambiental», Ed. Fundación Cultural Santa Teresa-Junta de Castilla y León, Ávila, 1999.

(2) Una completa evolución de las políticas ambientales desde sus inicios hasta la actualidad puede verse en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), y otros, «Observatorio de Políticas Ambientales» 1978-2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, Ed. Fundación Ecología y Desarrollo (ECODES)-Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente-Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 [<http://www.actualidadjuridicambiental.com>] (Todas las consultas a enlaces de Internet y a documentos digitales se han realizado entre diciembre de 2012 y Enero de 2013).



Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951 y Tratados de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 1957), por razones prácticas, y utilizando la cláusula de competencias implícitas (art. 235-TCEE) (3).

La Comisión Europea inició una reflexión sobre el medio ambiente en diversos documentos de 1970 a 1972, siendo avalado el inicio de una Política Ambiental propia por la Cumbre de Jefes de Estado y/o de Gobierno de los Estados Miembros celebrada en París los días 19 y 20 de octubre de 1972, y acordándose en la reunión de los Ministros de Medio Ambiente de los Estados Miembros, celebrada en Bonn (Alemania), el 31 de octubre de 1972, que la misma se articularía a través de los Programas de Acción en materia de Medio Ambiente.

Así, el Primer Programa Ambiental de la Comunidad Europea (1973-1976), aprobado el 22 de noviembre de 1973, estableció los objetivos y los principios de esta Política, aún aplicables, y se caracterizó por incluir un conjunto de medidas muy detalladas para luchar contra la contaminación. Seguidamente, el Segundo Programa Ambiental (1977-1981) se aprobó el 17 de mayo de 1977, para continuar las acciones ambientales del anterior e iniciar otras nuevas, y, aunque el Programa dedica mayor atención a la lucha contra la contaminación, incluye ya algunas referencias preventivas (en particular, la previsión de las evaluaciones de impacto ambiental) y a más largo plazo.

Aprobados los anteriores, el Tercer Programa Ambiental (1982-1986) supuso un cambio en la Política Ambiental Comunitaria al hacerla más preventiva, e incluir medidas en tal sentido (principalmente, la futura Directiva de

---

Sobre la evolución europea y su regulación, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Unión Europea», en cada uno de los volúmenes anteriores, y «Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente», citado, Tema 3 sobre «El Derecho Ambiental de la Unión Europea», pp. 63-108, y PLAZA MARTÍN, C., «Derecho Ambiental de la Unión Europea», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, y «Medio ambiente en la Unión Europea», en ORTEGA ÁLVAREZ, L., y ALONSO GARCÍA, C. (dir.), DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (coord.), y otros, «Tratado de Derecho Ambiental», obra citada, pp. 79-143.

(3) Sobre la historia del nacimiento de la Política Ambiental Comunitaria, los primeros Programas y su naturaleza jurídica, ver MARTÍN MATEO, R., «El ambiente en la CEE», Noticias de la Comunidad Económica Europea, n.º 14/1986, pp. 47-48; LÓPEZ RAMÓN, F., «La Política del Medio Ambiente de la Comunidad Europea y su incidencia en el Derecho español», en VARIOS AUTORES, «Tratado de Derecho Comunitario Europeo», Vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1986, y «La Programación de la Política Ambiental en las Comunidades Europeas», Noticias CEE, n.º 14/1986, pp. 41-45, y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La Política Ambiental Comunitaria: Especial referencia a los Programas Ambientales», Revista de Instituciones Europeas, n.º 3 / 1985, pp. 723-753 [[http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=0rmqqwqonc1btmi40b2lxje1\\_676935&ART=5,14642,RIE\\_012\\_003\\_051.pdf](http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=0rmqqwqonc1btmi40b2lxje1_676935&ART=5,14642,RIE_012_003_051.pdf)], «La Política Ambiental Comunitaria: Su evolución y su futuro», Revista de Administración Pública, n.º 111/1986, pp. 425-440 [[http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=0rmqqwqonc1btmi40b2lxje1\\_676935&ART=1,23508,1986\\_111\\_425.PDF](http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=0rmqqwqonc1btmi40b2lxje1_676935&ART=1,23508,1986_111_425.PDF)]; «El Tercer Programa de Acción de las Comunidades Europeas sobre Medio Ambiente (1982-1986)», Revista de Derecho Urbanístico, n.º 91 (I) y 92(II)/1985, pp. 115-138 y pp. 307-314, respectivamente, y «La futura Política Ambiental de la Comunidad Económica Europea», Revista de Derecho Urbanístico, n.º 101/1987, pp. 75-136.

Evaluación de Impacto Ambiental, que se aprobará en 1985), acciones globales (incluyendo las interconexiones entre ellas), dando a la misma un carácter más estructural (contribuyendo a la creación de empleo y de desarrollo económico) y, asimismo, dando al texto un carácter más programático; aunque también hay medidas concretas de lucha contra la contaminación.

Sobre la base del principio de competencias de atribución, será el Acta Única Europea (1986-1987) (4) el Tratado que consolidará definitivamente la base jurídica de las competencias de la Comunidad Europea en materia ambiental, al modificar el Tratado CEE, e incluir un nuevo Título VII, sobre «Medio Ambiente» (arts. 130 R a 130 T-Tratado CEE), aunque no hará aún mención a los Programas de Acción en materia medioambiental.

A continuación, sobre la base del Acta Única y ya sin problemas jurídicos sobre las competencias europeas en la materia, se adoptó el Cuarto Programa Ambiental (1987-1992), cuyos ejes fueron la potenciación del enfoque preventivo (mediante la aplicación de la Directiva EIA), la promoción de la integración de las consideraciones ambientales en las restantes Políticas, el refuerzo de su carácter estructural, prevé estrictas medidas ambientales en su relación con el mercado interior, estima imprescindible la aplicación efectiva de la legislación europea, en materia de lucha contra la contaminación, se proponen los enfoques multimedios (en particular, los relativos a fuentes de contaminación y sustancias contaminantes), y, finalmente, se proponen medidas sobre información y educación, en relación a la investigación y acciones sobre la actividad internacional.

Posteriormente, el Tratado de la Unión Europea (1992-1993) (5) reforzará aún más la consideración de la Política Ambiental como una Política comunitaria propia, previendo el progreso económico y social equilibrado y sostenible en el

---

(4) MARTÍN MATEO, R., «El ambiente y el Acta Única Europea», Noticias CEE, n° 51/1989, pp. 69-76; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El Cuarto Programa de la Comunidad Europea sobre Medio Ambiente (1987-1992)», en VARIOS AUTORES, «Ordenación del Territorio y Medio Ambiente», Ed. IVAP, Oñate, 1988, «El Acta Única Europea y el Cuarto Programa Ambiental de la Comunidad Europea (1987-1992)», Noticias CEE, n° 51/1989, pp. 77-92, y «La incidencia del Acta Única Europea en la Política Ambiental de la Comunidad Europea», en VARIOS AUTORES, «Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Libro Homenaje al Prof. Dr. Fernando Garrido Falla», Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992. También, MARTÍN MATEO, R., «La obligación ambiental del Sector Público», en VARIOS AUTORES, «España en la Europa Comunitaria: Balance de los diez años», Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, y FUENTES BODELÓN, F., «El Cuarto Programa de Acción de la CEE en materia de Medio Ambiente para el periodo 1987-1992», Noticias CEE, n° 47/1988, y «Política Comunitaria sobre Medio Ambiente en el año 1988», Noticias CEE, núm. 59/1989, pp. 81-90.

(5) MARTÍN MATEO, R., «Bases y características del Derecho Ambiental Comunitario», Noticias de la Unión Europea, n° 153/1997, pp. 7-14; LÓPEZ RAMÓN, F., «Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental», Revista de Administración Pública, n° 142/1997, pp. 53-74; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La Política Ambiental Comunitaria en el Tratado de la Unión Europea», Revista de Derecho Ambiental, n° 12/1994, pp. 7-32, y «Evolución y regulación actual de la Política Ambiental Comunitaria», Noticias de la Unión Europea, n° 153/1997, pp. 93-120.

Tratado de la Unión Europea, y regulando la Política Ambiental en el renovado Tratado de la Comunidad Europea, mencionándose ya los Programas Ambientales, como «programas de acción de carácter general que fijen los objetivos generales que hayan de alcanzarse» (art. 130 S-3º, TCE).

Siguiendo el modelo de actuación trazado, se aprobó el Quinto Programa Ambiental para los años 1993-2000 (DOCE C 318, 17 de mayo de 1993), que gira ya sobre el concepto de «desarrollo sostenible» (6), e intenta que éste sea reflejo de una política y una estrategia de desarrollo económico y social continuo que no vaya en deterioro del medio ambiente ni de los recursos naturales de cuya calidad depende la continuidad de la actividad y del desarrollo de los seres humanos. De acuerdo con estas previsiones, el Programa pretende llevar a cabo una nueva estrategia sobre medio ambiente y desarrollo, al centrarse en los agentes y actividades que agotan o deterioran los recursos y el medio, en intentar cambiar las tendencias nocivas y las pautas sociales con la intención de compartir la responsabilidad a través de una más amplia gama de instrumentos. Así, para cada uno de los temas seleccionados (destacando respecto a los anteriores Programas que las propuestas no se refieren a los distintos medios sino a sectores económicos completos: industria, energía, transportes, agricultura y turismo) se establecen unos objetivos a largo plazo, para conseguir el desarrollo sostenible, unas metas o resultados para el año 2000 y una selección de medidas: si bien tales objetivos y metas no constituyen obligaciones jurídicas, sino tendencias hacia el desarrollo sostenible. Por otra parte, el Programa incluyó un grupo de temas prioritarios de especial gravedad y con implicaciones comunitarias (tales como cambio climático, acidificación de la atmósfera, disminución de la diversidad biológica, recursos hídricos, medio ambiente urbano, zonas costeras y residuos). Además, con la finalidad de conseguir tales propuestas, el Programa aumenta la gama de instrumentos, previendo los normativos (que seguirán siendo necesarios), los instrumentos de mercado (económicos, fiscales, acuerdos voluntarios, etc.), los horizontales de apoyo (información, investigación, educación planificación sectorial y territorial) y los mecanismos financieros (el Programa LIFE, los Fondos Estructurales o el Fondo de Cohesión). Por lo demás, se incluyen instrumentos institucionales (como el Foro Consultivo General, la Red de Ejecución y el Grupo de Examen de la Política Ambiental) (7).

---

(6) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Articulación y perspectivas del desarrollo sostenible en la Unión Europea», Noticias de la Unión Europea, nº 264/2007, pp. 35-60, y «El régimen de la sostenibilidad medioambiental», Revista Jurídica de Castilla y León, nº 25/2011, pp. 163-218 [[http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/\\_/1284190437093/Redaccion](http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284190437093/Redaccion)].

(7) Una revisión general de la evolución de esta política y de los Programas puede verse en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Evolución y regulación actual de la Política Ambiental Comunitaria», Noticias de la Unión Europea, nº 153/1997, pp. 93-120. También, ver KRÄMER, L., «Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea», Ed. M. Pons, Madrid, 1999, y PAREJO ALFONSO, A., KRÄMER, L., y otros, «Derecho Medioambiental de la Unión Europea», Ed. McGraw Hill, Madrid, 1996.

La revisión del Quinto Programa Ambiental se aprobó mediante Decisión nº 2179/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998 (DOCE L 275, 10-10-1998), que confirma el compromiso con el enfoque general y la estrategia del Programa, y se prevé que la Comunidad intensificará sus esfuerzos en las prioridades básicas y sectores señalados.

La mención a los Programas Ambientales se mantendrá tanto el Tratado de Amsterdam (1997-1999) como el Tratado de Niza (2001-2003) (8), e incluso el fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (2004), mantienen.

## **II. EL SEXTO PROGRAMA AMBIENTAL (2001-2002 A 2012) Y SU REVISIÓN**

Agotado el marco temporal del Quinto Programa Ambiental, la Comisión Europea aprobó el 24 de enero de 2001 la Comunicación sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente («Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos») [COM (2001) 31 final, Bruselas, 24-1-2001; DOCE C 154 E, 29-5-2001]. Posteriormente, el Programa se aprueba formalmente mediante Decisión nº 1600/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de Julio de 2002 (DOCE L 242, 10.9.2002).

El Programa pretende superar el marco estrictamente normativo y crear un enfoque estratégico, que deberá utilizar los diferentes instrumentos y medios para influir en la toma de decisiones de las empresas, de los ciudadanos y de las autoridades públicas.

Esta nueva estrategia se articula en cinco ejes:

- \*mejorar la aplicación de la normativa vigente (mediante informes de aplicación, mejoras en la inspección, lucha contra los delitos ambientales, promoción de la actuación del Tribunal de Justicia y potenciación de la red IMPEL, sobre aplicación de la legislación);
- \*integrar el medio ambiente en otras políticas (mediante indicadores ambientales y mecanismos complementarios);
- \*colaborar con el mercado (mediante la publicación de los resultados ambientales de las empresas, sistemas de recompensas a las empresas respetuosas con el medio ambiente, fomento de los acuerdos voluntarios,

---

(8) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La Política Ambiental de la Unión Europea en el proceso de revisión del Tratado de Maastricht», Noticias de la Unión Europea, nº 153/1997, pp. 73-92, y «La Política Medioambiental de la Unión Europea en el Tratado de Amsterdam y en la revisión del Quinto Programa de Medio Ambiente: La futura Política Ambiental Comunitaria», Noticias de la Unión Europea, nº 190/2000, pp. 47-82, y FUENTES BODELÓN, F., «Política ambiental de la CEE en materia de medio ambiente para el periodo 1987-1992», Noticias CEE, nº 39/1988, pp. 99-104.

política integrada de productos, etiquetas ecológicas, política de contratación pública «verde», responsabilidad ambiental);

\* implicar a los ciudadanos y modificar sus comportamientos (mediante más información o mejoras del comportamiento), y

\* tener en cuenta la incidencia ambiental de las decisiones sobre ordenación y gestión de territorio (mediante la aplicación de la Directiva EIA, integración del medio ambiente en otras políticas, difusión de las mejores prácticas de planificación sostenible, medidas agrarias).

Además, el Sexto Programa se concentra en cuatro ámbitos de acción prioritarios: cambio climático (9), naturaleza y biodiversidad; medio ambiente y salud, y gestión de los recursos naturales y de los residuos.

Como novedad, el Programa incluye la obligación de elaborar Estrategias Temáticas, en ámbitos prioritarios, en las que se incluyan todas las medidas en cada ámbito de forma coherente e integrada, en materia de suelo, medio ambiente marino, plaguicidas, aire, medio ambiente urbano, residuos y gestión y uso sostenible de los recursos.

Finalmente, el Programa prevé medidas de ámbito internacional y para conseguir una base científica sólida.

De acuerdo con lo previsto en el propio Programa, la Comisión presentó la Comunicación relativa a «La Revisión intermedia del Sexto Programa de Acción Comunitario en materia de Medio Ambiente» [COM (2007) 225 final, Bruselas, 30.4.2007] (10), que se estructura sobre los ámbitos relativos a la situación del medio ambiente; crecimiento, empleo y medio ambiente; evaluación de las prioridades del Programa (cambio climático; naturaleza y biodiversidad; medio ambiente, salud y calidad de vida; recursos naturales y residuos), y perspectivas para mejorar la elaboración de políticas (mejora de la cooperación internacional,

---

(9) En general, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Unión Europea y cambio climático: el régimen europeo del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», Noticias de la Unión Europea, n° 258/2006, pp. 5-25; «La nueva política de la Unión Europea sobre cambio climático y comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», Noticias de la Unión Europea, n° 295/2009, pp. 21-54, y «Unión Europea: Liderazgo en cambio climático, mirando al futuro», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), y otros, «Observatorio de Políticas Ambientales 2011», Ed. Fundación ECODES-Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino-Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 57-76; GILES CARNERO, R. (coord.), y otros, «Cambio climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de futuro», Ed. Thomson Reuters-Aranzadi-Junta de Andalucía, Cizur Menor (Navarra), 2012. La legislación en la materia puede verse en GONZÁLEZ BUSTOS, M<sup>o</sup>. Á., GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Legislación sobre el Cambio Climático», Ed. Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2009.

(10) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Política Ambiental de la Unión Europea: Las insuficiencias estatales para garantizar el cumplimiento de las exigencias comunitarias», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), y otros, «Observatorio de Políticas Ambientales 2009», Ed. Fundación ECODES-Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino-Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 71-101.

principios del proceso «Legislar mejor» en la elaboración de políticas ambientales, promoción de la integración de las políticas, y mejora de la aplicación y el cumplimiento del propio texto).

Seguidamente, la Comunicación menciona la Estrategia Revisada de Desarrollo Sostenible de 2006, en la que se confirma el desarrollo sostenible como un objetivo general de la Unión Europea que rige todas las políticas y actividades de la Unión, y añade que el Sexto Programa Ambiental proporciona la dimensión medioambiental de la Estrategia; asumiendo que «el concepto de desarrollo sostenible se basa en las sinergias que existen entre los elementos económico, social y medioambiental», y que «un medio ambiente limpio y saludable es esencial para el bienestar humano y para unas buenas condiciones sociales»; añadiendo que «unas políticas medioambientales bien diseñadas pueden contribuir también a otros objetivos, como incrementar la competitividad y promover el crecimiento económico y la creación de empleo». Además, el documento señala que el Programa tiene entre sus objetivos disociar el crecimiento económico de la degradación ambiental, considerando que sigue siendo el marco adecuado para la futura actuación.

Por otra parte, el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión anexo a la Comunicación anterior, relativo al «Resumen de la evaluación de impacto» [SEC (2007) 547, Bruselas, 30.4.2007], define las tres opciones posibles para la revisión intermedia del Programa: dejar las cosas como están (en que la Comisión mantendría el Sexto Programa como marco para la elaboración de políticas de medio ambiente hasta 2012), mantener el Sexto Programa como marco para la futura elaboración de políticas de medio ambiente de la Unión (pero, prestando especial atención a determinados aspectos con el fin de garantizar), o elaborar un nuevo Programa de Acción, que proporcionaría un marco nuevo para tratar problemas ambientales diferentes a los abordados en el actual Programa hasta 2012 (y teniendo en cuenta, obviamente, que las futuras iniciativas de la Política Ambiental de la Unión se basarían ya en este nuevo marco de acción comunitario). Respecto a las opciones señaladas, y por razones de eficacia, eficiencia y coherencia, la Comisión expresa que prefiere la segunda opción, y en esa línea está desarrollando su actividad.

Este proceso de revisión, ciertamente lento y con retraso, siguió su curso en base a las Conclusiones del Consejo de Medio Ambiente, celebrado en Luxemburgo el 28 de junio de 2007 (Sesión nº 2812, doc. 11382/07, Bruselas, 18 de septiembre de 2007, asumiendo el previo doc. 10796/07, Bruselas, 21.6.2007), relativas a un «Nuevo impulso para la Política Medioambiental de la UE», en las que reitera la elaboración de políticas en base al Programa citado y acoge satisfactoriamente la Comunicación de la Comisión sobre la revisión intermedia del mismo, confirma su validez y asume las Estrategias temáticas; mostrando no obstante su preocupación en relación con el cambio climático, los recursos naturales y los residuos.

Por su parte, el Parlamento Europeo, mediante el Informe de 13 de marzo (doc. A6-0074/2008) y especialmente en la Resolución de 10 de abril de 2008, se muestra muy crítico con la revisión intermedia del Programa, en particular por el retraso de casi un año, lamentando que no se vaya a cumplir el calendario de ejecución de las medidas propuestas, y analizando los puntos que deberían ser objeto de consideración.

Tiempo después, en cumplimiento de lo acordado en el Consejo de Medio Ambiente de 20 de diciembre de 2010 (que analizaremos más adelante, al suponer el inicio de la preparación del nuevo Programa) y siguiendo la pauta de los anteriores, la Comisión procedió a la evaluación final del Programa adoptando la Comunicación «VI Programa de Medio Ambiente. Evaluación Final» [COM (2011) 531 final, Bruselas, 31.8.2011], que comienza constatando lo distinto que es el mundo y la Unión de este año en comparación con los de 2002 (crisis económica, distintos problemas mundiales, ampliaciones de la Unión hasta llegar a los 27 Estados, etc.), y manteniendo que «la conclusión general de la presente evaluación final es que, en su globalidad, el VI PMA ha resultado útil, porque ha proporcionado un marco global para la política medioambiental» y que «la mayor parte de las acciones establecidas en el Programa se han finalizado ya o están en vías de hacerlo».

No obstante, el texto mantiene que, en relación con las Estrategias Temáticas, el grado de avance ha variado mucho (aunque se estima que se ha avanzado más en la relativas al mar, al suelo, al medio urbano y a los recursos, y que las mismas han supuesto costes significativos en términos de tiempo y recursos humanos, pues la última no se adoptó hasta 2006), si bien en algunos casos su preparación sirvió para generar voluntad política con vistas a la designación de objetivos y calendarios efectivos y a su ulterior ejecución, siendo posible impulsar un planteamiento más global en la formulación de políticas medioambientales y se ha creado un consenso sobre la mejor forma de proceder. Asimismo, la Comisión estima que el marco temporal del Programa (diez años) no siempre ha sido adecuado, y que no hubo coordinación con la adopción de los marcos financieros (al aplicarse éstos para 2000-2007 y 2007-2013).

A continuación, la Comisión evalúa los ámbitos prioritarios del Sexto PAM:

- \*Naturaleza y biodiversidad: se impulsó el desarrollo de las Estrategias Temáticas sobre el suelo y el medio ambiente marino, y se amplió la Red Natura 2000 (hasta llegar al 17% de la superficie terrestre de la Unión), aunque el objetivo de detener la pérdida de biodiversidad no se ha logrado, siendo el balance en esta materia negativo.
- \*Medio ambiente y salud: el Programa ha permitido elaborar un balance de los compromisos existentes y de las acciones previstas; ha hecho un mayor hincapié en las relaciones entre los factores medioambientales y la salud humana; ha contribuido a impulsar actividades que de otro modo no se hubieran realizado, como las relativas al medio ambiente urbano, o que

hubieran exigido más tiempo o tenido un menor alcance sin el impulso del Programa, en relación con los plaguicidas, p. ej.; la Estrategia Temática sobre contaminación atmosférica introdujo un completo marco metodológico global, fundado sobre una sólida base de conocimientos, que sigue siendo el eje de la política integrada de calidad del aire, constatándose además la disminución de los niveles de contaminación de  $SO_2$ ,  $NO_x$  y plomo en la atmósfera, y se han adoptado nuevas normas en materia de sustancias químicas, plaguicidas y agua. No obstante, estima improbable cumplir el objetivo de que, en el plazo de una generación, solamente se produzcan y utilicen sustancias químicas sin consecuencias negativas para la salud y el medio ambiente, que la Estrategia Temática sobre Medio Ambiente Urbano no parece haber tenido un impacto significativo en mejorar la calidad de ese medio y que se mantienen problemas en relación con algunos contaminantes del aire y del agua o con el ruido.

- \*Recursos naturales y residuos: el Programa ha reforzado el vínculo entre ambos ámbitos, ha contribuido a avanzar hacia una política basada en un consumo y una producción sostenibles, destacando la trascendencia de las Estrategias Temáticas sobre el Uso Sostenible de los Recursos Naturales y sobre la Prevención y Reciclado de Residuos, la modernización y simplificación de la legislación en la materia y especialmente que el consumo de recursos ya no está aumentando al mismo ritmo que el crecimiento económico; aunque se constata que el consumo de recursos continúa creciendo en términos absolutos y que persisten diferencias sustanciales entre los Estados Miembros en relación con la productividad de los recursos.
- \*Cambio climático: el Programa ha sido de gran ayuda en este ámbito, aunque han sido más efectivos otros factores externos, y algunas de las acciones más destacables no se preveían en el mismo (como el «paquete» sobre energía y clima de 2007 o la Directiva de almacenamiento geológico de  $CO_2$ ); siendo el aumento de las emisiones GEI del sector de transportes el aspecto más preocupante.
- \*Cuestiones internacionales: el Programa ratificó el compromiso de la Unión respecto a la integración del medio ambiente en las relaciones exteriores y con la dimensión exterior de la Estrategia de Desarrollo Sostenible; siendo notable la influencia de la UE a nivel mundial a través de su legislación medioambiental y llevando a cabo más compromisos internacionales en la materia, aunque en algunos campos no se ha avanzado mucho (p. ej., en materia de gobernanza mundial del medio ambiente).

En cuanto a los planteamientos e instrumentos estratégicos del Programa, se destaca su carácter complementario de las Estrategias de Lisboa (en materia económica, social y tecnológica) y de Desarrollo Sostenible, la integración ambiental en otros ámbitos (singularmente, al destacarse su incidencia en los gastos de las políticas generales) y avanzar en la coherencia ambiental al elaborar los textos y acciones de las restantes políticas (particularmente, en las Políticas Agraria o de



Cohesión), su contribución a la iniciativa «legislar mejor» y un mayor uso de los instrumentos de mercado en la política ambiental; si bien, se estima que ha de avanzarse más en la coherencia entre los distintos objetivos del propio Programa y en el proceso de adopción y ejecución de las acciones, en la mejora por los Estados Miembros en la aplicación de la legislación medioambiental europea y en completar los datos y estadísticas oficiales en la materia.

Finalmente, la evaluación del VI Programa concluye analizando los futuros desafíos: deficiencias en la aplicación de la legislación ambiental europea; la interconexión de los problemas ambientales; necesidad de tener una visión a más largo plazo, para progresar en la prevención de los problemas, e intentar atajarlos; tendencia a avanzar hacia una economía ecológica, eficiente en el uso de recursos, competitiva y con bajas emisiones de carbono; aprovechar más el potencial de la UE a nivel internacional, para fomentar un crecimiento ecológico; ampliar la base de conocimientos; analizar los cambios de comportamiento de los consumidores y mejorar la combinación de la financiación pública y privada. Estimando, no obstante, la Comisión que «el VI PAM ha contribuido a crear el marco general que ha encuadrado la política medioambiental a lo largo de una década, durante la cual la legislación medioambiental se ha consolidado y completado hasta englobar prácticamente todos los aspectos del medio ambiente, a excepción del suelo», aunque también reconoce deficiencias y limitaciones, y, en esa misma línea, mantiene «una ambiciosa política medioambiental, que actualmente forma parte de la Estrategia Europa 2020 a favor de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

En relación con esta evaluación del Programa (y también en relación con las prioridades del siguiente, como veremos más adelante), el Comité de las Regiones aprobó, el 5 de octubre de 2010, un Dictamen sobre «El papel de los Entes locales y regionales en la futura política de medio ambiente» (DOUE C 15, 18.1.2011), abogando por una mayor participación de éstos en la política ambiental, reconoce las dificultades de aplicación de la legislación ambiental, y estima necesario mejorar la coordinación y la gobernanza y establecer vínculos más eficaces entre las políticas.

En este mismo sentido, el Parlamento Europeo adoptó, primero, un Informe de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, de 6 de marzo (doc. A7-0048/2012), y después la Resolución de 20 de abril de 2012 sobre «La revisión del Sexto Programa de acción en materia de medio ambiente y establecimiento de prioridades para el Séptimo Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente-Un medio ambiente mejor para una vida mejor» [doc. P7\_TA-PROV(2012)0147], en la que, siguiendo a la Comisión, considera «que el VI PMA proporcionado durante una década un marco global para la política medioambiental y que durante este período la legislación en materia de medio ambiente se ha consolidado y completado sustancialmente, así como que su adopción en el marco del procedimiento de codecisión ha reforzado su legitimidad y ha contribuido a crear un sentimiento de identifi-

cación; señalando, no obstante, que los Estados miembros y la Comisión no siempre han actuado de acuerdo con este programa y que este tenía algunas carencias, que deben abordarse», aunque asimismo estima que «los avances para alcanzar los objetivos establecidos en el VI PAM han sido variables, puesto que en algunos se han logrado (cambio climático, residuos) y otros no (aire, entorno urbano, recursos naturales), mientras que la consecución de otros tantos depende de los futuros esfuerzos de aplicación (sustancias químicas, pesticidas, aguas), considerando en este sentido que persisten varios problemas y que se requieren esfuerzos adicionales». Además, señala que «el VI PMA se ha visto comprometido por la falta de aplicación del acervo medioambiental» en algunos ámbitos (como contaminación atmosférica, tratamiento del agua y las aguas residuales, residuos y conservación de la naturaleza), y llama la atención sobre el incumplimiento del objetivo de frenar la disminución de la biodiversidad y sobre la necesidad de revisar algunos aspectos de la legislación ambiental, en particular mediante el refuerzo de la independencia de las evaluaciones de impacto ambiental.

Por su parte, el Comité Económico y Social adoptó el 18 de Enero de 2012 (doc. NAT/528-CESE 152-2012, DOUE C 68, 6.3.2012), un Dictamen sobre la evaluación final del VI PAM, que acoge favorablemente (estimando también que ha sido útil), analiza el mismo, estimando que la introducción de las Estrategias Temáticas aportan un planteamiento más estratégico que permite superar algunas carencias del Programa, y reitera la importancia de la coherencia y la integración de la Política Ambiental en las restantes y en particular en la estrategia Europa 2020, y debiendo mejorarse los instrumentos de esta Política.

### III. LOS PROGRAMAS AMBIENTALES EN LOS ACTUALES TRATADOS EUROPEOS

Una vez fracasado el Tratado Constitucional Europeo de 2004, con la «Declaración de Berlín» de 2007 se inicia una nueva etapa del proceso europeo que se plasmó en la aprobación del Tratado de Lisboa de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, que simplifica la arquitectura normativa europea de máximo nivel en tres textos de idéntico valor y nivel jurídico: el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (cuyas versiones consolidadas se han publicado en DOUE C 326, 26.9.2012) (11).

---

(11) En general sobre la incidencia del Tratado de Lisboa en la Política Ambiental de la Unión Europea, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La Política Ambiental y sobre Desarrollo Sostenible en la Unión Europea: de sus orígenes a la Estrategia de Desarrollo Sostenible y al Tratado de Lisboa», Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 13/2008, pp. 15-47; «Política Ambiental de la Unión Europea», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), y otros, «Observatorio de Políticas Ambientales 2008», Ed. Fundación ECODES-Ministerio de Medio Ambiente-Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor

El Tratado de la Unión Europea recoge el medio ambiente y el desarrollo sostenible entre los objetivos y los valores de la Unión, y reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que incluye, conforme al principio de desarrollo sostenible, el objetivo de las políticas de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de la calidad).

Sin embargo, más destacables son las previsiones ambientales que introduce el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, comenzando por establecer el sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados Miembros, incluyendo el medio ambiente entre las competencias compartidas, y destacando, por su buen criterio sistemático, la regulación de la Política Ambiental de la Unión (arts. 191 a 193-TFUE), al establecer sus objetivos, sus principios o ideas matrices, las cuestiones a tener en cuenta o condiciones de la misma, sus características, la adopción de determinadas medidas, la previsión de los Programas de Acción, la financiación y la ejecución de esta Política y la previsión de otras relacionadas con o que inciden en la de medio ambiente (tales como mercado interior, salud pública, cohesión económica, social y territorial, investigación y desarrollo tecnológico, agricultura, transportes, industria, entre otras, y destacando la de energía).

En relación con los Programas, el art. 192-3º-TFUE establece actualmente que el Parlamento Europeo y el Consejo, consultando al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán «programas de acción de carácter general que fijen los objetivos prioritarios que hayan de alcanzarse», y añadiendo ahora que las medidas necesarias para su ejecución se adoptarán de conformidad con los procedimientos establecidos (ordinario o especial, según los casos).

Sin perjuicio de que la naturaleza jurídica del acto de aprobación hace años que se ha despejado, al aprobarse mediante una Decisión, como es sabido, su importancia radica en que establecen la programación de las medidas y acciones medioambientales de la Unión para unos años determinados, su filosofía en materia de medio ambiente y las prioridades de tales acciones y medidas.

---

(Navarra), 2008, pp. 55-81, y «Unión Europea: la política ambiental tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), y otros, «Observatorio de Políticas Ambientales 2010», Ed. Fundación ECODES-Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino-Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 59-80, e IGLESIAS SKULL, A., «La protección del medio ambiente en la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa», Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 20/2011, pp. 205-215.

#### **IV. EVALUACIÓN DEL SEXTO PROGRAMA AMBIENTAL Y PREPARACIÓN DEL SÉPTIMO**

La preparación del nuevo Programa (12) se inicia por el Consejo de Medio Ambiente de 20 de diciembre de 2010 (doc. 5302/11, Bruselas, 17 de enero de 2011), al destacar, en sus Conclusiones sobre «Mejora de los instrumentos de la Política Medioambiental», la necesidad de un Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente renovado y amplio que, entre otras cosas, debía aprovechar la Estrategia Europa 2020 y la Estrategia de Desarrollo Sostenible de 2006, e invitar a la Comisión a presentar, a comienzos de 2012, y basándose en la evaluación del Sexto Programa, una Propuesta de nuevo Programa Medioambiental, teniendo en cuenta los siguientes desafíos y objetivos:

- \*desarrollar una visión ambiciosa de la Política Ambiental de la UE, con el horizonte de 2050, en la que se aborden los problemas medioambientales persistentes en un contexto de desarrollo sostenible a nivel mundial, y que defina claramente las prioridades y metas medioambientales, así como unos objetivos y calendarios realistas y factibles de aquí a 2020;
- \*mejorar la coherencia, la complementariedad y las sinergias con otras estrategias pertinentes de la UE, como la Estrategia Europa 2020, y en particular su iniciativa emblemática «Una Europa que utilice eficazmente los recursos», la Estrategia de la UE para un Desarrollo Sostenible, la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad y la Estrategia de Medio Ambiente y Salud;
- \*tener en cuenta la repercusión que tiene la UE en el estado del medio ambiente a nivel mundial;
- \*mejorar la coherencia mediante una integración mayor y más significativa del medio ambiente, incluido el valor de los recursos naturales, en ámbitos de actuación pertinentes como agricultura, pesca, transporte, energía, industria, comercio, desarrollo e investigación;
- \*estimular el desarrollo de una economía ecológica, con unos modelos de producción y consumo más sostenibles y la evolución hacia los mismos, intentando disociar completamente crecimiento económico y deterioro medioambiental;
- \*hacer hincapié en el cambio climático, la biodiversidad, la utilización eficiente y sostenible de los recursos, el medio ambiente urbano, la prevención y reducción de la contaminación medioambiental y la mejora de la calidad de vida y la salud humana;

---

(12) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Unión Europea: preparando el nuevo Programa Ambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), y otros, «Observatorio de Políticas Ambientales 2012», Ed. Fundación ECODES-Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente-Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 75-99.

- \*potenciar el papel y facilitar la implicación de las Administraciones regionales y locales, así como de todos los demás interesados pertinentes, entre ellos la sociedad civil y el sector privado según proceda;
- \*mejorar la utilización, la aplicación y la observancia de los instrumentos de la Política Medioambiental;
- \*guiarse por criterios empíricos y científicos, teniendo en cuenta los avances científicos y tecnológicos, y
- \*fomentar la innovación ecológica y otras soluciones y tecnologías respetuosas con el medio ambiente, entre otras cosas mediante unas normas dinámicas encaminadas a una aceptación más rápida por parte de los mercados.

Además, la Comisión, en una declaración aneja al acta del Consejo, toma nota de la invitación formulada por el Consejo de que presente un Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente que establezca los objetivos prioritarios, estimando que la misma debe ir precedida de una evaluación completa del programa actual, teniendo en cuenta el contexto variable desde su adopción, y además debe asentarse entre otras cosas, en un conocimiento de la situación actual del medio ambiente en Europa, a la luz del informe «El Medio Ambiente en Europa: Estado y Perspectivas 2010» (SOER 2010) (13), del contexto político de la Estrategia Europa 2020, del grado de ejecución de la legislación de la UE en materia de medio ambiente y de las futuras propuestas sobre el Plan por una Europa que utilice eficazmente los recursos y la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad después de 2010.

Seguidamente, el Comité de las Regiones aprobó, con fecha 5 de octubre de 2010, el Dictamen sobre «El papel de los Entes locales y regionales en la futura política de medio ambiente» (DOUE C 15, 18.1.2011), ya citado, en el que resalta la necesidad del VII Programa, precisando algunos aspectos y mencionando posibles elementos del mismo (establecer objetivos y plazos claros, fomento del uso de instrumentos de mercado, un plazo más largo para el mismo, en concreto entre 2020 y 2050, etc.).

En relación con el mismo, el Parlamento Europeo aprobó, como ya sabemos, primero un Informe de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, de 6 de marzo (doc. A7-0048/2012), y después la Resolución de 20 de abril de 2012 sobre «La revisión del Sexto Programa de acción en materia de medio ambiente y establecimiento de prioridades para el Séptimo Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente-Un medio ambiente mejor para una vida mejor» [doc. P7\_TA-PROV (2012)0147], en la que, en relación con el futuro Programa, hace hincapié en la urgencia de su adopción

---

(13) AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, «El medio ambiente en Europa. Estado y perspectivas 2010. Síntesis», Copenhague (Dinamarca), 2010 [<http://www.eea.europa.eu/soer/synthesis/translations/el-medio-ambiente-en-europa>].

para abordar los futuros retos ambientales y pide por ello su presentación sin demora por la Comisión, considera que «el VII PMA debe describir sin ambivalencias los retos ambientales a los que se enfrenta la UE, incluida la aceleración del cambio climático, el deterioro de nuestros ecosistemas y el aumento de la sobreexplotación de los recursos naturales», y destaca que, teniendo en cuenta los actuales retos de sostenibilidad a los que se enfrenta la Unión, los Programas Ambientales contribuyen, como instrumentos globales, a garantizar la coordinación necesaria entre las Políticas europeas, y estimando que el próxima década será más importante abordar las cuestiones ambientales mediante un enfoque más coherente e integrado que tenga en cuenta la relación entre las mismas y que cubra las lagunas existentes; por lo que el nuevo Programa debería explicar de forma positiva los beneficios de una política ambiental estricta para reforzar el apoyo público y la voluntad política de actuar.

Por otra parte, el Parlamento Considera que el VII Programa debería «fijar objetivos concretos para 2020 y presentar una perspectiva clara y ambiciosa del medio ambiente para 2050, con la finalidad de ofrecer una alta calidad de vida y bienestar para todos dentro de unos límites medioambientales seguros»; ajustándose su calendario al Marco Financiero Plurianual posterior a 2013 y a la Estrategia Europa 2020.

Asimismo, considera que el nuevo programa debe «constituir un marco de carácter global que permita abordar tanto los desafíos recurrentes como los emergentes en materia de medio ambiente y sostenibilidad, teniendo en cuenta las medidas existentes y previstas», y que «para la próxima década, el VII PAM debería proporcionar a las administraciones nacionales y locales, los ciudadanos, las empresas y los inversores la claridad y la previsibilidad necesarias sobre las opciones medioambientales de la UE», estimando que el mismo «debería enviar un sólido mensaje político al resto del mundo y contribuir a la gobernanza internacional del medio ambiente».

Finalmente, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que base su propuesta del nuevo Programa en unas prioridades, cuyas ideas detalla, relativas a la aplicación y el refuerzo del acervo en materia ambiental, el cambio climático, el uso eficaz y sostenible de los recursos, la biodiversidad y la silvicultura, la calidad del medio ambiente y la salud, su adecuada ejecución, la integración de las consideraciones ambientales en otros ámbitos y la dimensión internacional, solicitando incorporar los resultados de la Cumbre de Río+20 (sobre los que pueden verse las Conclusiones «Río+20: Caminos hacia un futuro sostenible» del Consejo de Medio Ambiente de 9 de marzo de 2012, doc. 7514/12, 12.3. 2012).

Por su parte, el Comité Económico y Social adoptó el 18 de Enero de 2012 (doc. NAT/528-CESE 152-2012, DOUE C 68, 6.3.2012), el Dictamen, ya mencionado, sobre la evaluación del VI PAM en el que reitera la importancia de la coherencia y la integración de la Política Ambiental en las restantes y en

particular en la estrategia Europa 2020, y estima que debían mejorarse los instrumentos de la misma.

Asimismo, en el mes de octubre de 2011, la Comisión adoptó una «hoja de ruta» de la elaboración del futuro VII PAM, en la que se analiza el contexto, la base, las opciones y los objetivos de la iniciativa y se definen los principales problemas a tener en cuenta en el nuevo Programa (como el incremento de la demanda de recursos naturales, las ampliaciones de la UE, los problemas de aplicación de la legislación, tener una visión ambiental a largo plazo, etc.).

En este mismo sentido, el Consejo de Medio Ambiente de 10 de octubre de 2011 aprobó unas Conclusiones sobre «Evaluación del Sexto programa de Acción Comunitario en materia de Medio Ambiente y perspectivas para el futuro. Hacia el 7º Programa de Acción de la UE en materia de Medio Ambiente» (doc. 15384/11, 11 de octubre de 2011). La evaluación de la Comisión, señala el Consejo, es de carácter general con previsiones de futuro, que tiene en cuenta las iniciativas pertinentes ya existentes, como la Estrategia Europa 2020, los preparativos de Río+20, la Hoja de ruta «Hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos» (ver Conclusiones del Consejo ECOFIN de 21 de Febrero de 2012 sobre las implicaciones económicas de este texto, doc. 6811/12, 23 de Febrero de 2012), y la estrategia de la biodiversidad para después de 2010, entre otras iniciativas. Reconoce que el VI PMA ha permitido la consolidación y finalización de la legislación en casi todos los ámbitos políticos en materia de medioambiente y que su adopción mediante el procedimiento de codecisión ha ayudado a dar una mayor legitimidad a las ulteriores propuestas de actuación. No obstante, el Programa también muestra algunas deficiencias y limitaciones, principalmente en relación con la coherencia entre las diferentes dimensiones de la política ambiental de la UE y con el nivel de su aplicación por los Estados miembros.

El Consejo vuelve a solicitar, reiterando lo señalado en octubre de 2010, a la Comisión que le presente a principios de 2012 (aunque la Comisión señaló que una fecha más avanzada en 2012 parecería más realista, alegando que necesitará más tiempo para iniciar consultas y que el dictamen del Parlamento Europeo sobre la evaluación del Sexto Programa no se adoptaría hasta diciembre de 2011) el nuevo Programa, recordando que los Programas de Acción en materia de Medio Ambiente han sido una característica en la elaboración de las políticas de la UE en este ámbito desde 1973.

Asimismo, y en este mismo contexto, el Consejo pide a la Comisión que prepare cuanto antes un segundo Plan de Acción de Medio Ambiente y Salud para seguir fomentando la salud a través de la política medioambiental.

Por otra parte, el Comité Económico y Social aprobó, en su sesión de 25 de abril de 2012, un Dictamen sobre «Séptimo Programa de acción en materia de medio ambiente y medidas de seguimiento del Sexto Programa de acción en materia de medio ambiente» (DOUE C 191, 29.6.2012), en el que revisa los Programas de Acción anteriores, destacando sus características, y la situación

de la política ambiental y del debate sobre el desarrollo sostenible al finalizar el Sexto Programa de Acción (llamando la atención sobre algunos ámbitos que no se han revisado adecuadamente, como la protección del suelo y la protección de la fauna y la flora/la biodiversidad), para finalizar con el análisis de la Estrategia Europa 2020, la iniciativa «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» y el futuro Séptimo Programa Ambiental, estimando que el vínculo entre ellos no está muy claro, por lo que propone que se reactive la Estrategia de Desarrollo Sostenible y que se elija un Séptimo programa completo y orientado al medio ambiente como su estrategia para la ejecución de la política ambiental, integrando la iniciativa mencionada, y que vele por la coordinación entre las decisiones ambientales y la política económica.

Con todo ello, el 2 de mayo de 2012, la Presidencia danesa del Consejo presentó un proyecto de Conclusiones en la materia, que sería revisado con fecha de 16 de mayo (doc. 9437/1/12 REV. 1, 16 de mayo de 2012), después del debate celebrado el día 8, con vistas a una nueva discusión en el Grupo «Medio Ambiente» el día 22. Texto que sería estudiado por el Comité de Representantes Permanentes el día 31, con lo que la Presidencia elaboraría un nuevo texto (doc. 10706/12, 4 de junio de 2012).

Finalmente, el Consejo Medio Ambiente celebrado en Luxemburgo el 11 de junio de 2012 (sesión nº 3173) aprobó unas Conclusiones sobre «Establecimiento del marco para el Séptimo Programa de Acción de la UE en materia de Medio Ambiente» (doc. 11186/12, 11 de junio de 2012).

El Consejo aclara, en primer lugar, que durante mucho tiempo la Comisión ha sido reacia a considerar un Séptimo Programa, con el argumento de que las preocupaciones ambientales ya se abordaban en la Estrategia Europa 2020 y sus iniciativas emblemáticas, y que no era realmente necesario un Programa especial en este ámbito, pero que él no compartía esa opinión, e instó repetidamente a la misma a que presentase una propuesta del Programa (como hemos visto que hizo en 2010 y en 2011); y lo mismo han requerido el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social.

En este sentido, el Consejo señala que el Séptimo PAM debe definir los elementos clave de la futura Política del medio ambiente, que deberán estar vinculados a la Estrategia Europa 2020 y a otras estrategias pertinentes, como la Estrategia de Desarrollo Sostenible, y propugna una perspectiva para 2050 ambiciosa y atractiva de una Europa ecológica que integre una economía europea incluyente, ecológica y competitiva que preserve el medio ambiente y la salud para las generaciones actuales y futuras, y destacando dos elementos esenciales del Séptimo PAM, como son el reforzamiento y la mejora de la aplicación de la política y la legislación existentes en materia de medio ambiente, por un lado, y la transición hacia una economía ecológica, por otro.

En cuanto a las propuestas concretas para el nuevo Programa Medioambiental, el Consejo destaca que éste debe establecer los elementos clave de la futura Política Ambiental y vincularla a la Estrategia Europa 2020 y a otras



estrategias pertinentes, como la de Desarrollo Sostenible, destacando los servicios fundamentales que el medio ambiente, incluida la biodiversidad, ofrece a la sociedad y la economía.

El texto de las Conclusiones incluye una primera parte relativa a «Perspectiva para 2050 y objetivos para 2020», en la que se estima que el Séptimo PAM debe ser un marco estratégico global para el medio ambiente que establezca la manera de lograr para 2050 una perspectiva ambiciosa y atractiva de una Europa ecológica que integre una economía europea incluyente, ecológica y competitiva que preserve el medio ambiente y la salud para las generaciones actuales y futuras; para lo que subraya que una perspectiva ambiciosa y atractiva para 2050 del Séptimo PAM debe basarse en la visión de 2050 que figura en la Hoja de ruta «Hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos» y en las conclusiones del Consejo de marzo de 2012 sobre el rápido progreso en la Estrategia hipocarbónica para 2050, con la finalidad de que la Unión Europea se convierta en una economía ecológica, competitiva y eficiente en el uso de los recursos y en una sociedad que respete las limitaciones de recursos y los límites del Planeta, esforzándose por una disociación plena entre el crecimiento económico y la degradación del medio ambiente, con unas emisiones de gases de efecto invernadero que sean acordes con el objetivo de permanecer por debajo del 2° C de aumento de la temperatura mundial en comparación con los niveles preindustriales, reduciendo las emisiones de gases de efecto invernadero en un 80-95% para 2050 con respecto a 1990, con un medio ambiente sin sustancias tóxicas, limpio y saludable, y protegiendo la biodiversidad y los servicios que los ecosistemas prestan, valorándose adecuadamente.

En base a ello, el Consejo insta a la Comisión a que señale en el nuevo Programa las prioridades y objetivos, así como metas, indicadores y acciones realistas, alcanzables y con una buena relación entre coste y eficacia para el año 2020, las cuales marquen el rumbo hacia una visión ambiciosa y atractiva de 2050.

Asimismo, el Consejo solicita a la Comisión a que, en su propuesta de nuevo Programa, se centre en medidas que, por un lado, mejoren la aplicación y el cumplimiento de la política y la legislación medioambientales, mejoren el uso de instrumentos de política y refuercen la política y la legislación sobre medio ambiente, y, por otro, en acciones eficaces y rentables que apoyen la transición hacia una economía ecológica incluyente.

En cuanto al primer grupo de medidas («Mejorar la aplicación, ejecución, supervisión y fortalecimiento de la política y la legislación medioambientales»), el Consejo insta a la Comisión a redoblar los esfuerzos lograr los objetivos establecidos en la política y la legislación relativa al aire, el agua, el medio marino, los residuos, la biodiversidad, la protección de la salud, los productos químicos, las instalaciones industriales, el clima y la energía. Estimando el Consejo que una parte fundamental del Séptimo Programa debe ser la mejor aplicación de la política y la legislación ambiental, en consonancia con la Comunicación de

la Comisión «Sacar el mejor partido de las medidas ambientales de la UE: instaurar la confianza mediante la mejora de los conocimientos y la capacidad de respuesta», de 7 de marzo de 2012 [COM (2012) 95 final], anima a ésta a tomar iniciativas en relación con estas cuestiones:

- \* mayor desarrollo y una mejor estructuración, difusión y accesibilidad del conocimiento sobre medio ambiente y el fortalecimiento de la interfaz científico-normativa;
- \* mejora de la aplicación y la ejecución para lograr un mejor seguimiento;
- \* una mejora de las inspecciones y de los regímenes de vigilancia, evitando cargas administrativas innecesarias;
- \* mejora de la tramitación de reclamaciones a nivel nacional, en particular de las opciones para la resolución de litigios como la mediación;
- \* una mejora del acceso a la justicia conforme al Convenio de Aarhus;
- \* apoyo a las redes a escala de la UE de profesionales del medio ambiente, y también a profesionales de otros sectores pertinentes, y
- \* la promoción de asociaciones con los Estados miembros que podrían tener la forma de acuerdos de aplicación.

Por otra parte, se invita a la Comisión a que en el Programa aborde ámbitos como la biodiversidad, la adaptación al cambio climático, el agua, el medio ambiente urbano y el medio ambiente y la salud, apoyando iniciativas en marcha y algunas nuevas, tales como:

- \* la garantía de la continuidad y mejora de las medidas para proteger la salud humana y el medio ambiente abordando:
  - la seguridad y la sostenibilidad de la nanotecnología y materiales avanzados,
  - los interruptores endocrinos, basándose en los logros científicos, para reducir la exposición a éstos, y de proteger la salud humana y el medio ambiente, en particular a los menores,
  - determinación y evaluación de la combinación de los efectos de las sustancias químicas en los diferentes sectores, y establecer un planteamiento global para reducir al máximo la exposición a las sustancias peligrosas y productos químicos,
  - la reducción de las emisiones de ruido,
  - la calidad del aire interior,
  - la mejora del conocimiento científico sobre los riesgos emergentes para el medio ambiente y la salud, promoviendo, de ser necesario, la vigilancia biológica de las personas y apoyando la investigación en materia de métodos de evaluación de riesgos y la elaboración de unos métodos adecuados de evaluación de impacto para elaborar nuevas medidas y legislación medioambientales en este ámbito;

- \*la elaboración y aplicación de una estrategia global de adaptación al cambio climático de la UE, con miras a su integración en las políticas de la UE y para abordar los impactos potenciales y las soluciones en relación con la afectación del cambio climático en el medio ambiente (p. ej., la biodiversidad, los recursos hídricos, los océanos y los suelos, incluidos los posibles riesgos de escasez de agua, las sequías, los fenómenos meteorológicos extremos y la salud humana);
- \*alcanzar para el año 2020 los fines de la Estrategia de Biodiversidad de la UE y los objetivos de Aichi (Japón) sobre la biodiversidad dentro de la UE, incluidas la integración de dichos objetivos en todas las demás políticas del sector y la movilización de los recursos financieros; y
- \*el impulso de una estrategia global de la UE que permita determinar el modo más adecuado para que una economía ecológica e incluyente contribuya a mejorar el entorno urbano, centrándose en la integración de la planificación urbana con los objetivos relativos a la eficiencia de los recursos, una economía baja en carbono, el uso sostenible del suelo urbano, la resistencia de los ecosistemas, la gestión del agua, la salud humana, la participación pública en la toma de decisiones y la educación y sensibilización medioambiental.

El segundo grupo de medidas propuesto por el Consejo hace referencia a la «Transición a una economía ecológica», con la finalidad de mejorar la coherencia de las políticas mediante una integración mejor y más significativa del medio ambiente, entre otras cosas del valor de la biodiversidad y de los recursos naturales, en las restantes políticas, y pasar a una economía ecológica mediante una producción y unas pautas de consumo más sostenibles, así como intentar disociar totalmente el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente; para lo que insta a la Comisión a que proponga indicadores y calendarios que tracen objetivos realistas y alcanzables en relación con la eficacia energética, la disociación de la utilización de los recursos de la actividad económica y las repercusiones ambientales relacionadas con su utilización para recursos naturales clave, como el agua, las materias primas (p. ej., el fósforo y el nitrógeno) y el suelo, así como para los otros sectores clave.

Asimismo, insta a la Comisión a que, en su propuesta de nuevo Programa, incluya medidas en apoyo del desarrollo del Mercado Único y del crecimiento sostenible, mediante el fomento de productos y servicios sostenibles e impulsando las pautas sostenibles de consumo y de producción, tales como estas:

- \*corregir las deficiencias del mercado, p. ej., a través del principio «quien contamina paga»;
- \*compartir conocimientos y prácticas correctas en cuanto a trasladar la imposición fiscal del trabajo hacia la utilización de los recursos y la energía, así como de las repercusiones negativas en el medio ambiente;

- \*racionalizar y suprimir gradualmente las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente y la economía, incluidos los combustibles fósiles; debiendo tenerse en cuenta su impacto sobre los grupos más vulnerables de la sociedad;
- \*determinar, y en su caso suprimir, los obstáculos que puedan impedir avanzar hacia el objetivo de la UE de reducción de los gases de efecto invernadero;
- \*hacer avanzar la política de producción, ampliando más la utilización de requisitos de eficiencia energética de los productos y apoyando el fomento de un mercado único de productos y servicios seguros y respetuosos con el medio ambiente;
- \*aumentar la disponibilidad, su carácter más asequible, la funcionalidad y el atractivo de los productos y servicios seguros y respetuosos con el medio ambiente;
- \*permitir que los consumidores y los clientes tengan acceso a una mejor información sobre los productos;
- \*fomentar la innovación ecológica y otras soluciones y tecnologías favorables al medio ambiente;
- \*dar prioridad a iniciativas de fomento de mercados de productos y servicios más ecológicos, p. ej., desarrollando iniciativas, normas y objetivos indicativos para la contratación pública ecológica y compartiendo información sobre nuevos modelos empresariales, y
- \*tener en cuenta las repercusiones en el medio ambiente y la huella ecológica de los bienes importados.

En esta misma línea, el Consejo, asumiendo la Comunicación de la Comisión sobre la ecoinnovación, de 15 de diciembre de 2011 [COM (2011) 899 final, Bruselas], insta a la misma a que:

- \*determine la posible contribución de la innovación tecnológica y no tecnológica a la realización de los objetivos y metas de la Hoja de ruta «Hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos» y demás estrategias y planes de acción;
- \*proponga aumentar la innovación e introducir cambios sistémicos, con el fin de acelerar los procesos de innovación hacia el crecimiento ecológico;
- \*determine los medios con que la Comisión y los Estados miembros pueden ayudar a lograr la ecoinnovación;
- \*haga uso de las herramientas para la gobernanza de Europa 2020, incluidas las orientaciones integradas;
- \*utilice en su caso los mecanismos financieros actuales, y
- \*desarrolle el Plan de Acción sobre ecoinnovación hasta hacer de él una cooperación estratégica con los Estados miembros y todas las partes interesadas pertinentes.

Por otra parte, el Consejo también insta a la Comisión a que incluya en su propuesta medidas en apoyo de las condiciones necesarias para una economía circular y ecológica, como las siguientes:

- \* aplicar una perspectiva basada en el ciclo de vida;
- \* estimular la utilización eficiente de los recursos, los ciclos de materiales libres de toxicidad y la reducción de los residuos;
- \* estimular el mercado de materiales secundarios y la demanda de materiales reciclados;
- \* estimular el paso a una economía basada en la reducción, la reutilización y el reciclado de residuos, sin poner en peligro la seguridad, el medio ambiente y la salud, y
- \* reducir al máximo, con vistas a su desaparición gradual, los vertidos de residuos reciclables y biodegradables.

Finalmente, el Consejo alienta el desarrollo de asociaciones de innovación, en concreto sobre el agua y las materias primas, para facilitar soluciones innovadoras en esas materias; insta a la Comisión a que proponga y ponga a punto, en el marco del nuevo Programa, medidas que integren los objetivos medioambientales en todas las restantes políticas de la Unión; pide a la Comisión esfuerzos para ponderar más ampliamente los progresos sociales, medioambientales y económicos hacia el desarrollo sostenible, apoyando las acciones internacionales, y anima a la Comisión, a los Estados Miembros y a todos los demás interesados a participar eficaz y coordinadamente y a avanzar en este ámbito.

## **V. EL SÉPTIMO PROGRAMA AMBIENTAL: EL PROGRAMA GENERAL DE MEDIO AMBIENTE DE LA UNIÓN HASTA 2020.**

### **1. Iniciativas que enmarcan estratégicamente el nuevo Programa**

El Séptimo Programa se basa no sólo en los importantes logros de cuarenta años de política medioambiental de la Unión, sino también en una serie de recientes iniciativas estratégicas en este ámbito, y en otros relacionados que tratan de preparar, sin catastrofismos, la economía y la sociedad para un panorama no muy halagüeño, apostando claramente, y con tintes revolucionarios, por una economía baja en emisiones de carbono y con un modelo energético distinto, y con previsiones muy importantes en materia de recursos, energía y energías renovables, biodiversidad, eco-innovación, transportes, etc. (aunque bien es verdad que la futura coyuntura económica puede malograr un buen número de estas iniciativas); destacando la Hoja de Ruta de Eficiencia de los Recursos, la Estrategia de Biodiversidad 2020 y la Hoja de Ruta hacia una Economía Baja en Carbono, todas de 2011.

En primer lugar, la Comisión adoptó la Comunicación «Una Europa que utilice eficazmente los recursos-Iniciativa emblemática con arreglo a la Estrategia

Europa 2020» [COM (2011) 21 final, Bruselas, 26.1.2011], teniendo en cuenta que los recursos naturales sustentan el funcionamiento de la economía europea y mundial y nuestra calidad de vida, incluyendo materias primas tales como los combustibles, los minerales y los metales, sin olvidar también los alimentos, la tierra, el agua, la biomasa y los ecosistemas, y que los mismos sufren una presión cada vez mayor, y, asimismo, teniendo en cuenta que, si continúa la tendencia actual, se espera que en 2050 la población mundial haya crecido un 30 % hasta alcanzar la cifra de 9.000 millones de habitantes y que los ciudadanos de las economías en desarrollo y emergentes aspirarán legítimamente a los niveles de bienestar y consumo de los países desarrollados.

En respuesta a estos cambios, el texto estima que la mejora de la eficiencia de los recursos será fundamental para garantizar el crecimiento y el empleo en Europa, que generará grandes oportunidades económicas, mejorará la productividad, reducirá los costes y aumentará la competitividad; siendo preciso desarrollar nuevos productos y servicios y encontrar nuevos modos de reducir los insumos, minimizar los residuos, mejorar la gestión de las reservas de recursos, cambiar los patrones de consumo, optimizar los procesos de producción y los métodos empresariales y de gestión y mejorar la logística, pues ello contribuirá a fomentar la innovación tecnológica, impulsar el empleo en el sector de las «tecnologías verdes», en plena expansión, mantener el comercio de la UE, incluida la apertura de nuevos mercados, y beneficiar a los consumidores con unos productos más sostenibles.

Sobre la base de la Estrategia Europa 2020, y como uno de los ejes principales de su filosofía, se entiende que para avanzar hacia una economía eficiente en el uso de recursos deben cumplirse algunas condiciones (adoptar medidas coordinadas en una amplia gama de ámbitos de acción, actuar urgentemente, dados los largos plazos para poner en marcha los proyectos de inversión, y se ha de convencer a los consumidores para que consuman productos obtenidos mediante un uso eficiente de recursos, que impulsen la innovación y velen porque no se pierdan las mejoras de eficacia).

Teniendo la iniciativa como objetivo fundamental mejorar la seguridad para la inversión y la innovación forjando un acuerdo sobre la visión a largo plazo y garantizando que todas las políticas pertinentes tengan en cuenta la eficiencia de los recursos de forma equilibrada, la misma ofrece un marco de medidas a largo plazo en varios ámbitos políticos, apoyando los programas relativos al cambio climático, la energía, el transporte, la industria, las materias primas, la agricultura y la pesca, la biodiversidad y el desarrollo regional, debiendo coordinarse adecuadamente.

Los componentes fundamentales del marco a largo plazo se presentarán en forma de una serie de Hojas de ruta (algunas ya mencionadas) coordinadas y destinadas a esbozar lo que necesita la UE para, en 2050, crear una economía con baja emisión de carbono, analizar la forma en que la UE puede dotarse de un sistema energético con baja emisión de carbono, con una utilización

eficiente de los recursos, y que sea seguro y competitivo, presentar un sistema de transportes con baja emisión de carbono, con una utilización eficiente de los recursos, seguro, competitivo y que elimine todos los obstáculos al mercado interior del transporte, que fomente las tecnologías limpias y modernice las redes de transporte, y definir objetivos a medio y largo plazo y los medios para conseguirlos, con el objetivo fundamental de separar el crecimiento económico de la utilización de los recursos y de su impacto ambiental, y de esta manera intentar que los inversores, los investigadores, los responsables políticos y los reguladores tengan la seguridad necesaria para desarrollar su actividad.

Entre las medidas incluidas en la iniciativa (que se detallan en el Anexo 1), podemos destacar un Plan de eficiencia energética para 2020 (que identifique las medidas para lograr unos ahorros de energía del 20% en todos los sectores, y al que seguirá una normativa destinada a garantizar la eficiencia y el ahorro energéticos; propuestas destinadas a reformar las Políticas Agrícola y Pesquera Comunes, la Política de Cohesión, las infraestructuras de energía y las redes de transporte transeuropeas (en el contexto del próximo presupuesto de la UE y para adaptar dichos sectores a una economía con baja emisión de carbono y que utilice los recursos con eficiencia); una nueva estrategia de la UE sobre biodiversidad para 2020; medidas destinadas a hacer frente a los desafíos en los mercados de productos básicos y las materias primas; una estrategia destinada a convertir a la UE en una «economía circular» basada en una sociedad del reciclado para reducir la producción de residuos y utilizarlos como recursos; medidas tempranas en materia de adaptación al cambio climático, y una política del agua que convierta en prioritarias las medidas de ahorro de agua y de mejora de su eficiencia. Además, se prevén medidas para afianzar la base de conocimientos en estas materias, la incidencia mundial del tema y en materia de gobernanza y seguimiento de la iniciativa.

Continuando su trabajo, y en el marco de la Estrategia Europa 2020 y de la iniciativa anterior, la Comisión aprobó la Comunicación «Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos» [COM (2011) 571 final, Bruselas, 20.9.2011], que supone un importante documento para afrontar con seriedad no sólo los retos ambientales futuros, sino también los sociales y económicos.

En efecto, esta Comunicación reconoce que Europa ha disfrutado durante muchas décadas de un importante crecimiento en términos de prosperidad y bienestar sobre la base de un uso intensivo de los recursos, pero actualmente se enfrenta a los desafíos de estimular el crecimiento necesario para proporcionar empleo y bienestar a sus ciudadanos y de garantizar que la calidad de ese crecimiento redunde en un futuro sostenible; estimando que, para hacer frente a esos desafíos y convertirlos en oportunidades, la economía europea deberá proceder, en el espacio de una generación, a una transformación radical en los ámbitos de la energía, la industria, la agricultura, la pesca y los sistemas de transporte, así como en el comportamiento de productores y consumidores, y que una preparación oportuna, previsible y controlada de este proceso de

transformación permitirá a la Unión seguir desarrollando su riqueza y bienestar, reduciendo al mismo tiempo los niveles y el impacto del uso de los recursos (pues, las tendencias apuntan al fin de una era de recursos abundantes y baratos).

El objetivo final, ciertamente muy ambicioso, pero estimulante al mismo tiempo, es que en 2050, la economía de la UE haya crecido de manera respetuosa con las restricciones de recursos y con los límites del planeta, contribuyendo así a la transformación económica mundial, convirtiendo la economía de la UE en competitiva e integradora y que proporcionará un elevado nivel de vida con un impacto ambiental mucho menor (es decir, crear más con menos), en la que todos los recursos se gestionarán de manera sostenible, desde las materias primas hasta la energía, el agua, el aire, la tierra y el suelo, y se habrán alcanzado los objetivos intermedios sobre el cambio climático, al tiempo que se habrán protegido, valorado y restablecido sustancialmente la biodiversidad y los servicios eco-sistémicos que ésta sustenta.

La Hoja de Ruta incluye un primer eje en relación con la transformación de la economía, que exige la implantación de políticas que reconozcan las relaciones de interdependencia entre la economía, el bienestar y el capital natural, y que traten de eliminar las barreras que obstaculizan la mejora de la eficiencia de los recursos permitiendo a las empresas operar sobre una base equitativa, flexible, predecible y coherente. Para ello se detallan problemas y propuestas en materia de consumo y producción sostenibles (incluyendo la mejora de los productos, cambios de las pautas de consumo e impulsar la producción eficiente), la conversión de los residuos en recursos, el apoyo a la investigación y la innovación, y la eliminación progresiva de las subvenciones ineficientes, la fijación de precios correctos y la reorientación de la carga impositiva. El segundo eje del documento hace referencia al capital natural y los servicios de los ecosistemas, al entender que de ellos depende la prosperidad económica y el bienestar, por lo que se precisan acciones en relación con los servicios de los ecosistemas, la biodiversidad, los minerales y los metales, el agua, el aire, la tierra y los suelos y los recursos marinos. En tercer lugar, se analizan y se proponen medidas en relación con los sectores claves por su impacto ambiental: la alimentación, la vivienda y la movilidad. Para finalizar con propuestas en materia de gobernanza, seguimiento y los aspectos internacionales.

En relación con la anterior Hoja de Ruta y su ámbito, el Consejo adoptó conclusiones sobre «Una economía europea competitiva: la competitividad industrial desde el punto de vista de la utilización eficiente de los recursos», de 29 de septiembre de 2011, sobre la propia Hoja de Ruta, de 19 de diciembre de 2011, y sobre «Aspectos económicos de la hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos», de 21 de febrero de 2012 (doc. 6811/12, 23.12.2012), en las que acoge con satisfacción la presentación de la misma, y, sin perjuicio de ciertas precisiones, estima que la misma constituye un elemento clave que llevará a la Unión a «una transformación económica en una economía más competitiva y sostenible, y que contribuirá a los esfuerzos que se están rea-



lizando a nivel mundial para garantizar una transición a una economía verde», si bien subraya que las medidas previstas deben ser coherentes con la necesidad de estabilidad económica y saneamiento presupuestario, y ser económicamente eficientes y rentables.

Asimismo, en relación con el nuevo Programa, estratégicamente debemos resaltar la Comunicación de la Comisión relativa a la «Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural» [COM (2011) 244 final, Bruselas, 3.5.2011], en la que, a pesar de que en la UE sólo el 17% de los hábitats y especies y el 11% de los ecosistemas clave protegidos por la legislación europea se encuentran en estado favorable y de las medidas iniciadas en 2010, que no han tenido mucho éxito, se pretende invertir esta tendencia de pérdida de biodiversidad y acelerar los esfuerzos hacia una economía ecológica capaz de utilizar eficientemente sus recursos. En consonancia con otros documentos del mismo carácter, y en especial la Estrategia Europa 2020, reafirmadas las múltiples ventajas de valorar la riqueza natural (mejor uso de los recursos, avances hacia una economía hipocarbónica, liderazgo en investigación e innovación y nuevas competencias, empleos y oportunidades empresariales), y colocando el conocimiento sobre la biodiversidad como punto de partida, se plantea un marco de actuación para el próximo decenio, sobre la base de medidas de conservación y restauración de la naturaleza, mantenimiento y mejora de los ecosistemas y sus servicios, sostenibilidad de la agricultura, la silvicultura y la pesca, la lucha contra las especies exóticas invasoras, cumplir los objetivos asumidos a nivel internacional y contribución de otras políticas (resaltándose en el Anexo la concreción de las mismas).

En este mismo sentido, y siguiendo una línea de actuación ya consolidada en materia energético-ambiental, la Comisión aprobó la Comunicación «Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050» [COM (2011) 112 final, Bruselas, 8.3.2011], en la que se presenta el itinerario para una posible actuación hasta 2050 que permita a la UE reducir las emisiones de GEI entre una 80% y un 95% sobre la base de 1990 (fijándose como objetivos intermedios reducciones reales del 25% para 2020 y entre el 40% y el 60% entre 2030 y 2040), de acuerdo con el Consejo Europeo de octubre de 2009; previendo medidas, y las correspondientes reducciones, en los sectores directamente implicados (sector eléctrico, transportes, construcción, sector industrial y aumento de productividad en el uso de la tierra), así como otras de carácter general (como aumentar sustancialmente las inversiones de capital, reducir la factura energética y la dependencia de los combustibles sólidos, crear empleos nuevos y mejorar la calidad del aire y de la salud), sin olvidar finalmente la dimensión internacional.

Si bien los anteriores son los textos que más han influido en el nuevo Programa, debemos mencionar algunos otros generales, como la Estrategia Europa 2020, o más específicos, tales como las Comunicaciones de la Comisión «Energía 2020. Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura» [COM

(2010) 639 final/3, Bruselas, 14.1.2011] y «Energías renovables: en marcha hacia el objetivo de 2020» [COM (2011) 31 final, Bruselas, 31.1.2011]; el Libro Verde «Iluminemos el futuro. Acelerando el despliegue de tecnologías de iluminación innovadoras» [COM (2011) 889 final, Bruselas, 15.12.2011]; las Comunicaciones sobre «Innovación para un futuro sostenible. Plan de Acción sobre Ecoinnovación-Eco-AP» [COM (2011) 899 final, Bruselas, 15.12.2011], y «La innovación al servicio del crecimiento sostenible: una bioeconomía para Europa» [COM (2012) 60 final, Bruselas, 13.2.2012], y finalmente la importante Comunicación «Sacar el mejor partido de las medidas ambientales de la UE: instaurar la confianza mediante la mejora de los conocimientos y la capacidad de respuesta» [COM (2012) 95 final, Bruselas, 7.3.2012].

## **2. La Propuesta de Decisión sobre el Séptimo Programa Ambiental**

Los Programas Ambientales, como sabemos, vienen orientando la política medioambiental de la Unión Europea desde principios de la década de los setenta. Actualmente, en virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Programas se adoptan con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 192). El Sexto Programa de Medio Ambiente expiró en Julio de 2012 (aunque naturalmente siguen aplicándose muchas de las medidas y acciones iniciadas en su marco) y, de acuerdo con el marco preparativo que ya hemos analizado, la Comisión Europea propuso e hizo público el 29 de noviembre de 2012 el Séptimo Programa destinado a sucederlo, y la propuesta de Decisión relativa al Programa General de Medio Ambiente de la Unión hasta 2020: «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» [COM (2012) 710 final, Bruselas, 29.11.2012].

En base al art. 192-3º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Propuesta de Decisión, en su larga Exposición de Motivos, subraya la importancia de los Programas en la Política Ambiental de la Unión, y tiene en cuenta la evaluación final del Sexto Programa, llamando la atención en particular sobre los desafíos, las tendencias insostenibles y las deficiencias detectadas, enfatizando que la prosperidad de la Unión depende de la adopción de medidas para resolver tales problemas. Asimismo, se asume que el Programa debe contribuir a la consecución de los objetivos medioambientales ya acordados por la Unión (en materia de emisiones de gases de efecto invernadero, biodiversidad, aguas, productos químicos, riesgos ambientales para la salud humana, residuos o suelo), en el marco general de los esfuerzos «por desvincular por completo el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente». Finalmente, la Exposición de Motivos recuerda, entre otras cuestiones, los principios esenciales de esta Política, la necesaria actuación de acuerdo con los principios de subsidiariedad y de integración medioambiental, y con compromisos con agentes no gubernamentales, la imprescindible aplicación completa y uniforme del acervo

medioambiental en toda la Unión, la necesidad de contar con datos fiables y con el respaldo de inversiones adecuadas, y utilizando una combinación adecuada de los instrumentos legislativos clásicos y otros más dirigidos a empresas y ciudadanos (tales como incentivos económicos, instrumentos de mercado, herramientas de información y medidas voluntarias).

Jurídicamente, esta Decisión es mucho más escueta que la que en su día aprobó el Sexto Programa (14), pues ahora se incluye materialmente el Programa como anexo, y en aquella ocasión la propia Decisión establecía el contenido jurídico del Programa que había preparado la Comisión.

En efecto, el art. 1 de la Decisión adopta el Programa General de Medio Ambiente de la Unión (denominado así ahora, resaltando su carácter en relación con los otros documentos estratégicos que hemos analizado, en lugar de Séptimo Programa, que sería el que correspondería al método numérico tradicional) para el período que finaliza el 31 de diciembre de 2020, y que se incluye completo en el Anexo.

El art. 2 de la Decisión establece los objetivos de la Unión a tener en cuenta en la ejecución del Programa, y los principios del mismo (enfatizándolos así, aunque algunos provienen de los propios Tratados, siendo por tanto innecesaria su mención).

En la ejecución del Programa, la Unión tendrá los objetivos siguientes (que han sido mencionados en la Exposición de Motivos):

- \*proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión;
- \*convertir a la Unión en una economía hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva;
- \*proteger a los ciudadanos de la Unión frente a las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar;
- \*maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión;
- \*mejorar la base de información de la política de medio ambiente;
- \*asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente y fijar correctamente los precios;
- \*intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas;
- \*aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la Unión, y
- \*reforzar la eficacia de la Unión a la hora de afrontar los desafíos ambientales a nivel regional y mundial.

---

(14) Decisión n° 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente (DOCE L 242, 10.9.2002).

Por otra parte, la base del Programa son el principio de que «quien contamina paga», los principios de cautela y de acción preventiva, y el principio de corrección de la contaminación en su origen; reproduciendo innecesariamente los establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión, y además parcialmente.

Además, todas las medidas, acciones y metas del programa se han de aplicar según los principios de la «normativa inteligente» (15) y se someterán a una evaluación de impacto completa.

El art. 3 de la Decisión prevé, como ya sabemos, que la Unión y sus Estados Miembros serán responsables de la consecución de los objetivos prioritarios establecidos en el Programa; debiendo aplicar un planteamiento coherente para resolver los problemas, y actuando según el principio de subsidiariedad y al nivel que resulte más adecuado con los objetivos y resultados del mismo. Asimismo, y como es habitual en la Unión, se prevé que las autoridades públicas a todos los niveles trabajen con las empresas y los interlocutores sociales, la sociedad civil y los ciudadanos en la aplicación del Programa.

### **3. El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea (2013-2020): «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta»**

A diferencia del anterior, el Séptimo Programa (ahora denominado Programa General de Medio Ambiente) (16) se incluye, tal como ya hemos señalado, en el Anexo de la Propuesta de Decisión.

El Séptimo Programa tiene también una nueva estructura (articulada en 102 puntos), al integrarse de una primera parte relativa a las propuestas generales en la materia hasta 2020, y ordenarse en varias partes relativas a las prioridades temáticas, el marco instrumental, responder a desafíos locales, regionales y mundiales, y el seguimiento de los avances, pero (y quizás esto sea lo más innovador de la estructura), de forma integrada y coherente, el Programa establece al mismo tiempo nueve objetivos prioritarios relativos a proteger, conservar y mejorar el capital natural de la UE; convertir a la UE en una economía hipocarbónica, que sea eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva; proteger a los ciudadanos de la UE de las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar; maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la UE; mejorar la base de información de la política de medio ambiente;

---

(15) Comunicación de la Comisión sobre «Normativa inteligente en la Unión Europea» [COM (2010) 543 final, Bruselas, 8.10.2010], que sustituye a la iniciativa «Legislar mejor».

(16) El nombre de «Programa General» hubiera sido mucho más adecuado desde sus inicios al realizarse la trascendencia de los mismos en la propia Política Ambiental, y en relación con las restantes. Actualmente, rompiendo el sistema numérico tradicional, quizás se haya querido resaltar su importancia en relación con los textos estratégicos que hemos mencionado, y que enmarcan algunas de las propuestas y medidas del propio Programa.

asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente y fijar correctamente los precios; intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas; aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la UE, y reforzar la eficacia de la UE a la hora de afrontar los desafíos ambientales a nivel regional y mundial.

El Programa se inicia con una parte titulada «Programa de acción hasta 2020» (puntos 1 a 15), en la que en primer lugar se ponen de manifiesto los importantes logros alcanzados en materia ambiental en los últimos cuarenta años (considerando que «se ha creado un considerable acervo legislativo en materia de medio ambiente que cuenta entre las normas más modernas y completas del mundo», llevando las estrictas normas a gran parte del continente europeo, contribuyendo a resolver algunos de los problemas ambientales que más preocupan a ciudadanos y empresas), al reducirse considerablemente las emisiones de contaminantes al aire, al agua y al suelo, así como las emisiones de gases de efecto invernadero, especialmente en los últimos años; se ha modernizado la normativa en materia de productos químicos, y se constata que la calidad del agua en la Unión es una de las mejores del mundo y que más del 18% del territorio y del 4% de sus mares han sido declarados zonas protegidas. Además, esta política ambiental ha impulsado la innovación y las inversiones en bienes y servicios medioambientales que crean empleo y oportunidades de exportación, y el empeño de la Unión ha contribuido a reforzar el compromiso internacional para combatir el cambio climático y la pérdida de biodiversidad y al éxito de la eliminación de las sustancias que inciden en la capa de ozono y de los combustibles con plomo a nivel mundial. También se ha avanzado considerablemente en la integración de los objetivos medioambientales en otras políticas y actividades de la Unión (destacando la Política Agrícola Común y la de Energía).

No obstante, muchas tendencias medioambientales siguen siendo preocupantes (en particular en materia de especies y hábitats naturales, fragmentación del territorio, uso de recursos y del territorio insostenible, residuos no gestionados adecuadamente), a lo que hay que añadir ciertas tendencias mundiales derivadas principalmente de algunos modelos de producción y consumo despilfarradores, tales como aumento de la demanda de bienes y servicios, agotamiento de recursos, minerales, fuentes energéticas y materias primas, provocando, cuando menos, aumentos considerables de su precio, con lo que esto significa, y sin olvidarse de las catástrofes ambientales o de otro tipo. Si bien, algunos de estos complejos problemas pueden afrontarse explotando todo el potencial de las tecnologías ambientales, garantizándose la adopción por la industria de las mejores técnicas disponibles y de las innovaciones y avances científicos y técnicos que van surgiendo, conociendo sus riesgos potenciales.

Sobre la base de la situación anterior, el Programa asume el compromiso de la Unión por transformarse en una economía verde e integradora que garantice el crecimiento y el desarrollo, proteja la salud y el bienestar, cree empleos dignos, reduzca las desigualdades, invierta en capital natural y lo preserve.

De acuerdo con la situación anterior, con claros como vemos, el Programa estima que la actuación hasta el año 2020 y más allá debe inspirarse en una visión de 2050 en la que

«vivimos bien, respetando los límites ecológicos del planeta. Nuestra prosperidad y nuestro medio ambiente saludable son la consecuencia de una economía circular innovadora, donde nada se desperdicia y en la que los recursos naturales se gestionan de tal manera que la resiliencia de nuestra sociedad resulta fortalecida (entendida como capacidad de afrontar la adversidad saliendo fortalecido y alcanzando un estado de excelencia). Nuestro crecimiento hipocarbónico lleva tiempo disociado del uso de los recursos, marcando así el ritmo hacia una economía sostenible a nivel mundial».

Añadiendo que, para que pueda producirse esta transformación, será preciso integrar plenamente las consideraciones medioambientales en otras políticas, en particular en las de energía, transporte, agricultura, pesca, economía e industria, investigación e innovación y empleo, así como en la política social, de manera que se cree un planteamiento coherente y concertado (17), y estas medidas de la UE deberán completarse con una acción y una cooperación reforzadas y globales con países vecinos para resolver problemas comunes.

Además, la Unión tiene en cuenta los múltiples compromisos internacionales suscritos, en particular los contraídos en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en 2012.

El Programa, de acuerdo con todo lo anterior, establece los objetivos prioritarios que la Unión Europea deberá alcanzar de aquí a 2020, teniendo en cuenta que la Política Ambiental es un ámbito compartido. Por ello, las medidas para alcanzar esos objetivos tendrán que adoptarse principalmente a nivel nacional, regional o local, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, y de acuerdo con el carácter compartido de esta Política en muchos casos se necesitarán medidas adicionales de la Unión, y por esto uno de los propósitos del Programa es conseguir que los diferentes niveles administrativos asuman la consecución de unos objetivos compartidos y que se garanticen unas condiciones equitativas para las empresas y las Autoridades públicas, teniendo en cuenta que unas metas y unos objetivos claros proporcionan además la orientación necesaria y un marco de actuación previsible para los responsables políticos y las demás partes interesadas, en particular las regiones y las ciudades, las empresas y los interlocutores sociales, y los ciudadanos particulares.

---

(17) En este sentido conviene recordar que la Unión ya ha puesto en marcha, en 2011, ese proceso de transformación con estrategias integradas y a largo plazo para detener la pérdida de biodiversidad, intensificar la eficiencia en el uso de los recursos y acelerar la transición hacia una economía hipocarbónica, ya mencionadas; y la Comisión ha seguido integrando las consideraciones ambientales en otras iniciativas recientes en materia energética y de transportes, también en 2011, así como en las reformas de las Políticas en materia agrícola y de desarrollo rural, pesca y cohesión, sobre la base de los éxitos alcanzados en ellas.

La segunda parte del Séptimo Programa está dedicada a las «Prioridades temáticas» (puntos 16 a 52), que incluye los tres primeros objetivos prioritarios del mismo (de la Política Ambiental para los próximos años), estructurándose sobre ellos: Objetivo prioritario nº 1, relativo a proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión (puntos 16 a 26); nº 2, sobre convertir a la Unión Europea en una economía hipocarbónica, que sea eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva (puntos 27 a 41), y nº 3 referido a proteger a los ciudadanos de la Unión de las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar (puntos 42 a 52).

El Objetivo prioritario nº 1, relativo a proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión, parte de la idea (adecuada, sin duda) de que «el bienestar y la prosperidad económica de la UE se sustentan en su capital natural, del que forman parte los ecosistemas, que proporcionan bienes y servicios esenciales, como unos suelos fértiles y unos bosques multifuncionales, unas tierras y unos mares productivos, agua dulce y aire limpio, así como la polinización, el control de las inundaciones, la regulación climática y la protección contra catástrofes naturales», estando dirigida a la conservación y mejora del mismo una parte esencial de la legislación ambiental europea (como las normas en materia de aguas, calidad del aire, aves y hábitats (18); si bien también son importantes para esta finalidad la legislación relativa al cambio climático, productos químicos, emisiones industriales y residuos, al reducir las presiones sobre ecosistemas, especies y hábitats.

No obstante los éxitos logrados y los esfuerzos realizados, el Programa constata que se sigue perdiendo biodiversidad y que hay ecosistemas gravemente dañados (por lo que se adoptó la Estrategia sobre la Biodiversidad en 2011 con las medidas adecuadas, incluyendo las correspondientes a mejorar la aplicación de las Directivas sobre Aves y sobre Hábitats) y que el objetivo de la Directiva Marco del Agua de conseguir en 2015 un buen estado ecológico de las aguas sólo se conseguirá en un 53%, siendo posible que no se alcance algún otro objetivo posterior, a pesar de los éxitos logrados en relación con ciertos contaminantes (pero no así respecto a las deposiciones de nitrógeno y ozono).

Para mejorar la situación, se estima necesario atajar en su origen los problemas mediante una mayor integración de los objetivos ambientales relativos al capital natural en otras Políticas (principalmente en las de agricultura, pesca y cohesión, sin olvidar las cuestiones financieras plurianuales), y velar por que las mismas sean coherentes y produzcan beneficios recíprocos. Además, se

---

(18) En general, LÓPEZ RAMÓN, F., «La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos», Ed. Real Colegio de España de Bolonia, Zaragoza, 1980; «L'intégration de l'Espagne au réseau Natura 2000: une occasion manquée», *Revue européenne de droit de l'environnement*, nº 3/2009, págs. 285-296, y «Política ecológica y pluralismo territorial: ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

deben aplicar los planteamientos basados en los ecosistemas a la mitigación del cambio climático y a la adaptación al mismo, al ser también positivos para la biodiversidad.

Por otra parte, el Programa también confirma que la degradación, la fragmentación y el uso insostenible de la tierra en la Unión están haciendo peligrar una serie de servicios eco-sistémicos fundamentales, suponen una amenaza para la biodiversidad y aumentan la vulnerabilidad de Europa al cambio climático y a las catástrofes naturales, siendo asimismo responsables de la degradación del suelo, pues más del 25 % del territorio europeo está afectado por la erosión del suelo provocada por el agua, comprometiendo así las funciones edáficas y reduciendo la calidad de las aguas dulces. Además, otros problemas persistentes son la contaminación y el sellado del suelo. Para afrontar estos problemas, sin perjuicio de que su solución sea difícil y costosa, las decisiones de ordenación del territorio que se adopten al nivel administrativo pertinente deberán tener en cuenta el impacto ambiental, además del social y el económico; por otra parte, ha de reflexionarse sobre la necesidad de contar con un instrumento jurídicamente vinculante apropiado (dado que el texto propuesto es de 2006), y deberá hacerse frente al problema causado por la incidencia del exceso de nutrientes, mediante la aplicación estricta de la legislación en la materia y abordar el ciclo de los mismos en un planteamiento que interrelacione e integre las acciones relacionadas con tal problema.

Asimismo, en relación con los problemas del capital natural, el Programa Ambiental estima que la incidencia de la Estrategia sobre la Biodiversidad será muy positiva, en general.

Para proteger, conservar y mejorar el capital natural de la UE, el Programa garantizará que para 2020 se alcancen estos objetivos:

- \*detención de la pérdida de biodiversidad y la degradación de los servicios ecosistémicos, y que los ecosistemas y los servicios que prestan se mantengan y mejoren;
- \*reducción considerable de los impactos de las presiones sobre las aguas dulces, costeras y de transición, y sobre las marinas para alcanzar, mantener o mejorar el buen estado de las mismas, de acuerdo con las normas correspondientes;
- \*disminución mayor de los impactos de la contaminación atmosférica sobre los ecosistemas y la biodiversidad;
- \*que la tierra se gestione de una forma sostenible, el suelo se proteja adecuadamente y sigan saneándose los lugares contaminados;
- \*que el ciclo de los nutrientes (nitrógeno y fósforo) se gestione de manera más sostenible y eficiente en cuanto al uso de los recursos, y
- \*que se protejan los bosques y los servicios que prestan y se refuerce su capacidad de resistencia frente al cambio climático y los incendios.



Para conseguir estas metas, el Programa Ambiental estima necesario:

- \* aplicar plenamente la Estrategia sobre la Biodiversidad y el Programa de Salvaguardia de las Aguas de Europa;
- \* asegurar la existencia en 2020 de unas poblaciones de peces saludables, empezando en 2015 por no exceder en ninguna pesquería los niveles correspondientes a un rendimiento máximo sostenible y estableciendo a nivel europeo una meta cuantitativa de reducción de los desechos marinos;
- \* cumplir íntegramente la legislación sobre calidad del aire y establecer medidas y metas estratégicas para los años posteriores a 2020;
- \* reducir la erosión e incrementar la materia orgánica del suelo, sanear lugares contaminados y reforzar la integración de las consideraciones sobre el uso de la tierra en un proceso decisorio coordinado entre todas las esferas gubernamentales pertinentes, con el apoyo de la adopción de metas relativas al suelo y la tierra como recurso y de objetivos de ordenación territorial;
- \* reducir asimismo las emisiones de nitrógeno y fósforo, en particular las procedentes de las aguas residuales urbanas e industriales y del uso de fertilizantes, y
- \* desarrollar y aplicar una nueva Estrategia Forestal de la Unión que responda a las demandas que se ejercen sobre los bosques, aborde los beneficios que estos aportan y contribuya a un planteamiento más estratégico de su protección y mejora.

El Objetivo prioritario nº 2 del Programa es el relativo a convertir a la Unión Europea en una economía hipocarbónica, que sea eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva.

De acuerdo con las iniciativas, ya mencionadas, en materia de uso eficiente de los recursos y sobre una economía hipocarbónica competitiva, se pretende respaldar la transición hacia una economía que sea eficiente en su modo de utilizar los recursos, que disocie completamente el crecimiento económico del uso de los mismos y de la energía, y de sus impactos ambientales, que reduzca las emisiones de gases de efecto invernadero, que refuerce la competitividad a través de la eficiencia y la innovación y que promueva una mayor seguridad energética. Además, el Programa estima preciso innovar para aumentar la eficiencia en el uso de los recursos y para reforzar la competitividad en un contexto marcado por el aumento de los precios de los recursos, la escasez y las limitaciones de abastecimiento; constatándose que las empresas son las principales impulsoras de la innovación, incluida la ecoinnovación, aunque no bastan, siendo necesaria la intervención pública a nivel europeo y de los Estados Miembros. Todo lo cual, siendo imprescindible para hacer frente al desafío ambiental, tiene claros beneficios socioeconómicos (en materia de generación de empleo, ampliación

del mercado de las ecoindustrias o en relación con el reciclado, eficiencia energética y energías renovables).

Para avanzar en esta línea, el Programa estima imprescindible la aplicación completa del «paquete» de medidas en materia de clima y energía, debiendo acelerarse el cumplimiento del objetivo en materia de eficiencia energética (20% para 2020), siendo para ello esencial la nueva Directiva en la materia. Por otra parte, en materia de emisiones de gases de efecto invernadero, la Unión está bien encaminada en el cumplimiento del objetivo acordado (también un 20% en 2020), si bien el Programa considera que en esta reducción de emisiones deben participar todos los sectores de la economía y que han de prepararse las medidas para después de 2020, en el marco de las negociaciones internacionales y sobre la base de las Hojas de Ruta en materia de economía hipocarbónica y energía limpia y del Libro Blanco sobre el transporte, y considerando además la Directiva de Comercio de Emisiones como el pilar fundamental de esta política para el período posterior a 2020.

En materia de uso eficaz de recursos y reducción de emisiones, el Programa resalta, además, la importancia de la adopción por la industria de las mejores tecnologías disponibles en el marco de la Directiva de Emisiones Industriales de 2010, al aplicarse a más de 50.000 instalaciones industriales.

Igualmente, en esta misma línea de actuación, se adoptarán medidas para mejorar el comportamiento ecológico de bienes y servicios a lo largo de su ciclo de vida, por medio de iniciativas apropiadas (aumentar la oferta de productos sostenibles el incentivar a los consumidores sobre su uso, revisión de la normativa en materia de diseño y etiquetado de productos y sobre la etiqueta ecológica); resaltando la importancia para este objetivo de la normativa sobre ecodiseño. Asimismo, se fijarán metas para reducir el impacto ambiental global del consumo, en particular en los sectores de la alimentación, la vivienda y la movilidad.

En relación con el uso eficaz de recurso, resulta esencial utilizar la contratación pública con criterios ambientales, con el objetivo de intentar alcanzar el objetivo de que el 50% del total de las licitaciones incluya criterios ecológicos, siendo posible la elaboración de nuevas normas por sectores, y ello sin perjuicio de la adopción por la mayoría de Estados Miembros de planes de acción voluntarios y de metas concretas en relación a productos determinados (19).

---

(19) PERNAS GARCÍA, J. J., «Contratación Pública Verde», Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2011, y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Análisis de los problemas derivados de la introducción de consideraciones ambientales en los modelos de colaboración público-privada para la dotación y explotación de obras públicas», en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, M. Á. GONZÁLEZ IGLESIAS y A. CASARES MARCOS, «Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada», Premio Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León 2010, Ed. CESCYL, Valladolid, 2011, pp. 217-331; «La integración de aspectos medioambientales en la contratación pública», en «Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas» (coord. por Lucía Casado Casado, Anna Pallarés Serrano), Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 123-162; «El régimen de la incorporación

En cuanto al importante problema de los residuos (20) (ya que la Unión genera anualmente 2.700 millones de toneladas, de los que 98 corresponden a residuos peligrosos; reciclándose o reutilizándose una media del 40% de los residuos sólidos, aunque algunos Estados Miembros llegan hasta el 70%, pero otros aún depositan en vertederos el 75% de los mismos), para que los mismos puedan utilizarse como recurso, siguiendo la Hoja de Ruta sobre uso eficaz de éstos, el Programa considera esencial que la legislación europea en materia de residuos se aplique completamente en la Unión, y con esfuerzos adicionales para reducir su generación, limitar la generación de energía a los materiales no reciclables, eliminar progresivamente el depósito en vertederos, garantizar un reciclado de alta calidad, desarrollar mercados para materias primas secundarias y tratar de gestionar los residuos peligrosos reduciendo al mínimo los efectos negativos para la salud humana y el medio ambiente; debiendo utilizarse asimismo instrumentos de mercado que primen la prevención, el reciclado y la reutilización de los residuos, suprimir obstáculos a las actividades de reciclado en el mercado interior y avanzar hacia una «economía circular», en la que los residuos se utilicen en cascada y se eliminen por completo los residuos remanentes.

Asimismo, para finalizar las menciones a recursos concretos, el Programa considera necesario abordar con carácter prioritario la eficiencia en el uso del agua, al considerarse que sigue derrochándose entre un 20% y un 40% del agua disponible en Europa (principalmente por fugas en los sistemas de distribución), aunque también inciden la sequía y la escasez en cada vez más zonas, y para contribuir a mantener su buen estado, existiendo todavía un amplio margen para mejorar la eficiencia hídrica, si bien asimismo se prevé un aumento de la demanda de agua y otros problemas derivados de la incidencia del cambio climático. En este contexto, el Programa estima necesario que la Unión y los Estados Miembros adopten medidas, desde ahora hasta el año 2020, para que las extracciones de agua respeten los límites de los recursos hidráulicos renovables, particularmente mejorando la eficiencia hídrica, mediante instrumentos de mercado tales como la tarificación del agua reflejando su valor real, y con técnicas y sistemas innovadores.

En relación con todos los ámbitos anteriores, el Programa señala que un marco de políticas a largo plazo y previsible en ellos contribuirá a conseguir un nivel de inversiones y actuaciones que permitirá desarrollar plenamente mercados de tecnologías más ecológicas y promover soluciones empresariales sostenibles, debiendo establecerse para ello indicadores y objetivos en materia de eficiencia en el uso de los recursos que orienten a quienes tienen que tomar decisiones en

---

de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007», *Contratación Administrativa Práctica* (Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas), n.º 80/2008, pp. 41-72.

(20) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La Política Ambiental de la Unión Europea en materia de Residuos», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 276/2008, pp. 21-41.

el ámbito público y privado en el proceso de transformación de la economía, los cuales formarán parte integrante del propio Programa una vez acordados.

Además de las previsiones señaladas, para que la Unión pueda convertirse en una economía hipocarbónica, ecológica, competitiva y eficiente en el uso de los recursos, el Programa considera que en 2020:

- \*deben haberse cumplido los objetivos establecidos en materia de clima y energía, y se esté trabajando para reducir en 2050 las emisiones de gases de efecto invernadero entre un 80% y un 95 % en comparación con 1990;
- \*deben reducirse considerablemente el impacto ambiental global de las empresas y de los principales sectores industriales, y debe aumentarse su eficiencia en el uso de los recursos;
- \*deben reducirse el impacto ambiental global de la producción y el consumo, en particular en los sectores de la alimentación, la vivienda y la movilidad;
- \*los residuos se gestionen de forma segura como recurso, se registre un descenso absoluto de su proporción per cápita, la recuperación de energía se limite a los materiales no reciclables y hayan dejado de depositarse en vertederos los materiales que puedan hacerse compost y los reciclables, y
- \*se haya prevenido o reducido considerablemente la escasez de agua.

Para alcanzar estos objetivos, será necesario:

- \*aplicar íntegramente el paquete de medidas sobre clima y energía, y acordar el marco para después de 2020;
- \*generalizar la aplicación de las «mejores técnicas disponibles» y promover la adopción de tecnologías, procesos y servicios innovadores;
- \*impulsar la investigación y los trabajos de innovación, públicos y privados, necesarios para generalizar tecnologías, sistemas y modelos empresariales innovadores que aceleren la transición hacia una economía hipocarbónica y eficiente en el uso de los recursos, y reduzcan sus costes;
- \* establecer un marco más coherente para una producción y un consumo sostenibles, revisar la legislación en materia de productos para mejorar su comportamiento medioambiental y la eficiencia de los productos en el uso de los recursos a lo largo de su ciclo de vida, y fijar metas de reducción del impacto global del consumo;
- \*ejecutar íntegramente la legislación de residuos (con sus principios, objetivos e instrumentos), y
- \*mejorar la eficiencia hídrica mediante el establecimiento de objetivos a nivel de cuencas hidrográficas y la utilización de mecanismos de mercado, tales como la tarificación del agua.

El Objetivo nº 3 del nuevo Programa es el relativo a proteger a los ciudadanos de la UE de las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar, que se inicia resaltando los beneficios de la legislación ambiental europea, si bien la contaminación del aire y de agua y los productos químicos siguen siendo objeto de preocupación.

En relación con la contaminación atmosférica, se plantea actuar en los espacios en los que las personas, especialmente los grupos sociales sensibles, y los ecosistemas están más expuestas, como las ciudades y el interior de los edificios. Por otra parte, el Programa constata tanto la positiva incidencia de las aguas de baño de buena calidad para la salud humana y para el turismo (21), como los problemas de acceso a agua de calidad satisfactoria en algunas zonas rurales y los provocados por las inundaciones, en parte por los cambios en el ciclo hidrológico y en el uso de la tierra.

Una parte de los problemas anteriores provienen del hecho de que la legislación de ambas materias no se aplica plenamente en la Unión, por lo que se actualizarán las mismas y en particular sus objetivos de acuerdo con los datos científicos más recientes y se procurará crear sinergias con las relativas al cambio climático, biodiversidad, medio marino y territorio.

La prioridad en relación con ambos tipos continúa siendo controlar la contaminación en su origen, a lo que la Directiva de Emisiones Industriales de 2010 (22) contribuirá apreciablemente, así como la Hoja de Ruta en materia del mercado único de los transportes, que también incidirá sobre el ruido.

En relación con los productos químicos, el Programa subraya la trascendencia de la legislación REACH, sobre clasificación, etiquetado y envasado de los productos químicos, para la protección de la salud humana y el medio ambiente; si bien sigue habiendo incertidumbres en relación con algunos impactos sobre ambas cuestiones de algunas mezclas de productos químicos, los nanomateriales o productos concretos (como los que inciden con el sistema endocrino o el hormonal). En este ámbito, el Programa propone continuar aplicando y desarrollando iniciativas en relación con los efectos combinados de productos químicos y la seguridad de los alteradores endocrinos, se establecerá un enfoque global en la materia y se garantizarán la seguridad y la gestión sostenible de los nanomateriales. Además, dado el mercado auge, la creación de oportunidades

---

(21) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El marco estratégico de la política de turismo de la Unión Europea: evolución y régimen vigente», *Revista General de Derecho Europeo* (Ed. Iustel), nº 28, octubre, 2012, 39 págs.

(22) LOZANO CUTANDA, B., SÁNCHEZ LAMELAS, A., y PERNAS GARCÍA, J. J., «Evaluaciones de Impacto Ambiental y Autorización Ambiental Integrada. Doctrina, textos legales anotados y jurisprudencia», Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2012, y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El régimen jurídico del control integrado de la contaminación», *Revista de Derecho Ambiental*, nº 22/1999, pp. 19-46, y «El régimen jurídico de la prevención ambiental en la Comunidad de Castilla y León», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 300-301/2006, págs. 255-299.

y su incidencia en la reducción de los gases de efecto invernadero de los bio-productos, los productos bioquímicos y los biomateriales, deberá garantizarse que todo su ciclo de vida sea sostenible, no se presione más a la tierra ni se aumenten los niveles de emisión.

Aunque el cambio climático, señala el Programa (con ciertas notas catastrofistas), agravará algunos de estos problemas ambientales (olas de calor, inundaciones, tormentas o incendios forestales, así como formas nuevas de enfermedades humanas y que afecten a animales y vegetales), es preciso adoptar medidas para preparar adecuadamente a la Unión Europea en relación con el mismo, en especial en materia de adaptación, y fortalecer su resiliencia ambiental, económica y social. Medidas éstas que pueden tener repercusiones socioeconómicas muy positivas, p. ej., en la sanidad pública.

Para alcanzar estos objetivos, el Programa propone que en 2020:

- \*la calidad del aire haya mejorado y la contaminación acústica haya disminuido considerablemente;
- \*los ciudadanos disfruten de normas elevadas de calidad del agua potable y de baño;
- \*se controlen los efectos combinados de los productos químicos y los problemas de seguridad que plantean los alteradores endocrinos, y se evalúen y minimicen los riesgos para el medio ambiente y la salud asociados al uso de sustancias peligrosas, incluidas las sustancias químicas presentes en productos;
- \*se controlen adecuadamente los problemas de seguridad relacionados con los nanomateriales, aplicando un planteamiento coherente entre distintos ámbitos legislativos, y
- \*se hayan realizado avances decisivos en materia de adaptación a los impactos del cambio climático.

Para ello, será necesario:

- \*aplicar una política actualizada sobre calidad del aire y ruido, acorde con los conocimientos científicos más recientes, así como medidas contra la contaminación atmosférica y acústica en su origen;
- \*impulsar la labor de aplicación de las Directivas de Agua Potable y de Aguas de Baño;
- \*desarrollar una estrategia europea para un entorno no tóxico, respaldada por una base exhaustiva de conocimientos sobre toxicidad y exposición a los productos químicos, que propicie la innovación en sustitutos sostenibles;
- \*acordar y aplicar una estrategia de adaptación al cambio climático a nivel de la Unión, incluida la integración de las consideraciones en materia de adaptación y gestión del riesgo de catástrofes en sectores e iniciativas políticas clave.

Para llevar a cabo todas las prioridades y objetivos temáticos referidos es necesario un «Marco instrumental» Puntos 53 a 86, al que el Programa dedica su tercera parte, integrando cuatro objetivos prioritarios, que considera pilares fundamentales: Objetivo prioritario nº 4 relativo a maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión (puntos 54 a 63); Objetivo prioritario nº 5 sobre mejorar la base de información de la política ambiental (puntos 64 a 71); Objetivo prioritario nº 6 relativo a asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente y fijar correctamente los precios (puntos 72 a 82), y Objetivo prioritario nº 7 referido a intensificar la integración medio-ambiental y la coherencia entre políticas (puntos 83 a 86).

El Objetivo prioritario nº 4 relativo a maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión, comienza resaltando los beneficios de una aplicación efectiva de la legislación ambiental de la Unión, a saber surgen unas condiciones equitativas para los agentes económicos que operan en el mercado único, se fomenta de la innovación y las «ventajas del pionero» para empresas europeas de muchos sectores, teniendo en cuenta asimismo los elevados costes derivados de no aplicarla (calculados en 50.000 millones de euros al año, incluyendo los derivados de los procedimientos de infracción) (23). Dado que de un Estado a otro, y dentro de cada uno de ellos, las diferencias en la ejecución son considerables, surge la necesidad de un sistema eficaz y viable de controles y contrapesos a nivel nacional que contribuya a identificar y resolver problemas de ejecución, así como de medidas para impedir que surjan, por lo que en los próximos años el Programa prevé que se dará máxima prioridad a la mejora de la aplicación del acervo ambiental europeo, dotando a quienes intervienen en tal proceso (a nivel nacional, regional y local) de los conocimientos y de la capacidad necesarios para facilitar obtener beneficios de esta aplicación efectiva.

Concretamente, hasta 2020 se prevé que los esfuerzos se centrarán en conseguir mejoras en cuatro ámbitos: perfeccionamiento de la recogida y difusión de los conocimientos en materia de aplicación para que el público y los profesionales en cuestiones de medio ambiente sepan perfectamente cómo las Administraciones nacionales y locales cumplen los compromisos de la Unión (incluyendo procedimientos específicos, «a medida», para resolver problemas de cumplimiento en algunos Estados Miembros); ampliación de las inspecciones y de la vigilancia a todo el sistema normativo europeo (permitiéndose a la Unión actuar cuándo haya motivos de preocupación); mejora de los procedimientos nacionales de tramitación y respuesta ante denuncias de incumplimiento de la legislación europea, y mayor acceso de los ciudadanos a la justicia en asuntos ambientales y a una tutela judicial efectiva. En general, se potenciará una cooperación más estrecha entre los profesionales que trabajan en la protección

---

(23) EUROPEAN COMMISSION (DIRECTORATE-GENERAL ENVIRONMENT), «The costs of not implementing the environmental acquis», Final report ENV.G.1/FRA/2006/0073, September 2011.

ambiental (como abogados de los Estados, inspectores, fiscales, defensores del pueblo y jueces) (24).

Además, la Comisión velará por que la legislación sea adecuada a sus fines y refleje la evolución científica más reciente, y utilizará indicadores y otros medios de seguimiento público de los avances de los Estados Miembros en la aplicación de la legislación de la Unión. Asimismo, se prevé (lo cual es una novedad resaltable, en relación con la tradición del uso de Directivas en esta Política) que las obligaciones legales que sean suficientemente claras y precisas se consagrarán en reglamentos, que tienen efectos directos y mensurables y dan lugar a menos incoherencias en la ejecución.

De acuerdo con las precisiones anteriores, el Programa garantizará en 2020 que:

- \*los ciudadanos tengan acceso a información clara sobre cómo se está aplicando la legislación europea de medio ambiente;
- \*haya mejorado la aplicación de las normas ambientales;
- \*se haya reforzado el cumplimiento de la legislación ambiental en todas las esferas administrativas y se garanticen unas condiciones equitativas en el mercado interior;
- \*la legislación ambiental de la Unión inspire más confianza a los ciudadanos, y que
- \*se facilite la aplicación del principio de tutela judicial efectiva de los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil.

Para ello, se prevé necesario:

- \*establecer a nivel nacional sistemas de información sobre cómo se está aplicando la legislación ambiental de la Unión, acompañados de cuadros con los resultados de cada Estado Miembro;
- \*celebrar acuerdos de asociación para la aplicación de la legislación entre la Comisión y los Estados Miembros;
- \*ampliar a toda la legislación medioambiental los criterios que obligan a los Estados Miembros a realizar inspecciones y vigilancias eficaces, y desarrollar una capacidad complementaria a nivel de la UE para actuar ante situaciones en las que haya motivos de preocupación justificados, con el respaldo de redes de profesionales;
- \*establecer mecanismos coherentes y eficaces a nivel nacional para la tramitación de denuncias relacionadas con la aplicación de la legislación ambiental de la Unión, y

---

(24) La jurisprudencia más importante del Tribunal de Justicia europeo puede verse en KRÄMER, L., «Compendio de Jurisprudencia de Derecho Comunitario del Medio Ambiente», Ed. Ministerio del Medio Ambiente, Madrid, 2007, y en los correspondientes capítulos del Observatorio de Políticas Ambientales, citado.



- \*garantizar que las disposiciones nacionales sobre acceso a la justicia reflejen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y promover los procedimientos no judiciales de resolución de conflictos como medio para encontrar soluciones amistosas en conflictos sobre cuestiones de medio ambiente.

El Objetivo prioritario nº 5 es el relativo a mejorar la base de información de la política de medio ambiente, dado que la Política Ambiental de la UE se basa en los resultados de la vigilancia ambiental, en evaluaciones, datos e indicadores vinculados a la aplicación de la normativa ambiental y en trabajos de investigación y científicos, y en iniciativas ciudadanas; estimándose que se han realizado grandes avances en este ámbito (como en materia de recogida y utilización de estadísticas e información, la generalización del Sistema Compartido de Información Medioambiental o los programas de información espacial-INSPIRE y de vigilancia de la tierra-GMES) si bien el ritmo al que ha evolucionado la situación y las incertidumbres que rodean las probables tendencias futuras requieren medidas adicionales para mantener y fortalecer esta base de información, de tal manera que la Política Ambiental de la Unión continúe elaborándose sobre la base de conocimientos profundos sobre el estado del medio ambiente, las respuestas posibles y los problemas y sus consecuencias, en particular en relación con los cambios ambientales, en particular el cambio climático, los efectos de las catástrofes, las repercusiones de la pérdida de especies, los límites del planeta o la interacción entre factores socioeconómicos y ambientales, en la transición hacia una economía verde, así como las implicaciones para el medio ambiente y la salud de ciertos productos químicos y mezclas o las nuevas cuestiones impulsadas por la evolución tecnológica (como nanomateriales, fuentes de energía no convencionales, captura y almacenamiento de carbono, ondas electromagnéticas o gestión del riesgo).

Para mejorar la base de información de la política de medio ambiente, el Programa garantizará que en 2020:

- \*los responsables políticos y las empresas dispongan de una base más adecuada para desarrollar y aplicar las políticas de medio ambiente y clima, en particular para calcular costes y beneficios;
- \*hayan mejorado considerablemente nuestros conocimientos y nuestra capacidad de evaluar y gestionar los nuevos riesgos climáticos y medioambientales, y
- \*se haya consolidado la interfaz ciencia-política en cuestiones ambientales.

A tal fin, se estima necesario:

- \*coordinar y concentrar los esfuerzos de investigación de la Unión y los Estados Miembros para colmar las principales lagunas en los conocimientos ambientales, en particular respecto a los riesgos de puntos de inflexión ambientales;

- \* aplicar un planteamiento sistemático a la gestión del riesgo, y
- \* simplificar, racionalizar y modernizar la recogida, la gestión y la puesta en común de datos e información sobre cambio climático y medio ambiente.

Seguidamente, el Objetivo prioritario nº 6 del Programa es el relativo a asegurar inversiones para la política de medio ambiente y en materia de clima y fijar correctamente los precios, ya que los esfuerzos necesarios para realizar los objetivos anteriores requerirán una inversión adecuada tanto públicas como privadas, y, aunque varios países se enfrentan graves problemas económicos, la necesidad de emprender reformas y reducir la deuda pública ofrecen nuevas oportunidades para avanzar hacia una economía hipocarbónica en la que se haga un uso más eficaz de los recursos.

Sin embargo, el Programa constata que es difícil atraer inversiones hacia algunos sectores debido a que el mercado no emite señales de precios o estos están distorsionados al no estar suficientemente contabilizados los costes ambientales o porque se subvencionan con fondos públicos actividades que deterioran el medio ambiente; por lo que la Unión y los Estados Miembros tendrán que establecer las condiciones apropiadas para abordar adecuadamente las externalidades ambientales y para que el sector privado reciba del mercado las señales convenientes, teniendo debidamente en cuenta cualquier impacto social negativo (aplicando sistemáticamente el principio «quien contamina, paga», mediante la intervención pública para garantizar que quienes posean o utilicen de forma exclusiva los recursos naturales perciban una renta económica y unos beneficios pero no en exceso y que se tengan en cuenta las externalidades y utilizando otros instrumentos de mercado, como pagos por servicios ecosistémicos para incentivar la participación del sector privado y la gestión sostenible del capital cultural), y la Unión atenderá a las prioridades ambientales y climáticas e efectos de las perspectivas de crecimiento sostenible de los Estados. Además, se estima preciso animar al sector privado, y en particular a las PYME, para aprovechar las nuevas oportunidades del Marco financiero de la UE para aumentar la participación en tratar de alcanzar los objetivos ambientales y climáticos (especialmente, mediante actividades de eco-innovación y adoptando nuevas tecnologías).

Por lo que se refiere a la propia Unión, el Marco financiero 2014-2020 propuesto ya integra los objetivos ambientales y climáticos en todos los instrumentos financieros (como el Programa LIFE o los fondos del Banco Europeo de Inversiones), se aumentan un 20% los gastos relacionados con el clima y se prevén fondos en esta materia en otras Políticas para conseguir esos objetivos.

Por lo que se refiere a la utilización por los Estados Miembros de estos fondos europeos, con consideraciones ambientales, su utilización ha sido muy desigual en el período 2007-2013, por lo que deben hacerse más esfuerzos en la integración ambiental en sus estrategias y programas de financiación relativos a la cohesión, el desarrollo rural o la política marítima. Asimismo, se constata que el seguimiento de los gastos en materia de biodiversidad y clima ha resulta-

dos difícil, por lo que se avanzará en la utilización de sistemas de seguimiento, notificación y evaluación (p. ej., con la metodología de la OCDE).

Asimismo, más en general, deben continuar desarrollándose los indicadores de seguimiento del progreso económico más allá del PIB, y lo complementen (mediante una valoración adecuada de los bienes ambientales y ecosistemas, y de los costes del progresivo agotamiento de algunos recursos naturales, una evaluación de los incentivos necesarios para fundamentar decisiones públicas y de inversión y avanzar en el establecimiento de un sistema de contabilidad medioambiental).

Con la finalidad de asegurar inversiones para la política ambiental y sobre clima, y fijar correctamente los precios, el Programa prevé que en 2020 se hayan realizado de una forma rentable los objetivos de la política de medio ambiente y clima, que tales objetivos estén respaldados por una financiación adecuada, y que haya aumentado la financiación del sector privado para los dos ámbitos.

Para ello, se considera necesario, en particular:

- \*suprimir progresivamente las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente, intensificar la aplicación de instrumentos de mercado (en particular impuestos, tarifas y tasas), y ampliar los mercados de bienes y servicios ambientales, teniendo debidamente en cuenta cualquier impacto social negativo;
- \*facilitar el acceso de la ecoinnovación a fondos e instrumentos financieros;
- \*reflejar adecuadamente las prioridades ambientales y climáticas en las políticas de apoyo a la cohesión económica, social y territorial;
- \*adoptar medidas específicas para garantizar el uso integral y eficiente de los fondos disponibles de la Unión para la actuación a favor del medio ambiente (en particular, incrementando significativamente la utilización temprana de los fondos del Marco financiero plurianual de la Unión para 2014-2020 y asignando el 20 % del presupuesto a medidas de adaptación y mitigación del cambio climático), y, junto con unos criterios de referencia claros, el establecimiento de metas y la realización de actividades de seguimiento y notificación;
- \*desarrollar y aplicar, antes de 2014, un sistema de notificación y seguimiento de los gastos relacionados con el medio ambiente en el Presupuesto de la UE, especialmente en relación con el cambio climático y la biodiversidad;
- \*integrar las consideraciones ambientales y climáticas en el proceso del Semestre Europeo, a efectos de las perspectivas de crecimiento sostenible de los Estados Miembros y sea con respecto a las recomendaciones específicas por países, y
- \*desarrollar y aplicar indicadores alternativos que vayan más allá del PIB, lo complementen y que permitan controlar si nuestro progreso es sostenible,

así como proseguir la integración entre los indicadores económicos y los ambientales y sociales, incluida la contabilidad medioambiental.

El último objetivo de esta parte del Programa es el Objetivo prioritario nº 7, relativo a intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas, que parte de considerar que la consecución de muchos de los objetivos prioritarios del Programa requerirá una integración mucho más efectiva de las consideraciones medioambientales y climáticas en otras Políticas, ya que el éxito del mismo depende de que se refuerce la contribución de esas Políticas a la realización de metas y objetivos ambientales, así como planteamientos políticos conjuntos y más coherentes que aporten beneficios múltiples, pues aunque la integración de las consideraciones de la protección del medio ambiente en otras políticas y actividades de la Unión es un requisito impuesto por el Tratado desde 1997, el estado general del medio ambiente en la misma indica que hasta la fecha los avances, aunque encomiables en algunos ámbitos, no han sido suficientes para invertir todas las tendencias negativas, debiendo gestionarse antes de su aplicación los compromisos difíciles para mitigar de manera efectiva los impactos inevitables (resaltando, en este punto, la importancia de una aplicación correcta de las Directivas de Evaluación Estratégica y de Evaluación de Impacto Ambiental (25) y el papel de las autoridades regionales y locales en relación con el uso de la tierra y los espacios, y la evaluación de impactos). No obstante, naturalmente, se prevé que las medidas dirigidas especialmente a conseguir mejoras ambientales deben aspirar a lograr, siempre que sea posible, beneficios para las otras Políticas (consiguiendo objetivos de éstas, creando empleo, etc.).

Además, el Programa incide especialmente en la integración de las consideraciones ambientales y de adaptación al cambio climático en las ampliaciones de las redes de transporte y energía, incluida la infraestructura marítima, siendo procedente incorporar infraestructura verde en planes y programas conexos.

Para alcanzar este objetivo prioritario, el Programa garantiza que, en 2020, las políticas sectoriales de la Unión y de los Estados Miembros se desarrollen y apliquen de tal forma que favorezcan la consecución de objetivos y metas ambientales y en materia de clima, para lo será necesario, en particular, integrar las condiciones e incentivos relacionados con el medio ambiente y el clima

---

(25) QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y otros, «Comentario a la Legislación de Evaluación de Impacto Ambiental», Ed. Civitas, Madrid, 2002; EMBID IRUJO, A., «La consideración del marco jurídico de los proyectos sometidos, o no, a evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Quince años de jurisprudencia del Tribunal de Justicia: 1996-2011)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), y otros, «Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. *Liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández», Vol. II, «Europa y América», Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 3159-3176, y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales en Castilla y León», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., y otros, «Derecho Ambiental en Castilla y León», 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009 pp. 155-232.

en una serie de iniciativas políticas, incluidas las reformas y revisiones de la Política correspondiente, así como en nuevas iniciativas, en ambos niveles, y realizar evaluaciones previas y sistemáticas de los impactos ambientales, sociales y económicos de iniciativas políticas de ambos para garantizar su coherencia y eficacia.

La cuarta parte del VII Programa Ambiental hace referencia a «Responder a desafíos locales, regionales y mundiales» (puntos 87 a 100), que incluye Objetivo prioritario nº 8: aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la UE (puntos 87 a 91), y el Objetivo prioritario nº 9: reforzar la eficacia de la UE a la hora de afrontar los desafíos ambientales a nivel regional y mundial (puntos 92 a 100).

El Objetivo prioritario nº 8, relativo a aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la UE, se inicia constatando el carácter densamente poblado de la Unión (para 2020 se estima que el 80% de la población viva en zonas urbanas y periurbanas), con lo que el estado del medio ambiente urbano tendrá una influencia directa en la calidad de vida, y no sólo de las propias ciudades sino más allá de sus límites físicos (en materia de alimentos, energía, recursos o depósito de residuos). Además, deben tenerse en cuenta los problemas ambientales comunes de una mayoría de ciudades (calidad del aire y emisiones de gases de efecto invernadero, ruido, agua, tanto escasez como inundaciones, lugares contaminados, zonas industriales abandonadas o residuos). Aunque también debe resaltarse que las ciudades europeas marcan la pauta en sostenibilidad urbana, al ser con frecuencia pioneras en la aplicación de soluciones innovadoras a problemas ambientales y situar la sostenibilidad ambiental en el centro de sus estrategias de desarrollo urbano (26).

Sobre la idea de que las iniciativas de la UE a favor del desarrollo urbano sostenible benefician tanto a quienes viven en zonas urbanas como en el medio rural, el programa considera necesaria una coordinación efectiva entre las distintas Administraciones, y la participación efectiva de las Autoridades regionales y locales en la planificación y el desarrollo de las políticas que inciden en la calidad del medio urbano, resaltando en esta línea los instrumentos previstos en el próximo Marco financiero, y en concreto la Plataforma de Desarrollo Urbano, las nuevas herramientas que permitan simplificar la recogida y gestión de datos ambientales y facilitar el intercambio de información y buenas prácticas, y la mejora en la aplicación de la legislación ambiental a todos los niveles, así como

---

(26) COMISIÓN EUROPEA, «Ciudades del mañana. Retos, visiones y caminos a seguir», octubre de 2011. Sobre el tema, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Incidencia del medio ambiente y el desarrollo sostenible en el urbanismo y la edificación: de la política de la Unión Europea al Código Técnico de la Edificación y la nueva Ley de Suelo», en VARIOS AUTORES, «El Derecho Urbanístico del siglo XXI: Libro Homenaje al profesor Martín Bassols Coma», Vol. 3 («Urbanismo y Estado de las Autonomías»), Ed. Reus, 2008, pp. 74-130, y «Medio Ambiente, Urbanismo y Edificación: de la Política de la Unión Europea al Código Técnico de la Edificación y a la nueva Ley de Suelo», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, nº 235, Julio-Agosto, 2007, págs. 29-86.

promover un enfoque integrado de la planificación, construcción y gestión de las ciudades y otros asentamientos urbanos sostenibles, teniendo en cuenta los desafíos económicos y sociales. Además, se considera necesario que la UE continúe promoviendo y, cuando proceda, ampliando las iniciativas de apoyo a la innovación y mejores prácticas en ciudades, y las redes de intercambio entre ellas, utilizando cuando sea pertinente los fondos europeos disponibles.

Para aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la UE, el Programa considera que en 2020 la mayoría de las ciudades de la Unión ya estén aplicando políticas de ordenación y diseño sostenibles del espacio urbano, para lo que será necesario determinar y acordar un conjunto de criterios para evaluar el comportamiento ambiental de las ciudades, teniendo en cuenta los impactos económicos y sociales, y garantizar que las mismas dispongan de información sobre la financiación de medidas para mejorar su sostenibilidad urbana, y que tengan acceso a tales fondos.

El Objetivo prioritario nº 9, relativos a reforzar la eficacia de la UE a la hora de afrontar los desafíos ambientales a nivel regional y mundial, es el último de esta parte y del propio Programa Ambiental. El mismo se sitúa en la línea de lo acordado en la Cumbre de Río+20 de 2012 (cuyo Foto de Alto Nivel que sustituya a la Comisión de Desarrollo Sostenible apoya la Unión Europea), a favor de una economía verde e integradora, para reducir la pobreza y asegurar la calidad de vida y el crecimiento económico; conclusiones que deberán reflejarse en las prioridades de la Unión y de los Estados Miembros, sobre la base de que muchos de los objetivos del propio Programa tienen un planteamiento global, y habrán de llevarse a cabo conjuntamente a nivel internacional, abogando por una estrecha coordinación de la UE y los Estados Miembros en los foros internacionales, en especial con sus socios estratégicos, los países candidatos y los vecinos.

No obstante, el propio Programa destaca la trascendencia de su período temporal de aplicación (hasta 2020), al corresponder a fases clave de la política internacional en materia de cambio climático, biodiversidad y productos químicos; ámbitos sobre los que la Unión ya ha presentado y adoptado iniciativas y normas. Resaltando la influencia de la Unión Europea, que seguirá promoviendo el desarrollo sostenible a nivel internacional, al ser uno de los mayores mercados del mundo para promover la adopción de políticas y planteamientos que alivien la presión sobre la base mundial de recursos naturales; lo cual no será posible conseguir sin modificar los modelos de producción y consumo, y velando por que las Políticas de comercio y mercado interior apoyen la consecución de los objetivos ambientales y climáticos, y ofrezcan incentivos para que otros países mejoren sus normas en materia ambiental, y las ejecuten, así como considerar otras opciones para reducir el impacto ambiental que el consumo de la UE produce en otros países.

Por otra parte, el Programa considera que la Unión debe seguir promoviendo prácticas empresariales respetuosas con el medio ambiente, en el marco

de la iniciativa sobre la responsabilidad social de las empresas (27), y en este sentido promueve a nivel mundial normas ecológicas, el libre comercio de bienes y servicios medioambientales, el refuerzo de la implantación de tecnologías respetuosas del medio ambiente y del clima, la protección de las inversiones y los derechos de propiedad intelectual y el intercambio internacional de mejores prácticas.

Para reforzar la eficacia de la Unión Europea para afrontar los desafíos ambientales a nivel regional y mundial, el Programa garantiza que, en 2020:

- \* se hayan integrado plenamente las conclusiones de la Cumbre Río+20 en las políticas exteriores de la Unión, y la misma contribuya efectivamente a los esfuerzos mundiales por aplicar compromisos acordados, incluidos los Convenios de Río;
- \* la Unión esté apoyando efectivamente los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales para resolver los problemas ambientales y climáticos, y garantizar un desarrollo sostenible, y
- \* se haya reducido el impacto del consumo de la UE en el medio ambiente de fuera de sus fronteras.

A tal fin, se considera necesario:

- \* trabajar por la adopción de Metas de Desarrollo Sostenible que:
  - se refieran a ámbitos prioritarios de los objetivos relativos a una economía verde e integradora y al desarrollo sostenible en general, en particular la energía, el agua, la seguridad alimentaria, los océanos y una producción y un consumo sostenibles, así como a cuestiones transversales como la equidad, la inclusión social, empleos dignos, el principio de legalidad y la buena gobernanza;
  - sean de aplicación universal y cubran los tres ámbitos del desarrollo sostenible (es decir, el económico, el social y el ambiental);
  - se sometan a evaluación y vayan acompañados de metas e indicadores, y
  - sean coherentes con el marco de desarrollo posterior a 2015 y estén integrados en él, y sirvan de apoyo para medidas en el campo del clima;
- \* trabajar para conseguir una estructura más efectiva de las Naciones Unidas en relación con el desarrollo sostenible mediante la consolidación del PNUMA, en sintonía con las conclusiones de la Cumbre Río+20, prosiguiendo, al mismo tiempo, los esfuerzos para que el mismo ascienda a la categoría de Agencia de las Naciones Unidas, y apoyando los trabajos

---

(27) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La Responsabilidad Social Corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión», Boletín Económico de Información Comercial Española, n.º 2824/2004, pp. 27-44 [<http://www.revistasice.com/Estudios/REV2htm>].

en curso para intensificar las sinergias entre los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente;

- \*potenciar el impacto de diferentes fuentes de financiación, en particular los impuestos y la movilización de los recursos internos, la inversión privada y otras fuentes nuevas e innovadoras, así como crear opciones respecto a la utilización de la ayuda al desarrollo para hacer uso de esas otras fuentes de financiación como parte de la estrategia de financiación del desarrollo sostenible establecida en Río, así como en las propias políticas de la UE, incluidos los compromisos internacionales a favor de la financiación para la protección de la biodiversidad y la lucha contra el cambio climático;
- \*establecer relaciones con países socios de una forma más estratégica (por lo que conviene centrar la cooperación con socios estratégicos, con países integrados en la Política Europea de Vecindad y con países en desarrollo, según los casos);
- \*participar en procesos multilaterales sobre cuestiones ambientales, con vistas a garantizar el cumplimiento a nivel mundial y de la UE de los compromisos para 2020, y acordar la actuación internacional para después de ese año;
- \*ratificar mucho antes de 2020 todos los principales acuerdos multilaterales sobre medio ambiente, y
- \*evaluar el impacto ambiental en el mundo del consumo que hace la UE de alimentos y productos no alimentarios, y las posibles respuestas a los mismos.

Finalmente, el Programa termina con la parte relativa al «Seguimiento de los avances», encomendando a la Comisión el mismo, en el contexto de seguimiento de la Estrategia Europa 2020, y previendo una evaluación del Programa antes de 2020, sobre la base del informe sobre el estado del medio ambiente de la Agencia Europea de Medio Ambiente; dando prioridad, para este seguimiento, a los indicadores que aplica la propia AEMA en sus informes (relativos al clima, la energía, la biodiversidad y la eficiencia en el uso de los recursos), previéndose en su caso el desarrollo de otros indicadores suplementarios para cuantificar el progreso general hacia una economía y una sociedad eficientes en el uso de recursos y su contribución a la prosperidad y el bienestar, en el marco de la Hoja de Ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos.

#### **4. La evaluación de impacto del Séptimo Programa Ambiental y el proceso de aprobación**

Como es habitual, la Propuesta de nuevo Programa Ambiental está acompañada de la evaluación de impacto de los Servicios de la Comisión [SWD (2012)



397 final, Bruselas, 29.11.2012] (28), en la que se resumen su elaboración y su contenido más importante, resaltando el diferente contexto de este Programa en relación con el VI PMA, al contarse con el marco de la Estrategia Europa 2020 y al estar varios Estados Miembros inmersos en una crisis económica.

Seguidamente, el documento refleja los principales problemas que dificultan la realización de los objetivos propuestos, y que son: una aplicación inadecuada y la existencia de lagunas en el acervo legislativo sobre medio ambiente; la falta de coherencia para resolver problemas cada vez más interconectados, que también requieren medidas en otros ámbitos políticos; los problemas en relación con los incentivos a la inversión en medidas relacionadas con el medio ambiente, y finalmente los datos e información sobre medio ambiente insuficientemente coordinados, lagunas en la base de conocimientos y nuevas cuestiones y tendencias que en la actualidad no se están abordando convenientemente.

A continuación se describen las opciones estratégicas que se barajaron antes de elaborar el mismo, y que eran abandonar los Programas Ambientales, elaborar uno con una estructura similar a la del VI PAM o redactar un nuevo Programa Ambiental con unos objetivos limitados; siendo esta última, como hemos visto, la opción que finalmente se adoptó, con una aplicación más inteligente (aplicando mejor y de manera más inteligente la legislación, garantizando incentivos a la inversión y que las políticas sean coherentes) y respondiendo a nuevos conocimientos y a los problemas emergentes.

Este nuevo Programa Ambiental de la Unión Europea, el séptimo, fue presentado el mismo 29 de noviembre de 2012 al Grupo «Medio Ambiente». La Presidencia redactó dos preguntas para orientar el debate político en el Consejo (relativas a si los Estados Miembros consideraban que el mismo estaba a la altura de sus expectativas, al tiempo que cubre los retos ambientales actuales, y si las nueve prioridades establecidas en el mismo son suficientes y pragmáticas en términos de visión, alcance y ambición para el Programa y que las acciones propuestas son adecuadas para lograr los objetivos propuestos para 2020). La Comisión presentó su propuesta a la Comisión de Medio Ambiente del Parlamento Europeo el 18 de diciembre, y el COREPER inició su estudio para presentar sus propuestas al Consejo (29). Posteriormente, en efecto, el Programa ha sido objeto de un primer análisis por el Consejo de Medio Ambiente celebrado el 17 de diciembre de 2012 (sesión nº 3211, doc. 17582/12, versión provisional); continuando su proceso de aprobación, que incluye, por ahora el dictamen del Comité Económico y Social de 20 de marzo de 2013 (DoUE C 161, 6.6.2013), y el dictamen del Comité de las Regiones de 30 de mayo de 2013.

---

(28) El texto completo puede verse en <http://ec.europa.eu/environment/newprg/pdf/ia.pdf>.

(29) «Background Environment Council 17.12.2012», Brussels, 12 December 2012.



# ACTUACIÓN MATERIAL E INFORMALIDAD. EL EJEMPLO DE LA CONCERTACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN(\*)

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

**SUMARIO:** I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIA DE LA DIRECCIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA, EL ESTADO COOPERATIVO Y LA GOBERNANZA.– II. ACTUACIÓN MATERIAL Y CONCERTACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Actuación jurídico-administrativa formal y actuación material: A) Aproximación a la doctrina de las formas jurídicas de actuación administrativa. B) La actuación material de la Administración. 2. La concertación con la Administración: de la procedimentalización a la informalidad.– III. LA CONCERTACIÓN INFORMAL ADMINISTRATIVA, LA TEORÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PÚBLICAS Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. Análisis con base en la teoría de las relaciones jurídico-públicas... 2. ... y su conexión con la teoría del procedimiento administrativo.– IV. VINCULACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO, LEGITIMACIÓN Y ACTUACIÓN INFORMAL.– V. PROBLEMAS DE TUTELA JURÍDICA: 1. Planteamiento general. Escala de garantías. 2. Criterios para el control de la actividad consensual informal y eventual articulación de la tutela. ¿Tutela secundaria?: A) Límites generales. B) Límites específicos.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La concertación con la Administración constituye un fenómeno jurídico habitual en el moderno Estado cooperativo, donde el Derecho Administrativo se concibe como ciencia de la dirección, y cuyo objetivo es dirigir los procesos sociales con eficacia. Así pues, el Derecho interioriza un enfoque basado en la capacidad inductora de lo jurídico, creando un clima propicio para lograr una mayor eficacia del Derecho. Desde esta perspectiva, la concertación con la Administración tiene una importancia especial. El fenómeno de la concertación se afronta aquí desde el punto de vista de la denominada actuación material de la Administración. El análisis de esta forma de actuación administrativa se aborda ofreciendo una unidad sistemática que facilita la integración de las diferentes cuestiones dogmáticas planteadas, para lo cual se analiza el tema desde la perspectiva de la teoría de las relaciones jurídico-administrativas y del procedimiento administrativo, debido a la insuficiencia de la doctrina de las formas jurídicas de la actuación administrativa para aprehender dogmáticamente la actuación material de la

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 4 de septiembre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 de noviembre de 2012.

Administración. Del mismo modo, se afronta el tema clave de la concertación informal y la vinculación de la Administración a la Ley, como base legitimadora mínima de la acción administrativa, finalizando con el planteamiento de los importantes problemas de tutela jurídica que este tipo de actuación material puede dar lugar.

*Palabras clave:* actuación informal de la Administración pública; formas de actuación administrativa; relación jurídico-pública; procedimiento administrativo; principio de legalidad; tutela judicial.

*ABSTRACT:* *Consensus with Public Administration is a common legal phenomenon in the modern cooperative State where Administrative Law is considered as a steering science which goals is to manage efficiently social processes. From this point of view, Administrative Law interiorises a focus based on the inductive capacity of the Law, creating a 'climate' which encourages the efficacy of the Law. In this vein, administrative agreements are very important. Consensus with Public Administration is action treated here from the perspective of the material administrative proceedings. The analysis of this form of administrative action is intended to address by offering a systematic unit to facilitate the integration of the various dogmatic issues raised. For this purpose, the subject is tackled from the perspective of the theory of legal-administrative relations and the decision-making process, due to the failure of the doctrine of the legal forms of administrative action to embrace dogmatically the 'material' administrative action. Similarly, it is also considered this topic from the legality principle perspective, deemed as a minimum legitimacy basis, ending with an approach to the legal protection issues that may arise in these matters.*

*Key words:* *informal action of the Public Administration; forms of Public Administration action; juridical-administrative relations; administrative procedure; legality principle; judicial review.*

## **I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIA DE LA DIRECCIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA, EL ESTADO COOPERATIVO Y LA GOBERNANZA**

El postulado de la ciencia del Derecho Administrativo como ciencia de la dirección responde a una concepción del Derecho Administrativo como una ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales (1). Las aportaciones

---

(1) Asistimos a un proceso de transformación del Derecho Administrativo que, anclado en buena medida en la dogmática nacida bajo el paradigma del Estado liberal de Derecho, se ve limitado para abordar la complejidad de la sociedad y de la acción administrativa contemporánea. Una de las causas de ese proceso es el fenómeno conocido como «crisis del Derecho», objeto de un gran número de estudios entre los cuales destacan las investigaciones realizadas en el marco de la sociología jurídica. Sobre esta cuestión, véase BOURDIEU y TEUBNER (2005), quienes presentan un análisis de las principales teorías neoevolucionistas como las de Jürgen HABERMAS y Niklas LUHMANN en Alemania y Philip NONET y Philip SELZNICH en Estados Unidos. Según TEUBNER la tradición evo-

de la doctrina en relación con la idea de dirección (*Steuerung* en el original alemán o *steering* en la versión inglesa) que «modelan» la nueva ciencia del Derecho Administrativo (2), implican un entendimiento del Derecho Administrativo no sólo preocupado por la toma de decisiones administrativas en términos de validez (legalidad *versus* ilegalidad), sino también decididamente interesado en el resultado efectivo de la acción administrativa (3), lo que obliga necesariamente a atender al modo en que las decisiones administrativas son tomadas. Esto no quiere decir, lógicamente, que en el marco del Estado Constitucional la eficacia de la acción administrativa pueda ser alcanzada con desconsideración de principios constitucionales como el principio de legalidad (4): la eficacia es una fuente no excluyente de legitimación de la actividad administrativa (*output legitimacy*) (5), y, por ello mismo, concurrente con otras como la que nace de su relación con la Ley, y al mismo tiempo complementaria de otras como la que atiende a los modos de actuar de la Administración (*input legitimacy*) (6). Dicho

---

lucionista y los conceptos «neoevolutivos» permiten una visión actual del proceso de cambio legal y social que explica la «crisis» del Derecho moderno. En el moderno Estado constitucional, el Derecho se encuentra muy distante del concepto moderno del Derecho racional-formal en el sentido weberiano. Según este paradigma, el Derecho es racional en tanto que reduce las particularidades de los casos a un conjunto de principios y preceptos jurídicos abstractos, y es formal dado su fundamento en procesos de interpretación lógica que permiten la formulación de normas abstractas aplicables a todos los casos posibles, sin reparar en sus determinantes éticos, económicos o políticos que permiten la aplicación automática de tales normas y, por ello, de la actuación administrativa, mediante la subsunción de la situación de hecho en el supuesto de hecho de la norma [WEBER (1969)]. Esta idea de racionalidad del Derecho entra en crisis por su incapacidad de resolver los conflictos que no se presentan en estancos separados y que, en cambio, involucran una gran cantidad de variables imposibles de abarcar por preceptos jurídicos abstractos fuera de cualquier otra consideración.

(2) Al respecto, destaca la actual doctrina alemana encabezada por SCHMIDT-ASSMANN (2003) quien plantea una concepción sistemática del Derecho Administrativo que le devuelva su carácter de instrumento de dirección social. Igualmente, ver VOSSKUHLE (2007, p. 115 y ss.) o RUFFERT (2007, p. 47).

(3) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 25 y 26); BARNÉS VÁZQUEZ (2005, p. 371); SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 37 a 39).

(4) En este sentido ya FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1988, p. 111 y 112).

(5) Según las SSTC 22/1984, 27/1987 ó 178/1989, el principio de eficacia es un verdadero principio jurídico del que resulta un deber positivo de actuación que ha de presidir toda la actividad administrativa. En esta dirección, PAREJO ALFONSO (1983, p. 103).

(6) Las distintas fuentes de legitimación administrativa han constituido el resorte para la evolución de los paradigmas que definen a la propia Administración. Una explicación en torno a la evolución de la legitimación administrativa en la historia en PONCE SOLÉ (2010, p. 90 y ss.) y (2011, *in toto*). Asimismo, sobre las distintas fuentes de legitimación de la Administración, así como acerca de la incorporación de nociones provenientes de las ciencias sociales, véase VOSSKUHLE (2007, p. 115 y ss.), CARANTA (2011, p. 177 y ss.) y DONNELLY (2011, p. 251 y ss.). Igualmente, en relación con la idea de concurrencia o complementariedad de las fuentes de legitimación en el ordenamiento español, véase VELASCO CABALLERO (2011, p. 92 y ss.); en relación con Alemania, véase SCHMIDT-ASSMANN (2011, p. 53); asimismo, respecto a una visión de la acción de la Unión Europea, véanse las conclusiones de CRAIG (2011, p. 215).

de otra manera, no se puede admitir que la profundización de la legitimación de la acción administrativa en términos de eficacia pueda servir para desconocer otras fuentes de legitimación.

Sea como fuere, lo cierto es que las propuestas de reforma del Derecho Administrativo mantenidas desde los teóricos de la *steering theory*, ponen de relieve algo que no se puede ocultar: el Derecho no constituye ya únicamente un límite causal y lineal para la Administración, sino que se concibe y orienta también a la eficacia de la actividad administrativa. Esto significa, consecuentemente, que la ciencia jurídico-administrativa debe orientar la construcción dogmática de categorías e instituciones hacia las condiciones reales de las conductas decisorias (7), procurando, por tanto, los presupuestos que hagan que el Derecho contribuya a la eficacia y a la eficiencia administrativa (8). Esto no quiere decir, y esto es importante, que la teoría de la dirección elaborada en el seno de las ciencias sociales deba sustituir la función del Derecho como ordenamiento material, sino que debe servir para propugnar una apertura o ampliación del sistema jurídico. Desde este punto de vista, a lo largo de este trabajo se mostrará en qué medida ese planteamiento puede incidir en categorías como las relaciones jurídico-públicas y en la tradicional concepción instrumental del procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, uno de los conceptos de mayor relevancia en los últimos años, relacionado directamente con la teoría de la dirección y que resulta muy útil para evaluar la eficacia del Derecho Administrativo en la realidad social y, por ello, para analizar las actuales formas de actuación de la Administración como objeto y sujeto de dirección, es el de gobernanza (9). Aunque el concepto de gobernanza, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, todavía no ha adquirido un perfil claro y definido (10), no por ello puede pasar desapercibido en el debate sobre la reforma del Derecho Administrativo (11). Desde esta perspectiva, al menos puede decirse que el concepto de gobernanza constituye una «fórmula descriptiva» útil que sirve para poner el acento en la multiplicidad de contextos o mecanismos de dirección que conviven entre las instancias naciona-

---

(7) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 28).

(8) Sobre este planteamiento, véase SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 27 y ss.).

(9) El Libro Blanco de la Comisión Europea «La Gobernanza Europea», de 25 de julio de 2001 [COM (2001) 428 final] define «gobernanza» como la capacidad de las sociedades para dotarse de sistemas de representación, de instituciones, de procesos y de cuerpos sociales, como instrumento de control democrático, de participación en las decisiones y de responsabilidad colectiva. Definición cercana a la mantenida con anterioridad por CALAME y TALMANT (1997).

(10) Cuando no ha sido considerado un concepto redundante, oscuro y poco útil [PARADA VÁZQUEZ (2009)].

(11) En esta dirección véase, por ejemplo, el trabajo de BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 336 y ss.), quien realiza una sistematización de la repercusión del concepto desde la perspectiva del procedimiento administrativo, aludiendo a una tercera generación de procedimientos «governados» por las directrices sobre gobernanza.

les y supranacionales, de un lado, y entre los actores públicos y privados, de otro (12), sintetizando así distintos «conceptos clave» no desconocidos para el Derecho (participación, información, responsabilidad...) (13). En este sentido, desde la perspectiva que aquí nos interesa, el concepto de gobernanza tiene el valor de simplificar de forma general la noción de «distribución de responsabilidades» entre la Administración y los ciudadanos, esto es, la idea de reparto de tareas o funciones entre la esfera social y la pública (14), superando así el monopolio de las Administraciones públicas en la determinación de los intereses generales y contribuyendo a su relegitimación democrática mediante el «partenariado» con el sector privado y la sociedad civil (15).

La ciencia jurídico-administrativa tiene un reto analítico singularmente importante al enfrentarse a las diversas manifestaciones que presenta actualmente la actividad de la Administración del moderno Estado social, democrático y de Derecho, entendido como «Estado cooperativo» (16). La efectividad de la acción administrativa depende en gran medida de la voluntad de cooperación e implementación de entidades y organismos no necesariamente públicos, pero sobre todo de la voluntad colaborativa de los destinatarios de la actividad de la Administración (17). De hecho, la observancia de prohibiciones y obligaciones jurídicas y la amenaza de sanciones en muchos casos se revelan como insuficientes para lograr aquella voluntad, mostrándose más efectiva la aceptación y conformidad previa con la decisión por el destinatario de la misma (18). En síntesis puede decirse que un dato clave en la transformación del Derecho Administrativo impulsada desde la teoría de la dirección se encuentra en el desplazamiento tendencial desde un Derecho impositivo e interventor hacia un Derecho «consensual», donde los medios de ejecución forzosa se suplementan o sustituyen con estrategias destinadas a

---

(12) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 43). Para BARNÉS VÁZQUEZ (2008, p. 48) «el denominador común de las nuevas formas de dirección y gobierno, a las que se reserva el término 'gobernanza', residen en una más intensa cooperación (público-privada; e interadministrativa), que se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas como a su desarrollo y aplicación. Los nuevos modos de gobernanza en la Unión Europea tienen por objeto la creación de formas más efectivas de participación». En una línea similar, HOFFMAN-RIEM (2007, p. 215 y 216).

(13) La utilización metodológica de «*key terms*» ha sido puesta de relieve por VOSSKUHL (2007, p. 134-138).

(14) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 43). Respecto al concepto de distribución de responsabilidades, también ver BAUER (1993, p. 137).

(15) En España tempranamente MUÑOZ MACHADO (1977, p. 529 y ss.) expuso con precisión la trascendencia de la participación en la toma de decisiones como vía para superar la crisis de legitimación democrática de la Administración moderna. En la misma dirección, SÁNCHEZ MORÓN (1979, p. 178), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1988, p. 106) o PÉREZ MORENO (1989, p. 113), entre otros; en Francia, igualmente, RIVERO (1965, p. 821 y ss.) o en Alemania HOFFMAN-RIEM (1993, p. 39).

(16) BENZ (1994, *in toto*) y SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 36 y ss.).

(17) En esta dirección, igualmente, BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 336, 339 ó 350).

(18) De la misma opinión, HOFFMAN-RIEM (1993, p. 38), BAUER (1993, p. 137 y 138), KREBS (1993, p. 60), MUÑOZ MACHADO (1977, p. 529 y ss.) y RIVERO (1965, p. 821 y ss.).

convencer o a persuadir, complementadas con una acción informativa-colaborativa que favorezca el previo entendimiento y el acuerdo.

En este punto, la ciencia del Derecho Administrativo y la ciencia de la dirección coinciden en traducir la acción administrativa en un análisis de eficiencia propio del análisis económico del Derecho. Dicho de otro modo, el Derecho Administrativo interioriza un enfoque basado en la capacidad inductora de lo jurídico, incidiendo en la formación de la voluntad del ciudadano, con el objetivo de que adecúe sus pautas de comportamiento a las expectativas de la Administración: lo realmente característico de las actuaciones cooperativas es la dirección indirecta de las conductas (19).

En definitiva, las decisiones de la Administración cooperativa son fruto de la participación, la deliberación, el intercambio de información, la búsqueda de consenso, en fin, de la colaboración público-privada que puede desenvolverse en escenarios variables, pero donde la negociación, en un contexto estable de relaciones entre Administración y agentes sociales privados, se erige como uno de los mecanismos cooperativos más destacados (20). Dicho de otro modo, y aunque ello no pueda asumirse lógicamente como un axioma ilimitado, la Administración del Estado democrático, social de Derecho está condicionada a promover mecanismos que consideren adecuadamente las exigencias de autonomía implícitas en la propia condición de los ciudadanos destinatarios de las decisiones administrativas, añadiendo así un plusvalor legitimador a la actuación de la Administración.

## **II. ACTUACIÓN MATERIAL Y CONCERTACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **1. Actuación jurídico-administrativa formal y actuación material**

#### **A) Aproximación a la doctrina de las formas jurídicas de actuación administrativa**

La dogmática jurídica ha otorgado especial atención en el ámbito del Derecho Administrativo a la doctrina de las formas jurídicas orientada funda-

---

(19) En este sentido, también KLOEPFER (1993, p. 35). Para WÜRTHENBERGER (1993, p. 324 y 325), lo característico del Estado cooperativo es la aceptación de los actos de la Administración mediante, aunque no exclusivamente, procedimientos de negociación y consenso, como manifestación del principio democrático y del principio de economía procesal. En una dirección similar, desde el prisma del procedimiento administrativo, SCHNEIDER (2008, p. 394).

(20) Este planteamiento supone una renovación de las fórmulas de participación orgánica y procedimental, cuya crisis se ha mantenido en nuestro ordenamiento a lo largo del tiempo. Ratifican esta conclusión tanto PÉREZ MORENO (1989, p. 91 y ss.), como BARRERO RODRÍGUEZ (2011, p. 419 y ss.). En buena medida esa crisis se deriva de la tradicional legitimación de la actividad administrativa vinculada positivamente a la ejecución de la Ley como expresión de la voluntad popular: la ejecución de la legítima expresión de la representación popular, impediría que pudiera ser perturbada por la participación ciudadana.



mentalmente por campos referenciales propios de la Administración interventora y, principalmente, por el protagonismo del acto administrativo como elemento nuclear del poder de policía (21). Sin embargo, no se puede seguir admitiendo que el Derecho Administrativo moderno siga instalado en la tradición formalista del Estado de Derecho tal como lo concibiera Otto MAYER (22). La concepción de la Administración como Administración cooperativa ejerce, precisamente, una influencia definitiva en la evolución desde una Administración centrada en la actuación imperativa y unilateral, hacia una Administración situada en el plano del intercambio para la actuación convenida (23).

Este planteamiento permite entender desde moldes conceptuales distintos las formas jurídicas de actuación de la Administración. Es más, como marco de ordenación dogmático, las formas convencionales tradicionales se muestran insuficientes para aprehender la totalidad de las actuaciones administrativas. No se trata de desconocer la importancia del acto administrativo, esto es una obviedad, sino de reconocer otras formas de manifestación de la actividad administrativa alejadas de la significación otorgada al sistema clásico de actos jurídico-públicos (24). Dicho de otra forma, los resultados dogmáticos de la doctrina de las formas jurídicas han contribuido a la clarificación jurídica de algunas formas de actuación de la Administración, típicamente el acto, pero no se ha asumido, ni integrado suficientemente, la multiplicidad de la actividad administrativa no subsumible bajo esa categoría u otras abordadas posteriormente como el contrato administrativo (25). Queda fuera, pues, de la dogmática de las formas jurídicas la actuación material de la Administración, o actuación administrativa de mera

---

(21) La doctrina de las formas jurídicas ordena el Derecho Administrativo considerando tipos de actuación, mediante el procedimiento de seleccionar y encauzar la compleja realidad de la actividad administrativa en formas jurídicas (como el acto, el contrato...) mediante un proceso de conformación y atribución de consecuencias sistemáticas fijas [SCHMIDT-ASSMANN (1993, p. 8 y ss.). El encauzamiento de la actividad administrativa en formas jurídicas facilita el trabajo de la Administración, pues la función de «depósito» que cumplen las formas jurídicas, evita que en cada caso concreto se deban buscar instrumentos jurídicos aptos para la realización de sus tareas; asimismo, la identificación de formas jurídicas y la atribución de concretas consecuencias jurídicas, simplifica la aplicación del Derecho. Del mismo modo, las formas jurídicas contribuyen a la protección del ciudadano, pues operan contra la arbitrariedad administrativa y proporcionan puntos de conexión operativos para la tutela jurídica.

(22) ARIÑO ORTIZ y GALLEGO ANABITARTE (1974, p. 41) o GIANNINI (1980, p. 57 y ss.).

(23) Así, BAUER (1993, p. 137) y con anterioridad en España, MUÑOZ MACHADO (1977, p. 529 y ss.).

(24) Al respecto, véase GALLEGO ANABITARTE (1980, p. 191 y ss.) y GALLEGO ANABITARTE (1979, p. 343 y ss.).

(25) No sin dificultades, sobre todo en ordenamientos como el alemán, donde, como es bien conocido, el contrato como forma jurídica fue rechazada, con lógicos matices que ahora no se pueden abordar, hasta su expreso reconocimiento en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976. Aquella negativa se fundamentaba en el principio de que el Estado no podía contratar con aquellos que mantenían una relación de sublimación respecto de los poderes públicos (*Der Staat paktiert nicht*).

gestión, en la que cabe incorporar cualquier manifestación de la actividad administrativa que no encaje en las clasificaciones convencionales (26), incluyendo la actuación informal de la Administración en sentido estricto (27).

Es dudoso, por tanto, que la doctrina de las formas jurídicas sea el marco adecuado para el análisis de la actividad material de la Administración. Las tradicionales formas jurídicas de actuación son idóneas para aprehender la actividad administrativa de intervención, constituida sobre bases formales suficientemente estáticas como para dar cabida a otras formas de actuación jurídico-administrativa (28). Se debe recalcar, además, que la «formalización» de la actuación administrativa bajo los parámetros del sistema de las formas jurídicas no es infrecuente que dé lugar a conceptualizaciones forzadas (29), cuando no a un casuismo excesivo.

Las limitaciones de la teoría de las formas jurídicas obligan a su complementación con base en un análisis desde la teoría de la relación jurídico-administrativa (30) y desde la teoría del procedimiento administrativo (31), a las que aboca, por otro lado, la concepción del Estado como Estado cooperativo, trasladando así el foco de atención en las relaciones del ciudadano con los poderes públicos. No se trata, por tanto, de insistir en una obligada «formalización» de la actividad material de la Administración utilizando los parámetros clásicos, sino establecer, en coherencia con la concepción del Derecho Administrativo como ciencia de la dirección, un marco de análisis general en el que tengan cabida todos los instrumentos de dirección (32).

---

(26) La actuación material queda en origen al margen del sistema de actos jurídico-públicos porque el estudio sistemático y analítico de las formas de actuación jurídica del Estado se desarrolla a partir de los moldes iusprivatistas; así pues, careciendo las demás actuaciones administrativas luego integradas en la noción de actuación material de un referente explicativo en el Derecho privado, quedan todas ellas al margen de las elaboraciones dogmáticas de la teoría de las formas de Derecho Administrativo del siglo XIX en adelante. Esas otras formas de actuación quedarían agrupadas bajo la noción de «hechos jurídicos» que no constituirían «declaraciones de voluntad» en los términos empleados por SAVIGNY (1878).

(27) BAUER (1993, p. 144 y ss.) añade otros déficits imputables a la doctrina de las formas jurídicas: la insuficiente incorporación del ciudadano, la insuficiente captación de la dimensión temporal y de las relaciones jurídicas multilaterales. En la misma dirección, SCHULTE (1993, p. 117).

(28) Ahora bien, no se puede desconocer que la integración de algunas manifestaciones de actuación material en el sistema de actos jurídico-públicos depende, en gran medida, de la amplitud de la noción de acto administrativo que se maneje [VELASCO CABALLERO (1998, p. 70 y ss.)].

(29) STOLLEIS (1993, p. 15) señala que «cada vez va a ser más difícil reconducir a estructuras dogmáticas básicas abarcables un Derecho Administrativo que debe ordenar una sociedad compartimentada, altamente tecnificada y cada vez más envuelta en redes internacionales».

(30) SCHULTE (1993, p. 117).

(31) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 317 y 318).

(32) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 41). El propio SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 335), matizando su opinión vertida en SCHMIDT-ASSMANN (1993, p. 30), afirma que «una 'formalización' total no es ni oportuna ni indispensable». A esta línea parece adscribirse VELASCO CABALLERO (1998, p. 74) cuando

## B) La actuación material de la Administración

La Administración realiza numerosas actuaciones de carácter fáctico o material que constituyen el mayor volumen de actuaciones dentro de la actividad general de la Administración y, sobre todo, constituyen la actividad de mayor importancia práctica (33), fundamentalmente por su repercusión en los ciudadanos. No obstante, la actividad material de la Administración ha recibido una atención menor entre la doctrina, centrada generalmente en una percepción no jurídica, para lograr su distinción del acto administrativo en sentido estricto, o bien directamente antijurídica (vía de hecho), respecto de la cual lo determinante ha sido su reconducción o sometimiento a Derecho.

Esta forma de actividad administrativa ha recibido múltiples denominaciones («material», «técnica», «real», «simple actuación administrativa», «informal») (34). Todas esas nomenclaturas responden a una manifestación común: la actuación fáctica u ordinaria de la Administración, generalmente enmarcada y ordenada a través de la actividad jurídica administrativa en el sentido tradicional, imbricándose, aunque no confundiéndose, con ella (35), permitiendo el desenvolvimiento de la gestión administrativa diaria o su necesario complemento para lograr la ejecución de los actos jurídicos o la prestación de servicios (36).

Puede decirse, por tanto, que este tipo de actividad administrativa no es más que la materialización fáctica y técnica de las atribuciones jurídico-públicas

---

afirma que un objetivo «más modesto» es «dotar de formalidad o tipicidad a concretas actuaciones administrativas, singularizándolas dentro del omnicompreensivo concepto de 'actuación material'». Entre la doctrina española, PAREJO ALFONSO (1991, p. 127 y 128) abogaba tempranamente por «la adecuación a las demandas de la realidad de las formas jurídico-públicas de acción administrativa», considerándola «tanto más necesaria, cuanto que la rigidez de éstas viene propiciando el fenómeno tradicional de la huida hacia el Derecho privado».

(33) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1996, p. 783); PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ (1994, p. 411); STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 574 y 575). Por su parte, SHULZE-FIELTZ (1993, p. 93) afirma que «la actuación administrativa informal se presenta como una normalidad empírica tan inevitable como omnipresente, pues no es posible captar plenamente en reglas jurídicas la infinita diversidad de posibilidad de acción».

(34) En Alemania se aprecia algo similar. No obstante, todos los conceptos manejados se pueden integrar en el concepto clásico de «*Realakt*», el cual ha sufrido una gran expansión para llegar a significar toda medida administrativa que no sea un acto, contrato o norma y que, por tanto, no goce de efectos jurídicos [SCHULTE (1995); en la misma línea, SCHRÖDER (2007, p. 115) o GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1993, p. 246 y ss.)]. Por otro lado, JELLINEK utilizaría el concepto «*schlichte Hoheitverwaltung*» para designar, literalmente, a la «administración de simples actuaciones soberanas», en cuanto formas tradicionalmente consideradas al margen del Derecho. Modernamente la mayoría de la doctrina utiliza el concepto de «*schlichte Verwaltungshandeln*» para designar la misma realidad [SCHULTE, KRAUSE, ROBBERS, SIEMS o REMMERT].

Entre la doctrina italiana, en sentido similar, se alude a «l'attività técnica» de la Administración [ZANOBINI (1958: 19)] o a «l'attività materiale» de la Administración [ALESSI (1978: 299 y ss.)].

(35) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1996, p. 784).

(36) SANTAMARÍA PASTOR (2000, p. 130).

conferidas por el ordenamiento a la Administración. En otras palabras, no se trata de una actuación irrelevante o ajena al mundo jurídico (37). Ahora bien, en la medida en que constituye un tipo de actuación administrativa que se sitúa más allá de las formas administrativas clásicas, puede ser calificada como una actuación administrativa no formalizada.

El ámbito de la actuación material de la Administración engloba una amplia tipología de actuaciones bastante heterogéneas, en muchos casos sin conexión funcional aparente (información, concertación, prestación...) (38); tipos, además, con manifestaciones tan diversas que incluso en algunos supuestos ni siquiera están vinculadas directamente a una actuación jurídico-pública o, en general, a la prestación de un servicio. Dicho de otro modo, el amplio espectro de la actuación material de la Administración incorpora también actuaciones carentes de cualquier formalización (la que aquí hemos denominado como «actuación informal» en sentido estricto), no sólo porque, lógicamente, no respondan a las categorías fundamentales del sistema de actos jurídico-públicos, sino también porque al no manifestarse por relación con un acto, norma o contrato, son ajenas a cualquier procedimiento administrativo, no obstante poder tener relación mediata o indirecta con esas actuaciones formalizadas, como más adelante pondremos de relieve. En otras palabras, la «actuación informal» de la Administración es una forma de manifestación de la acción administrativa que comparten buena parte de los tipos de actuación integrables en el género actuación material (existe

---

(37) Como bien señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1996, p. 782) o STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 575). Al respecto, ya MERKL (2004, p. 226 y 227) criticaba la clasificación entre «actos jurídicos» y «meros actos» de la Administración, precisamente, por la supuesta irrelevancia jurídica atribuida a los segundos. MERKL, condicionado por su concepción del Derecho, afirmaba que no debía admitir que existieran actos de la Administración jurídicamente irrelevantes, pues esa significación jurídica se encontraba, cuanto menos, en la norma de atribución competencial. Añadía, además, que esa apariencia de irrelevancia jurídica está ligada al papel ejecutor de esos actos que, al contrario que los jurídicamente cualificados, no crean Derecho.

(38) Una clasificación de las actuaciones administrativas materiales en STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 579 y ss.), incluyendo la mera gestión administrativa, la ejecución de previas decisiones, la información al público, las declaraciones internas no vinculantes, las inmisiones desde centros administrativos y los convenios informales. Por su parte, SCHRÖDER (2007, p. 115 y 116) distingue entre actuaciones materiales públicas y privadas, actuaciones informativas y meras actuaciones fácticas. Asimismo, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1993, p. 249-251) se realiza una sistematización tipológica, con base en la doctrina alemana, desde la perspectiva de la actividad prestacional.

VELASCO CABALLERO (1998, p. 72) critica la clasificación citada de STOBER y GONZÁLEZ-VARAS (1995, p. 579 y ss.), considerando su ausencia de utilidad, en la medida en que entiende que incluye una adición de fenómenos disconexos. Nos encontramos, así pues, ante dos planteamientos que se repiten en la doctrina: quienes consideran que el concepto de «actuación material» es tan heterogéneo que las pretensiones «formalizadoras» de esta forma de actividad administrativa deberían centrarse en la tipificación de manifestaciones concretas de la actuación material, frente a quienes abogan por la sistematización y categorización del concepto general «actuación material», sin perjuicio de establecer necesariamente consecuencias jurídicas diversas en función del tipo de actuación ante el que nos encontremos.

actuación informal informativa, de concertación...) (39). La ventaja de este planteamiento desde el punto de vista metodológico es importante: la informalidad aparece así como una forma de manifestación más de la actividad administrativa extrapolable a cualquier tipo de actividad material (40).

Metodológicamente, por tanto, el análisis de la actividad material de la Administración debe ser afrontado mediante la construcción de tipos, a partir de la fijación de los rasgos particulares de cada uno de ellos, para así establecer las notas distintivas de esas realidades y perfilar los contornos de figuras más precisas enmarcadas dentro del ámbito definido por el concepto general. La doctrina de los tipos administrativos (41) permite, asimismo, individualizar ámbitos de actividad administrativa en función de la distinta situación en la que se encuentra el ciudadano frente a la Administración entablando relaciones jurídicas variables, sin perjuicio de que en cada tipo la Administración pueda emplear formas características y variables de acción, incluyendo mecanismos informales.

Esta aproximación tipológica es adecuada, además, desde la consideración del Estado como Estado cooperativo, pues desde ambas perspectivas se focaliza

---

(39) STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 577 y 578) consideran que en un ordenamiento en el que rige el principio antiformalista respecto del procedimiento administrativo, «el criterio de la forma no es capaz de generar un tipo específico de actuaciones administrativas», de ahí que las actuaciones informales en sentido estricto formen parte igualmente del concepto general de actuación material.

Es formalista el ordenamiento jurídico en el que para que se produzcan efectos jurídicos es necesario y suficiente llenar ciertas formas, consistentes en el cumplimiento de prácticas o ritos conforme a un modelo determinado [TARELLO (1974, p. 22)]. Desde esta perspectiva, téngase en cuenta que el art. 10 de la Ley Federal alemana de Procedimiento Administrativo dispone, bajo el epígrafe de «Informalidad del procedimiento administrativo», que «el procedimiento administrativo no está sujeto a la utilización de determinadas formas, a no ser que existan preceptos especiales que establezcan una forma de procedimiento» [*traducción del autor*]. Como señala SCHRÖDER (2007, p. 122), este precepto significa que la Administración no está sujeta a la prosecución de un procedimiento específico, salvo que una Ley así lo exija, confiriendo a la Administración una flexibilidad y libertad considerable en la consecución de sus deberes [24 BVerwGE 23 (27)]. Por otro lado, aunque en el ordenamiento español no exista un artículo semejante, cabe deducir conclusiones parecidas, en la medida en que el principio antiformalista no sólo inspiró la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sino también la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, siendo así reconocido por la jurisprudencia. Respecto de la normativa vigente puede decirse lo mismo, como así corrobora la regulación de las actuaciones necesarias para ser considerado interesado, la admisión generalizada de la subsanación de los defectos o errores cometidos (arts. 70 y 71 de la Ley 30/1992), la regulación de las comunicaciones entre órganos administrativos (art. 19.2 de la Ley 30/1992), etc. Algo similar puede decirse que acontece en el ordenamiento italiano, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley 241/1990, de 7 de agosto, de Procedimiento Administrativo [MASUCCI (1997, p. 316 y 317)].

(40) En esta línea, SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 333) o STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 579).

(41) Aplicada, por ejemplo, entre nosotros por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007, p. 91 a 94). Sobre la importancia del «tipo» para la ciencia del Derecho, véase LARENZ (2001, p. 451 y ss.).

la acción administrativa en función de las relaciones jurídico-públicas que se entablan. En definitiva, se otorga pleno protagonismo definitorio al ciudadano, poniendo de relieve cómo la acción administrativa muda en función de los derechos y deberes de los ciudadanos.

Con base en este planteamiento metodológico, y sin ánimo de exhaustividad, cabría formular por ejemplo un tipo administrativo denominado «Administración de concertación, consensual o de intermediación», al igual que un tipo «Administración prestadora» u otro «Administración informadora». Así pues, como primer paso, la generalidad y abstracción del concepto «actuación material» y la correlativa merma de su capacidad para aprehender y describir la plenitud de cada uno de los fenómenos que integra, se compensaría acudiendo al «tipo» como categoría metodológica capaz de resolver esa deficiencia. En segundo lugar, es posible distinguir dentro de cada tipo designado diversas manifestaciones de la acción administrativa, concretamente, en lo que aquí nos interesa, cabría distinguir entre actuaciones procedimentalizadas (a continuación concretaremos el sentido de esta expresión) *versus* actuaciones informales.

No obstante esta conclusión, ello no impide observar que sí existen elementos jurídicos comunes a todo tipo de actuación material administrativa, incluida la estrictamente informal. Así, y sin ánimo de ser reiterativos, toda actividad material de la Administración constituye una actuación no formalizada porque en ningún caso incorpora actuaciones integrables en la trilogía clásica del sistema de actos jurídico-públicos (acto, norma, contrato). Esto significa, obviamente, que no es posible aplicar a estas manifestaciones de la actividad administrativa el régimen jurídico aplicable a aquellas formas jurídicas de actuación, del mismo modo que tampoco son correctas conceptualizaciones forzadas con el objeto de reconducir de forma dudosa y discutible esa actuación material al régimen de una actuación administrativa formalizada.

Cosa distinta es que, en función del grado de «procedimentalización» de la actuación material, esas acciones puramente fácticas tengan reflejo no sólo en el procedimiento administrativo, sino también se plasmen o sean consecuencia de actos jurídico-públicos. Esa «procedimentalización» a la que aludimos, marca el límite entre las actuaciones estrictamente informales y las actuaciones materiales relacionadas con actuaciones formalizadas y, por tanto, parte del *iter* procedimental y/o resultado del correspondiente procedimiento administrativo. En el caso de la actuación consensual de la Administración cabría distinguir, por ejemplo, entre los acuerdos integrados ordinariamente como forma de terminación («convencional») del procedimiento administrativo, así como otros acuerdos previstos por la normativa sectorial que pueden tener lugar a lo largo del procedimiento administrativo, de las acciones de negociación puramente informal que se entablan sin que norma alguna así lo prevea.

Dando un paso adelante, si la actuación material en sí misma considerada no es categorizable como norma, acto o contrato, esto significa, igualmente, que las actuaciones materiales de la Administración carecen, en principio, de

eficacia jurídica imperativa, esto es, no poseen fuerza vinculante por sí mismas (lo que es especialmente evidente en el caso de la actuación informal de la Administración); para ser más exactos, habría que decir que gozan de la eficacia y trascendencia jurídica que corresponde a los actos jurídico-públicos que acojan formalmente el resultado de la acción fáctica administrativa (42), o bien de la que pueda derivarse de los actos jurídicos de los que traigan causa (ejecución forzosa, prestación de servicio...). Esto no es inconveniente para admitir que todas las actuaciones materiales generan, repercuten o influyen en las relaciones jurídicas que entabla la Administración con los ciudadanos mediante sus actuaciones materiales, ya como presupuesto de una actuación formalizada, ya de forma coetánea con aquella decisión, ya como manifestación de la ejecución o prestación de actuaciones formalizadas, ya, incluso, de forma alternativa a éstas (43).

La concepción del Derecho como un instrumento que aporta cauces formales a los fenómenos y a las situaciones de hecho, ya lo adelantábamos páginas atrás, ha fomentado una percepción antijurídica convencionalmente atribuida a este tipo de actuación administrativa (44). Sin embargo, y he aquí otra nota característica

---

(42) O bien, en virtud de la propia naturaleza jurídica que le otorga el ordenamiento jurídico, como sucede en el caso de la terminación convencional que pone fin al procedimiento sustituyendo a la resolución definitiva, en virtud de su condición de acto administrativo necesitado de colaboración.

(43) Como pone de relieve SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 310 y 333), la actuación informal es una alternativa a la actuación formal no exenta de lógicos límites. En este sentido, señala que la teoría de las formas jurídicas ni obliga «a utilizar una determinada forma jurídica» (salvo que las normas prevean expresamente que la Administración debe actuar a través de una forma determinada, en cuyo caso se produce un «bloqueo» a la eventual utilización de cualquier otro medio de actuación), ni «ha llegado a establecer una reserva en el sentido de que sólo pueda actuarse a través de una de esas formas». SHULZE-FIELTZ (1993, p. 97 y 98) diferencia varios sectores de actuación informal en función de la intensidad de la acción del Estado frente a los ciudadanos «en el circuito de lo extrajurídico», considerando desde esta perspectiva que la actuación informal de carácter convencional es una alternativa a la acción regulativa de la Administración. También PAREJO ALFONSO (1991, p. 123) se pronuncia sobre una «cada vez más frecuente intercambiabilidad» a criterio de la Administración de las formas de actuación, «lo que significa, en último término, una relativización o adjetivación de éstas».

En cuanto al recurso alternativo y específico a formas consensuales de actuación, téngase en cuenta que, como señala KREBS (1993, p. 67), «la Administración no está sometida a ningún imperativo jurídico-general de dar preferencia a los contratos administrativos frente a actividades unilaterales soberanas. Más bien deberán ser criterios de discrecionalidad los que influyan en la decisión sobre la utilización de una determinada forma de actuación». En un sentido similar, LÜBBE-WOLF (1993, p. 427 y 428) afirma que «el Derecho medioambiental no conoce un principio de cooperación que exija de la Administración la renuncia a los instrumentos de policía o intervención, siempre que por parte de los afectados se insinúe una disposición cualquiera a soluciones cooperativo-informales. Antes bien, la pretensión de eficacia del Derecho medioambiental excluye un principio de cooperación entendido en tales términos». Asimismo, HOFFMAN-RIEM (1993, p. 51 y 53) afirma que «la creación de consenso no es un valor en sí, sino una de las varias vías para hacer realidad las tareas del Estado».

(44) Por ejemplo, en relación con la actuación informal de la Administración, SALA ARQUER (1992) califica a la actividad administrativa de carácter informal como una vía de hecho. En relación

de la actuación material de la Administración, las actuaciones materiales al no ser indiferentes para el Derecho, no son jurídicamente libres y, por ello mismo, tampoco son necesariamente contrarias al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se subordinen a la Constitución y a los principios del Estado de Derecho y, lógicamente, a las normas y principios generales del Derecho Administrativo (45). De forma general puede decirse que ese nivel de exigencia jurídica se reduce por un motivo general, condicionado por otro de carácter escalar: 1º) El motivo general tiene que ver con que estamos ante actuaciones que *a priori* y de forma autónoma carecen de naturaleza jurídica vinculante; y 2º) Esa flexibilidad general se condiciona escalarmente en función del grado de «procedimentalización» que predetermine la actuación material (actuación material en el seno de un procedimiento *versus* actuación informal en sentido estricto).

Esta conclusión contribuye consecuentemente a matizar el grado de vinculación de la Administración a la Ley (vinculación positiva *versus* vinculación negativa), ya que no se puede olvidar que no todas las actuaciones materiales son reconocidas expresamente por normas jurídicas determinadas que apoderan a actuar materialmente de un modo determinado (el caso prototípico sería la «actuación informal»). Ahora bien, la flexibilidad a la que las nuevas formas de actuación de la Administración aboca, no puede suponer que las actuaciones materiales no deban tener al menos una vinculación mínima con la Ley como forma de legitimación mínima de la acción administrativa que justifique, al menos, el ejercicio de esas competencias y que lo reconduzcan al cumplimiento de los fines públicos que competen a la Administración, algo que, obviamente, ha de ser igualmente exigido cuando la Administración actúa materialmente. Sobre todo ello volveremos más adelante.

## **2. La concertación con la Administración: de la procedimentalización a la informalidad**

La concertación con la Administración es un fenómeno de especial relevancia dentro de la actuación administrativa material. En cuanto tipo de actuación administrativa, la concertación administrativa integra una amplia serie de manifestaciones con regímenes jurídicos variables en función del grado de «procedimentalización» de esa actuación.

---

con los convenios urbanísticos, llegaba a una conclusión igualmente crítica PÉREZ MORENO (1989, p. 100 y 101). Un análisis superador del prejuicio que equipara actuación administrativa informal con actuación administrativa ilegal en SHULZE-FIEUTZ (1993, p. 90 y ss.).

(45) STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 583) señalan que las actuaciones materiales no están al margen del Derecho, sino que son «actuación en Derecho», sometidas a las condiciones generales de legalidad que rigen para la actividad de la Administración pública: «la Administración puede aprovechar los márgenes o espacios que deja el ordenamiento jurídico a su favor —de modo discrecional— para la realización de sus actuaciones». Igualmente, SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 332) o MORELL OCAÑA (1997, p. 362).



Es precisamente desde la estricta perspectiva del procedimiento administrativo, donde la participación y la colaboración de los ciudadanos en la formación de la decisión administrativa ponen de relieve la superación de la funcionalidad instrumental tradicional del procedimiento administrativo (46) como vehículo para garantizar decisiones administrativas sujetas a Derecho, para concebirlo, además, como mecanismo articulador de la participación y de la ponderación de intereses con el fin de lograr la aceptación consensuada de las decisiones administrativas (47). Desde esta perspectiva, la decisión administrativa que pone fin al procedimiento se manifiesta como el resultado del diálogo y la negociación entre la Administración y los interesados (48). Los instrumentos de colaboración y cooperación, expresión del consenso y del acuerdo entre las partes, se alzan como alternativa a la terminación unilateral e imperativa del procedimiento administrativo (49), allí, sobre todo, donde la Administración ejerce facultades

---

(46) Sobre esta cuestión véanse las reflexiones de SCHWARZE (2006, p. 1175 y ss.) o NEHL (1999, p. 20 y ss.) mantenidas desde la perspectiva del proceso de europeización del Derecho Administrativo, mostrando tendencias similares en toda Europa.

(47) Como pone de manifiesto HOFFMAN-RIEM (1993, p. 40 y ss.), el acuerdo y el consenso, la aceptación de la decisión en definitiva, entendidos como ejes de la superación de la Administración imperativa, implican necesariamente aceptar que el Derecho Administrativo debe actuar como un estímulo para la autodirección de la sociedad y donde, por tanto, la cooperación de los afectados se muestra imprescindible. En España, en esa dirección FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1988, p. 110). Sobre esta temática, véase al respecto BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 336 y ss.) y NEHL (1999, p. 20 y ss.).

(48) Sobre la aceptación a través del procedimiento administrativo, véase WÜRTEMBERGER (1993, p. 313 y ss.). BARNÉS VÁZQUEZ (2008, p. 316 y 317) habla igualmente de la «idea de cooperación» y de que ésta es susceptible de proyectarse sobre todas las fases del procedimiento. Con anterioridad en una línea similar, PAREJO ALFONSO (1991, p. 122).

En España, siguiendo la estela de Alemania e Italia, la formalización de la figura del acuerdo en el seno del procedimiento administrativo se regula en el art. 88 de la Ley 30/1992 como forma específica de terminación del procedimiento. Con anterioridad, el art. 54 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo, de 25 de mayo de 1976, ya establecía que, en lugar de dictar un acto, la Administración podía «celebrar un contrato de Derecho público con aquella persona a la que de otro modo dirigiría el acto administrativo» (*traducción del autor*). A partir de este precedente, el art. 11.1 de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, de Procedimiento Administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativo, dispuso igualmente que la Administración podía alcanzar acuerdos con los interesados con el fin de determinar el contenido discrecional de la resolución final o, en los casos previstos por las Leyes, en sustitución de aquella.

En el caso español, el art. 88 Ley 30/1992 constituye un mecanismo para lograr una finalidad variable: o bien articular el consenso (vinculante o no) dentro del procedimiento administrativo para la formulación de cláusulas accesorias de los actos administrativos, o bien formalizar convenios sustitutivos de actos administrativos que concluyan por sí mismos el procedimiento administrativo. En este caso, el contenido del acuerdo, pacto o convenio depende de la instrumentación y la eficacia del acuerdo en el seno del procedimiento administrativo, cuya naturaleza jurídica es la de un acto necesitado de colaboración [GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y otros (2001, p. 164-167), MENÉNDEZ REXACH (1993), VELASCO CABALLERO (1996, p. 310-315), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997, p. 139 y 140)].

(49) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002, p. 676) llegan a esta conclusión en el marco expositivo de los convenios celebrados por la Administración: «Todo el sentido y toda la

discrecionales y afronta decisiones complejas. Esta perspectiva coloca al procedimiento administrativo como mecanismo de garantía de los derechos e intereses particulares y colectivos de modo que, aparte de instrumento articulado para lograr la eficacia, es al mismo tiempo vía idónea de evitación del conflicto, en la medida en que el procedimiento se alza como mecanismo para lograr decisiones ponderadas que satisfagan los derechos e intereses afectados (50).

Sin perjuicio de la «procedimentalización» de la toma de decisiones consensuada o negociada, lo cierto es que la Administración sigue celebrando acuerdos de manera ajena al procedimiento administrativo (51). De hecho, la

---

intención de las técnicas negociales que, un tanto vagamente, puso en circulación la planificación económica, se encuentra justamente en el deseo de abrir nuevos márgenes negociales a la Administración que permiten a ésta conseguir por vía de pacto nuevas adhesiones y colaboraciones voluntariamente prestadas. En el fondo de este deseo late una intuición válida, que tiene su origen en una constatación igualmente exacta: la extraordinaria rigidez de un ordenamiento construido a la medida de una Administración que manda y se impone. Esta rigidez no se ha sentido como una carga en tanto que la Administración ha reducido su actividad a la salvaguarda del orden público y al sostenimiento de unos pocos servicios públicos, de acuerdo con los más puros planteamientos del liberalismo del pasado siglo. Hoy, en cambio, una vez rotas las antiguas barreras entre el Estado y la Sociedad y asumida por la Administración la tarea de conformar un orden social más justo, esa rigidez constituye una grave limitación. Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz cuando se trata de imponer el orden y de asegurar el respeto a la Ley, es insuficiente, sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración».

Sobre esta materia, véase el magnífico trabajo de DE PALMA DEL TESO (2000). En relación con esta cuestión, en el ámbito del medio ambiente, puede consultarse ALONSO GARCÍA (1989, p. 49 y ss.); SÁNCHEZ SÁEZ (2004a); SÁNCHEZ SÁEZ (2004b, p. 279 y ss.); AGUDO GONZÁLEZ (2004b, p. 325 y ss.). El fenómeno de la concertación con la Administración ha sido también ampliamente analizado en Italia por FERRARA (1985 y 1993).

(50) En la misma línea, PONCE SOLÉ (2010, p. 141) o BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 349 y ss.). En el fondo este planteamiento se encamina a lo que en EE.UU. se ha denominado como «deliberación», para hacer referencia a uno de los criterios directrices que cronológicamente han gobernado los procedimientos de las Agencias americanas, concretamente, de aprobación de normas, en virtud de la especial relevancia que estos procedimientos poseen en el sistema americano. Este concepto implicaría que la toma de decisiones se fundamente en los mejores datos y en la consideración de la posición de todos los posibles afectados o interesados [SHAPIRO (2002, p. 16 y ss.)].

(51) En España es interesante alguna reflexión realizada pocos años después de la aprobación de la Ley 30/1992 en relación con el previsible éxito del citado art. 88 de la Ley. GÓMEZ-FERRER MORANT (1997, p. 168) afirmaba a este respecto la operatividad y funcionalidad de la terminación convencional, pero especificaba que la realidad demostraba que las negociaciones seguían funcionando al margen de la Ley. Ello puede deberse, aparte de la mayor flexibilidad que otorga la informalidad, por los no desdeñables requisitos que impone el mencionado precepto. En Italia, en una línea similar se pronuncian VANELLI (1997, p. 37) o MASUCCI (1997, p. 317). En este país, parte de la doctrina ha considerado que los fines de transparencia y seguridad jurídica inherentes a la regulación legal de 1990 antes citada, acerca de la actividad comercial en el procedimiento administrativo, debería conllevar la ilegitimidad de los acuerdos informales [D'AURIA (1998, p. 212) y AICARDI (1997, p. 8 y ss.)].

Administración muestra una tendencia cada vez mayor a cooperaciones informales que aunque se mueven en ámbitos «extrajurídicos» (en el sentido de que no sólo no están formalizados y procedimentalizados, sino que simplemente no están regulados), no merecen una reacción jurídica desde la perspectiva de su eventual antijuridicidad y consecuente prohibición. Muy al contrario, estas actuaciones no tienen por finalidad necesariamente sortear el cumplimiento del Derecho (dejando a un lado, obviamente, las desviaciones patológicas de la práctica administrativa). La consideración bastante generalizada de la concertación informal desde la perspectiva de su eventual antijuridicidad, debe entenderse como un reflejo de la inadaptación de los ordenamientos jurídicos a prácticas flexibles de autodirección que aporten mayor eficiencia y eficacia, legitimadas adicionalmente por la participación de los interesados, así como por el mejor cumplimiento de los intereses generales (52).

### **III. LA CONCERTACIÓN INFORMAL ADMINISTRATIVA, LA TEORÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PÚBLICAS Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

#### **1. Análisis con base en la teoría de las relaciones jurídico-públicas...**

La insuficiencia de la doctrina de las formas jurídicas para aprehender dogmáticamente la actuación material de la Administración en general, y la actuación informal de la Administración en particular, reclama, en coherencia con la noción de Estado cooperativo, una complementación analítica que en parte ha de fundamentarse en la doctrina de las relaciones jurídico-públicas (53).

---

(52) PAREJO ALFONSO (1991, p. 123) afirma, en este sentido, que la acción informal descansa en la posibilidad de la mejor, más rápida o más efectiva consecución del interés general obviando la lógica y la economía de la actuación administrativa formalizada. Más allá de la pura eficacia de la acción administrativa, MAURER (2011, p. 419) justifica la admisibilidad de los acuerdos informales con base en la jurisprudencia constitucional que deriva del deber de la Administración de dar audiencia, reclamando la obligación de discusión de los puntos de vista relevantes, esto es, yendo más allá de una mera «audición». Igualmente, con base en el principio de instrucción, considera que obliga a la Administración a examinar los hechos, algo que a menudo sólo es posible con ayuda del afectado. Por último, también justifica la admisibilidad de los acuerdos informales en el deber de adoptar decisiones óptimas que consideren adecuadamente los intereses generales y los particulares.

(53) Mantienen la misma conclusión BAUER (1993, p. 148), SCHULTE (1993, p. 117) y SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 313 ó 337). Como señala BAUER (1993, p. 153 y 154), entre las relaciones jurídicas y las formas de actuación administrativas no hay contradicción alguna, sino que «ambas están recíprocamente referidas en términos de complementariedad». Del mismo modo, añade, que «el conjunto de relaciones jurídico-administrativas no es organizable exclusivamente a través de la concepción tradicional de las formas de actuación». Escéptico sobre el peso que parte de la doctrina alemana viene confiriendo al instituto de las relaciones jurídico-públicas, se muestra, sin embargo, MAURER (2011, p. 206 y 207).

La teoría de las relaciones jurídico-públicas tiene la ventaja, frente a la teoría de las formas jurídicas, de ofrecer una flexibilidad que permite acoger nuevas dinámicas jurídicas.

La consideración en primer plano de las relaciones jurídico-administrativas potencia el interés por todo tipo de actuación administrativa: con independencia de la forma de actuación administrativa, cualquier actuación de la Administración permite entablar una relación jurídica. A estos efectos, la idea de la «concreción» es muy útil, ya que permite entender que las distintas formas de actuación administrativa son «simples formas de concreción de una relación jurídica» (54). Esto también permite entender que las relaciones jurídicas que entabla la Administración son variables y dependen del tipo de actuación llevada a cabo.

Desde esta perspectiva, el interés de este análisis se encuentra en revelar tipos de relaciones jurídicas que, en virtud de su constitución, objeto y configuración, estén sujetas a reglas jurídicas que permitan un «manejo» dogmático correlativo con el tipo «actuación administrativa de concertación». Este punto de arranque facilita la comprensión de relaciones que, más allá de las clásicas relaciones de intervención, comprenden relaciones prestacionales y relaciones cooperativas (55).

Las relaciones jurídico-administrativas, como ya hemos avanzado, no sólo nacen como consecuencia de actos unilaterales o contratos, sino también pueden derivarse de «contactos» especialmente intensos que lleva a cabo la Administración con algunos particulares. Esa relación especialmente intensa se conforma, por regla general, como la antesala de una relación jurídico-administrativa formal en el sentido ya comentado páginas atrás. En esos supuestos, las Administraciones se relacionan con los particulares en términos tendencialmente igualitarios a través de fórmulas cooperativas y consensuales (56). Esa relación igualitaria permite distinguir este tipo de relación jurídica dentro del marco complejo de las relaciones que entablan las Administraciones públicas, por correspondencia con el tipo de actuación administrativa del que son resultado. De hecho, esa igualdad no es definitoria, ni permite abarcar todas las manifestaciones de la relación jurídico-administrativa en virtud de la muy distinta finalidad de las acciones administrativas.

Los iuspublicistas hemos centrado la atención del análisis de las relaciones jurídico-públicas en la subordinación del individuo frente al poder de la Administración (Otto MAYER o Georg JELLINEK); en otras palabras, la relación Estado-ciudadano ha sido considerada como una relación de poder y de sublimación del ciudadano. Sin embargo, bajo la vigencia de las Constituciones modernas no cabe entender que los particulares puedan ser considerados como meros súbditos.

---

(54) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1996, p. 656).

(55) BAUER (1993, p. 148).

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA (1989, p. 440).

tos que entablan relaciones jurídicas con un rango inferior a la Administración. La noción clásica de relación jurídico-pública, en primer lugar, debe matizarse porque en el orden jurídico-constitucional, Estado y ciudadano están sometidos al Derecho. En segundo lugar, esta afirmación se ha de complementar con la posición subjetiva del ciudadano en sus relaciones con la Administración, lo que ha permitido reformular la categoría de las relaciones jurídico-públicas desde una perspectiva igualadora, donde el administrado adquiere la naturaleza de ciudadano con base en los derechos fundamentales de los que es titular y en el principio *favor libertatis* (57).

Desde este punto de vista, se podría llegar a afirmar que cada vez con mayor evidencia la estructura de las relaciones jurídicas, ya sean privadas o de Derecho público, es más cercana, respondiendo adecuadamente a la correlatividad entre situaciones jurídicas activas y pasivas (58). Sin embargo, no puede admitirse que el Estado y los ciudadanos entablen, siempre y en todo caso, relaciones jurídicas en estricta relación de igualdad, pues tal concepción no explicaría de forma útil las necesidades de actuación administrativa que puede

---

(57) En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA (1989, p. 54 y 55), estos dos datos constituyen los elementos de inversión de las relaciones jurídicas Administración-administrados. En su opinión, la primacía de los derechos fundamentales provoca un cambio radical de la concepción tradicional de superioridad en las relaciones de los administrados con la Administración: «Toda la tradición era la de la superioridad de la Administración por una razón posicional que derivaba en una suerte de superioridad cuantitativa, podemos decir: la Administración sería el titular de un interés general, el ciudadano sería el titular de un interés particular. Lo general prima siempre sobre lo particular y lo particular cede ante lo general». Esta concepción tradicional se ve subvertida por la superioridad de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico: «... antes que examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del que el ciudadano intenta hacer valer habrá que examinar su posición jurídica como titular de derechos fundamentales, porque si resulta que es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos deberán ceder a la primacía de aquéllos».

A ello habría que añadir, como señala RIVERO (1978, p. 145 y ss.), que a partir de que la Administración debe encargarse de la provisión de prestaciones individualizadas, el estatuto del particular en las relaciones que entabla con la Administración se transforma: «Era un administrado sometido a la autoridad de los agentes públicos; se transforma en usuario. Entre el servicio y él se establece una relación sinalagmática: es acreedor de la prestación, deudor del beneficio correspondiente».

(58) Como regla general las relaciones jurídico-públicas no han abandonado la estructura básica de las relaciones jurídico-privadas, esto es, la correlación entre sujetos activos titulares de derechos y sujetos pasivos obligados a hacer o no hacer algo en favor del primero. Siguiendo la definición clásica de Walter JELLINEK, la relación jurídica se concibe de un modo estricto, esto es, como una «relación establecida entre dos sujetos de Derecho, por lo menos, en virtud de la cual uno de ellos debe o puede hacer u omitir algo respecto de otro». Del mismo modo, a pesar de que se afirme que la relación jurídico-pública sólo tiene semejanzas superficiales con la relación privada [FORSTHOFF (1958, p. 263 y ss.)], buena parte de la doctrina concluye manteniendo que las relaciones jurídico-públicas son derechos y deberes correlativos: ROYO VILLANOVA (1946, p. 81, en nota 99); GUASP (1971, p. 80); GARCÍA-TREVUJANO FOS (1974, p. 501 y ss.); GARRIDO FALLA (1987, p. 345 y 346); ENTRENA CUESTA (1998, p. 153-155); GONZÁLEZ NAVARRO (1987, p. 537).

demandar la comunidad. En este sentido, los poderes públicos están investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente las obligaciones que deban atenderse por parte de los ciudadanos y, además, están obligados a garantizar el cumplimiento del Derecho. Ambas consideraciones, como regla general, no se alcanzan por la vía de la igualdad (59), sino de la coercibilidad y de la unilateralidad (60).

Aparte de la identificación de tipos de relaciones jurídicas vinculables con tipos de actuación administrativa (relaciones igualitarias y actividad de concertación; relaciones de subordinación y actividad de intervención...), el análisis de la actividad material de la Administración, desde la doctrina de la relación jurídico-pública, permite alcanzar una conclusión especialmente relevante y compatible con la visión del Estado cooperativo a la que ya hemos aludido: consolida la posición subjetiva del ciudadano en sus relaciones con la Administración, revalorizando así el lugar que ocupa en el seno del Derecho Administrativo y subrayando no sólo los momentos obligacionales de la relación, sino también las situaciones jurídico-activas nacidas más allá incluso de una pura relación recíproca. En otras palabras, la consideración primaria de la relación jurídica implica una concepción subjetiva del Derecho Administrativo que ha de tener su lógico reflejo procesal, pero también extraprocesal («informal»).

La teoría de la relación jurídica supera igualmente las limitaciones de la teoría de las formas jurídicas tanto para explicar dogmáticamente las actuaciones cooperativas o participativas del ciudadano, como para abarcar las relaciones jurídicas plurales. En definitiva, la tradicional relación bilateral Estado-ciudadano se amplía a relaciones en muchas ocasiones multilaterales, incorporando las

---

(59) El ciudadano puede ser considerado, por tanto, como titular de derechos que le sitúan en una posición jurídicamente no inferior a los poderes públicos, pero lógicamente distinta (el particular como titular de derechos y la Administración facultado por las competencias que el ordenamiento le atribuye), cuando la relación jurídico-pública se entabla con respeto del orden jurídico establecido. En estos casos, el Derecho vincula de igual manera a particulares y poderes públicos. Ahora bien, cuando los poderes públicos ejercen sus competencias de forma innovativa, o bien cuando el particular viola el ordenamiento jurídico, la relación jurídico-pública manifiesta la superioridad del poder de imperio que caracteriza a las potestades públicas. En el primer caso, porque la función vicaria de los intereses generales que define a los poderes públicos sólo puede cumplirse con el ejercicio de las competencias conferidas normativamente, sin perjuicio de que ello pueda afectar a los derechos de los particulares. En estos casos, la relación jurídica es claramente asimétrica en relación con las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la normativa derogada (no así necesariamente para las nuevas relaciones jurídicas). Pero, sobre todo, es en el segundo supuesto en el que se manifiesta la preeminencia del poder público, en la medida en que la Administración puede imponer el cumplimiento de la Ley por vías ajenas a las jurisdiccionales y recurriendo a las prerrogativas de autotutela que el ordenamiento confiere a la Administración. En otras palabras, las relaciones jurídico-administrativas son variables en función del tipo de actuación administrativa de que se trate.

(60) En este sentido, SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 20-22). PAREJO ALFONSO (1991, p. 25) afirma también que frente a la clásica concepción subordinada del administrado en el marco de las relaciones jurídico-públicas, «la consistencia y la fuerza de las respectivas posiciones varían y son distintas hoy, según los ámbitos sustantivos, los terrenos en los que se materialice en cada caso la relación».

posiciones jurídicas de terceros afectados. Por esta razón, debido a la relevancia de cada uno de los sujetos en el seno de las relaciones de Derecho público, las relaciones que se entablan en el marco de la concertación administrativa informal plantean el problema de su eventual transformación de situaciones reales multipolares en sistemas bipolares o trilatelares de negociación (61).

Este problema nos permite reflexionar acerca de los criterios sobre los que se debe fundamentar la actuación informal de la Administración. Dicho de otro modo, tomando como ejemplo la participación de terceros, es evidente que para la salvaguarda de sus intereses y derechos podríamos considerar su participación como un presupuesto de legalidad de los acuerdos informales mantenidos por la Administración. Hasta qué punto esto es así, es algo que sólo puede responderse con base en los principios que de forma transversal engarzan y dan complitud al ordenamiento jurídico (sistema interno), no sólo en lo que atañe a la propia actividad administrativa, sino también en virtud de los valores, principios y derechos fundamentales, que fundamentan y legitiman la adaptabilidad de las categorías e instituciones que conforman el sistema conceptual externo (62). Dicho de otro modo, y para ajustarlo a nuestro ejemplo, la cuestión a afrontar es si esos valores, principios y derechos constitucionales permiten modular todas las relaciones jurídico-administrativas para dar cabida a terceros afectados (una

---

(61) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 336 y 337), comentando la doctrina del Tribunal Federal Alemán *Flachglasurteil*, señala que esta sentencia recurre a la teoría de las relaciones jurídico-administrativas y a elementos constructivos de la teoría de las formas y procedimientos, generando un contexto de análisis de los peligros de la actuación consensual informal para los principios del Estado de Derecho. En relación con la teoría de las relaciones jurídico-administrativas, el autor considera que el riesgo se encuentra en los intereses de terceros que puedan no formar parte del acuerdo, de ahí la importancia tanto de la información o documentación de la negociación previa, como la ampliación de las posibilidades de participación en la fase preliminar de concertación. Por otro lado, como señala HOFFMAN-RIEM (1993, p. 60), los requisitos de legalidad desarrollados por la jurisprudencia alemana se adecúan al control jurisdiccional de los vicios, pero poco añaden para «el gobierno optimizador del comportamiento de la Administración». Así, afirma que aun cuando el resultado alcanzado en el acuerdo se mueva dentro de los márgenes jurídicos marcados por la *Flachglasurteil*, ha de asegurarse que tales vicios no pierden su relevancia jurídica si, por ejemplo, se produce una exclusión de sujetos o grupos interesados en la previa negociación que, en el marco del control de la fundamentación de la posterior decisión formal, no pudiera reflejar un defecto de ponderación.

La mayoría de la doctrina alemana centra sus preocupaciones en la desatención de los intereses de tercero que no tienen la posibilidad de «ejercer su influencia» [SHULZE-FIELTZ (1993, p. 99) o LÜBBE-WOLF (1993, p. 411)]. Tempranamente puso de relieve esos mismos problemas en España SÁNCHEZ BLANCO (1986, p. 139 y ss.), manifestando la «exclusivización» de la representación institucional en las negociaciones tripartitas (sindicatos-patronal-Ministerio) en el seno de la concertación económico-social. En el seno de la Unión Europea, problemas similares, aparte de la ausencia de publicidad, llevaron al Tribunal de Justicia a otorgar efectos jurídicos limitados a las «conformt letters» dictadas en materia de Derecho de la competencia [SSTJCE C-253/78, *Procureur de la République et al. v. Giry, Guerlain et al.*; C-37/79, *Marly v. Lauder*; C-99/79, *Lancome v. Etos*; C-31/80, *L'Oreal v. De Nieuwe Amck*].

(62) Sobre las nociones de sistema externo y sistema interno, véase LARENZ (2001) o CANARIS (1998).

suerte de «multilateralización» de las relaciones jurídico-públicas), incluso cuando la Administración actúe informalmente, derivándose de ello obligaciones de actuación imponibles a las Administraciones.

## **2. ... y su conexión con la teoría del procedimiento administrativo**

El planteamiento precedente permite conectar nuestras reflexiones con la aplicación de la teoría del procedimiento administrativo. La vía de articulación de las exigencias derivadas de la consideración de relaciones jurídicas complejas en el seno de las negociaciones con la Administración, debe fundamentarse en la identificación de principios constitucionales de los que puedan derivarse criterios funcionalmente equivalentes a los propios de los procedimientos administrativos imponibles a cualquier tipo de actuación administrativa. No se trata tanto de una aplicación extensiva de las Leyes de procedimiento administrativo, lo que podría resultar un contrasentido hablando de actuación informal, como de buscar la conexión que los principios generales del procedimiento tienen como expresión o concreción de los principios generales y constitucionales que rigen toda acción administrativa.

En otras palabras, se trata de identificar los criterios reguladores de todos los «modos de proceder» de la Administración, no sólo válidos para la actuación procedimentalizada de la Administración, sino también de la actuación administrativa material informal, pues no se puede desconocer que también en estos casos la Administración sigue un proceso de acción. Proceso de acción que, obviamente, no se articularía en tales casos a través de un procedimiento secuencial en el sentido clásico, pero que necesariamente debe someterse a pautas de actuación que están predeterminadas por la función constitucional de la Administración. Procesos que, no es preciso decirlo, no han sido considerados por las Leyes de procedimiento administrativo porque su lógica original no cubría estas otras formas de acción administrativa (63), pero que es preciso encauzar con base en aquellos principios constitucionales, para salvaguardar los derechos e intereses afectados, así como la corrección de la solución alcanzada, garantizando así su posterior eficacia (64).

---

(63) Esa disonancia entre Ley procesal administrativa y realidad administrativa fue puesta de relieve tempranamente por SÁNCHEZ BLANCO (1986, p. 139-148), quien en el marco de las negociaciones tripartitas (sindicatos-patronal-Ministerio) en el seno de la concertación económico-social, señalaba cómo, a pesar de que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 encauzaba la participación de aquellas organizaciones a través del trámite de audiencia [en consonancia con el art. 105.a) de la Constitución], las disposiciones generales aprobadas en aquel campo eran el resultado de acuerdos previos en los que la Administración, en muchos casos, actuaba como moderadora del debate entre las otras dos partes.

(64) No se trata de «formalizar la actividad informal» mediante la aplicación análoga del procedimiento administrativo, sino de establecer límites de esa naturaleza a la acción administrativa [MAURER (2011, p. 420)]. En la misma línea, GROMITSARIS (2007, p. 270) y LE SUEUR (2007, p. 252).



La aplicación extensiva de los principios del procedimiento administrativo a actuaciones que por definición son extraprocesales por la informalidad que les caracteriza, se podría fundamentar en la aplicación a toda actuación administrativa de principios sobre gobernanza con trascendencia procesal tales como los principios de responsabilidad, coherencia, transparencia y participación. Ahora bien, no se puede desconocer que esos principios constituyen conceptos clave («*keyterms*») que son la traducción sociológica, evolucionada y adaptada de los principios constitucionales que rigen la acción administrativa. Principios constitucionales tales como el de racionalidad (art. 9.3 de la Constitución), igualdad (art. 14), eficacia y objetividad (art. 103.1), que se han asociado en buena lógica a la actuación procedimentalizada de la Administración (el deber de buena administración) (65), pero que superan esa percepción del procedimiento administrativo para extenderse de forma renovada a toda actuación administrativa (66).

Esto significa que los principios constitucionales, reforzados por los principios sobre gobernanza, no sólo inspiran una evolución hacia una nueva generación de procedimientos administrativos (67), sino también la expansión aplicativa de criterios de actuación generales a la actuación administrativa toda. Esto es evidente, pues cuando la Constitución establece aquellos principios no distingue tipos de actuación administrativa, de modo que todos ellos están sujetos a aquellos principios. Esto es igualmente obvio, porque si la actuación informal no debiera someterse a tales principios, estaría plenamente justificada la apreciación tópica acerca de su antijuridicidad. Desde este punto de vista, en la medida en que los principios constitucionales no impiden el recurso a mecanismos de dirección diversos, incluidos los de tipo cooperativo (de hecho, reforzados por una interpretación adaptativa desde los parámetros de la nueva gobernanza), ello significa que también esas formas de actuación deben respetar los arts. 9.3, 14 y 103.1 de la Constitución, del mismo modo que los derechos fundamentales. Esto es una obviedad.

Aunque no puede decirse que de la Constitución emane un modelo único de procedimiento administrativo (esto es más una cuestión de política legislativa, en función del tipo de actuación administrativa), sí que es cierto que del texto constitucional se derivan consecuencias de aplicación general tales como la imparcialidad, neutralidad e independencia del proceder administrativo, la

---

(65) Sobre esta materia, los magníficos trabajos de PONCE SOLÉ (2001 y 2010) en relación con la deducción de los deberes de buena administración directamente de los preceptos constitucionales.

(66) El sometimiento a los principios y derechos fundamentales de toda actividad administrativa es igualmente asumido en Alemania [SCHRÖDER (2007, p. 116); SCHMIDT-ASSMANN (2008, p. 51 y ss.)]. La jurisprudencia alemana insiste en esta conclusión, afirmando la necesaria consideración de los principios de proporcionalidad, igualdad y legalidad [87 BVerwGE 37 (42) y 82 BVerwGE 76 (80)].

(67) Sobre la evolución del procedimiento administrativo, véase BARNÉS VÁZQUEZ (2010).

salvaguarda de la ponderación de intereses en juego para evitar la desconsideración de personas o grupos con intereses afectados, o bien para garantizar la calidad de la información considerada en la toma de decisiones, concreciones todas ellas de principios constitucionales como los de objetividad, eficacia e igualdad (68).

En otras palabras, recuperando la idea de análisis de la actuación informal bajo el paraguas de la teoría de las relaciones jurídico-públicas, cabría ratificar que analizar la concertación informal desde esta perspectiva, sirve efectivamente para fortalecer la posición de los sujetos y grupos afectados al amparo de los principios constitucionales citados. Así, un mandato de optimización del principio de «igualdad de armas» en derechos y deberes concretos se trasladaría igualmente a este tipo de relaciones (69), de donde cabría imputar a la Administración el deber de cumplir con «obligaciones administrativas accesorias» que nacerían a favor de los terceros afectados o interesados aun cuando no fueran parte en las negociaciones.

No se trata, insistimos, de formalizar o procedimentalizar las acciones informales, pues en tal caso la informalidad alumbraría finalmente de otro modo (70), sino de establecer límites que gobiernen la acción informal de la Administración; límites que reflejen por qué no es una actividad ajena al Derecho y, por ello, no necesariamente antijurídica. Límites que, finalmente, deberán someterse al principio de proporcionalidad y al principio de no discriminación (considerando el tipo de acción administrativa, la trascendencia de la decisión y su complejidad, la necesidad de obtener información y consultar a distintos grupos de interesados, la importancia de los intereses en juego...), pues de otro modo estas formas de actuación informal podrían perder su espontaneidad y mayor eficacia.

Desde este punto de vista, los principios constitucionales que rigen la actividad de la Administración, que como hemos visto exigen un entendimiento flexible de las relaciones jurídico-públicas y de la salvaguarda de los derechos e intereses de los afectados, tampoco pueden imponer la participación a toda costa. Por esta razón, el principio de proporcionalidad exigiría que cuando un concreto procedimiento de negociación no permita que determinados sujetos o grupos interesados participen activamente haciendo valer sus derechos e intereses (por motivos de eficiencia en la toma de decisiones), quepa, sin embargo, imponer obligaciones mínimas (accesorias) a la Administración que podrían cifrarse en

---

(68) En una línea similar, BARNÉS VÁZQUEZ (2006, p. 320 y 321).

(69) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 316 y 375 y 376) en términos similares.

(70) Igualmente, MAURER (2011, p. 420). Por su parte, SHULZE-FIELTZ (1993, p. 104) considera que la aplicación de los principios del procedimiento administrativo a la actuación informal de la Administración choca con claros límites, pues «en la práctica sólo se consigue que las componendas informales pasen a celebrarse en otras fases, ya sean anteriores, ya posteriores». Por este motivo, el autor aboga por otras formas de control interno de la Administración.

el deber de informar a esas personas del estado de las negociaciones y de sus resultados (71).

Un segundo límite en términos de proporcionalidad y de igualdad atiende al número de sujetos y grupos a los que debería dirigirse la Administración en cumplimiento de tales «obligaciones accesorias» derivadas de los principios constitucionales. Es evidente que su aplicación extensiva plantea un problema no sólo de eficacia, sino también de eficiencia de la actuación administrativa. El gran problema es dónde se halla la línea distintiva entre los sujetos intervinientes en la negociación, los sujetos y grupos potencialmente afectados e interesados a los que se debe informar, tratar de involucrar en la concertación, etc., y las constelaciones de sujetos y grupos que sólo eventualmente pueden considerarse afectados y cuya magnitud puede desbordar cualquier acción eficiente. No hace falta decir que esta disyuntiva está en la base de las críticas que tradicionalmente se han expresado en contra de la participación en los procedimientos administrativos y a favor de la simplificación en el *iter* procesal. No obstante, se ha de contrarrestar esa crítica con una necesaria aplicación de aquellas «obligaciones administrativas accesorias» con base en parámetros de proporcionalidad y de no discriminación (72) que, por ejemplo, podrían utilizar como referente la distinción entre las nociones de «interesado» y de «público» que maneja la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (73).

Como conclusión a esta cuestión, debe expresarse una petición de principio, cuya eficacia y salvaguarda está, sin embargo, matizada por diversos factores. La afirmación a formular a modo de principio es que toda actuación

---

(71) En términos parecidos, STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 587).

(72) PÉREZ MORENO (1989, p. 126 y ss.) llega a conclusiones similares predicadas como criterio ordenador para la acción del legislador a los efectos de otorgar la función que la Constitución confiere a la participación. No obstante, los mandatos constitucionales son aplicables a todo tipo de actuación administrativa, lo que permite aquí extrapolar aquellas tempranas reflexiones también a la actuación informal de la Administración. En concreto, el autor señalaba que con base en el principio de proporcionalidad cabría deducir un principio de congruencia participativa que, sin poder soslayar la participación ciudadana, condicionaría la participación en virtud de la objetividad del fin y el principio de eficacia de la Administración.

(73) Del mismo modo que en los procedimientos administrativos, con esta conclusión se corre el riesgo de caer en problemas ya conocidos relativos al control «elitista» de la participación y a la instrumentalización estratégica de la misma (obstruccionismo). La restricción de la participación debe tener como límite la imposibilidad de restringir irrazonablemente los derechos e intereses de terceros a lo largo de las negociaciones. La solución no es simple, ni puede ser unívoca: nos remite a una imprescindible ponderación entre la necesaria eficacia de la acción administrativa y la salvaguarda de los derechos e intereses de terceros. En cualquier caso, éste es ya un viejo dilema entre eficacia y protección de derechos, que fue resuelto por SCHARPF hace ya tres décadas, al demostrar que los costes políticos del Estado de Derecho exigen otorgar un lugar preminente a la protección de los derechos de los ciudadanos [SCHWARZE (2006, p. 1177)].

administrativa, incluida la informal, está efectivamente sujeta al cumplimiento de los principios constitucionales analizados y ello tiene lógicas consecuencias en la salvaguarda de las situaciones jurídicas nacidas de las relaciones jurídicas multilaterales que pudieran entablarse. Cosa bien distinta es, y he aquí los matices a la salvaguarda de dicho principio, que la tutela de los «modos de proceder» administrativos esté condicionada por las propias limitaciones de los mecanismos de garantía o tutela del ordenamiento jurídico. No se pueden desconocer, por tanto, los problemas de aplicación de las obligaciones accesorias anteriormente aludidas, sobre todo en el marco de un eventual control judicial. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

#### **IV. VINCULACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO, LEGITIMACIÓN Y ACTUACIÓN INFORMAL**

La concepción de la Administración como ejecutora de la Ley, expresión clásica de los principios de separación de poderes y de legalidad, en virtud de la cual la Administración ha de limitarse a ejecutar el mandato recibido por la Ley en los términos establecidos por la Ley, no sirve para explicar los parámetros de actuación de la Administración moderna, máxime si de la actuación informal de la Administración se trata. La discusión acerca de la «crisis del Derecho como instrumento de regulación» no supone otra cosa que la discusión sobre la crisis de la Ley como fuente de Derecho y en cuanto instrumento de dirección (74), debido, entre otros motivos, a la pérdida de virtualidad regulativa de la propia Ley. El contenido de las Leyes modernas, en muchos casos, sólo permite concreciones directivas generales, de modo que desde una perspectiva sustancial y en importantes ámbitos de la acción de la Administración, la Ley sólo determina débilmente el comportamiento de la Administración encargada de ejecutarla. Decimos que desde una perspectiva sustancial, porque a la disminución de contenidos de ese tipo, habitualmente le ha acompañado un incremento de la procedimentalización administrativa, en muchos casos por efecto de la implementación de Directivas comunitarias, de modo que puede decirse que si bien las Leyes no establecen parámetros o criterios fijos o concluyentes que predeterminen

---

(74) Mientras el Estado se limitó a la defensa frente a los peligros, en el sentido del Estado liberal, fue posible postular el imperio de la Ley como eje vertebrador del Estado de Derecho [SCHMITT (2009, p. 138 y ss.)]. La Ley podía establecer regulaciones y programas de actuación precisos y estables. Ahora bien, con el Estado social, el Estado asume también la responsabilidad de las condiciones socioeconómicas de la sociedad, de modo que no sólo se ha incrementado de forma muy importante la demanda de regulación, sino también las materias objeto de regulación son más complejas y, en ocasiones, inabarcables, aparte de requerir una capacidad de actuación mucho más rápida. Como señala SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 93) la posición central de la Ley se explica «en clave histórica», pero ello no obsta para cuestionar su relevancia en el contexto del Derecho Administrativo moderno. No obstante, todo ello no le impide mantener la centralidad de la Ley en el Estado moderno (*ibidem*, p. 194 y ss.).

las decisiones administrativas, sí que establecen los mecanismos que encauzan la acción administrativa para alcanzar los objetivos «programados» por la Ley.

En el moderno Estado social de Derecho, por tanto, la Ley despliega una fuerza vinculante a través de diferentes tipos normativos con estructuras variables, sustituyéndose la clásica programación precisa y condicional de la actuación administrativa, por la fijación de una programación no precisa y, por ello, no «dominada» en su aplicación por el legislador (debido al recurso a conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales...), o bien por la mera fijación de objetivos mediante programas finales (75), sin perjuicio de que dicha actividad sí pueda quedar canalizada a través de procedimientos que guían la acción administrativa. En cualquier caso, desde el punto de vista sustantivo, sólo a través de las distintas formas de concretización de la Ley (normas reglamentarias de desarrollo, la práctica administrativa, decisiones judiciales...), la Ley va «rescatando» parte de ese contenido programático que tradicionalmente le ha caracterizado. En definitiva, el modelo explicativo clásico de la dirección a través de la Ley ya no resulta suficiente (76). El sometimiento de la Administración a la Ley no responde ya a una mera relación lineal o de causalidad desde arriba hacia abajo, sino que debe ser entendido como un proceso complejo, en el que se producen efectos inversos (77).

En ese proceso, ya lo hemos adelantado, la relativa densidad sustancial de las Leyes deja siempre un amplio margen de acción a la Administración, cuya función de concreción es variable, pero, en muchos casos, como acabamos de señalar, sólo queda determinada «débilmente» por la Ley. Esto supone entender que la aplicación de la Ley no es una función mecánica, sino creativa (78), no obstante tener que seguir en su caso el proceso de acción diseñado por la propia Ley. En un marco de acción legal amplio como el descrito, entre los comportamientos indiscutiblemente ilegales y los que están inequívocamente establecidos por la Ley, existe una amplia zona de discrecionalidad que otorga a la Administración, en ese proceso de concreción y manejo de las Leyes, la determinación de «lo que sea» legal o ilegal, a falta claro está de una ulterior decisión judicial (79).

En el marco de la actuación informal de la Administración, la relación con la Ley evidencia también una transformación. En este ámbito, nos encontramos con conexiones débiles con la Ley, en muchos casos mínimas, que pueden limitarse a

---

(75) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 36); PAREJO ALFONSO (1991, p. 44 y ss.); BROHM (1993, p. 117 y ss.); BARNÉS VÁZQUEZ (2006, p. 269 y 279). También SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 90 y ss.) y en (2003, p. 93 y 214), donde considera que la acción administrativa del Estado social prestacional no puede reconducirse con facilidad a programas abstractos de formulación apriorística.

(76) KLOEPFER (1993, p. 35); STOLLEIS (1993, p. 15 y 16); BROHM (1993, p. 118).

(77) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 38).

(78) BARNÉS VÁZQUEZ (2005, p. 371).

(79) SHULZE-FIELTZ (1993, p. 96 y 97).

legitimar la actuación administrativa mediante el otorgamiento de competencias y su conexión con los fines de interés general imputados a la Administración. Aquí no se puede hablar de procedimentalización alguna, salvo por los parámetros de actuación derivables directamente de los derechos fundamentales y de los valores y principios constitucionales, y por lo que se refiere a los contenidos sustantivos a considerar, pueden ser tan amplios como los fines públicos que definen la propia competencia administrativa, sin perjuicio del lógico sometimiento a la Constitución y a los principios y Leyes generales.

En este escenario, es evidente que las Leyes no operan como normas que programan la acción de la Administración, sino más bien como normas que establecen límites negativos a esa actuación, encauzándola hacia los fines que actualizan aquellos que definen la competencia administrativa y legitiman su actuación. Dentro de ese marco de acción, el apoderamiento competencial no restringe la acción administrativa a los estrictos términos de la Ley. Al contrario, esto significa que el ordenamiento jurídico deja abiertas una serie de opciones de acción a las que puede recurrir la Administración en aras a satisfacer mejor aquellos fines. Esto no supone que la elección entre las acciones posibles pueda ser arbitraria, sino que la corrección de la acción administrativa dependerá en todo caso de su adecuación al mandato legal de acción (competencias), del tipo de actuación administrativa (acción de concertación, de información...), y como no, del respeto de los principios constitucionales que enmarcan la acción de las Administraciones públicas, así como del resto de valores y derechos constitucionales. Sólo de este modo podría decirse que la actuación informal de la Administración cumpliría una función optimizadora de los intereses y fines que regulan las Leyes (80). El límite general es claro: la imposibilidad de recurrir a vías informales de actuación para fines distintos o para imponer obligaciones no reconocidas por las Leyes. Aquí, por tanto, la idea de una «Administración libre de Ley» es claramente engañosa y se ve lógicamente superada.

La respuesta, en conclusión, es admitir que en el moderno Estado social de Derecho se impone una concepción flexible de la vinculación de la Administración a la Ley. Para ser exactos, el entendimiento de la vinculación a la Ley se comprende en los términos del principio de juridicidad (81), de modo que la ausencia de una previsión legal expresa de una actuación administrativa concreta no supone la inacción de la Administración. Todo lo contrario, en virtud de las atribuciones competenciales que el ordenamiento en general confiere a las Administraciones públicas (82), todo aquello no prohibido por la Constitución y las

---

(80) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 37).

(81) Expresión que se debe a MERKL (2004, p. 202 y ss.) consecuencia de la doctrina kelseniana acerca del concepto de Derecho y de la concepción piramidal del ordenamiento jurídico que implica la consideración del ordenamiento como un sistema [KELSEN (1979)].

(82) Atribuciones competenciales que sirven de base jurídica para constituir las relaciones jurídicas que la Administración entabla en sus acciones de concertación. Desde esta perspectiva, cabría entender la opinión de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1996, p. 650) cuando afirma que «la rela-

Leyes, y siempre en el marco general de respeto al ordenamiento jurídico (83), la Administración puede optar por aquellas actuaciones que puedan mostrarse más eficaces para lograr alcanzar los fines del Estado, incluidos actuaciones informales de naturaleza cooperativa.

En cualquier caso, esa vinculación mínima con la Ley no resulta superflua, pues opera necesariamente como forma de legitimación mínima imprescindible de la acción administrativa. Los arts. 9, 103.1 y 106.1 de la Constitución evidencian que el nivel mínimo de legitimidad democrática de la actuación de la Administración se encuentra precisamente en ese vínculo, aunque sea mediato o indirecto. Niveles complementarios de legitimación podrán adherirse a este grado básico de legitimación (eficacia y eficiencia, participación...), que permitirán una optimización tendencial tanto de esa legitimación, como, por ello mismo, de la aceptación de las actuaciones y decisiones administrativas (84).

## V. PROBLEMAS DE TUTELA JURÍDICA

### 1. Planteamiento general. Escala de garantías

Los instrumentos informales, en el contexto de las formas jurídicas de actuación administrativa, muestran, precisamente por su informalidad, debilidades desde la perspectiva del Estado de Derecho, con los peligros consiguientes para la seguridad jurídica, la reserva de Ley, el principio de no discriminación, etc. (85). No se puede desconocer que este acercamiento negativo es deudor de una aproximación a la actuación material de la Administración desde los parámetros clásicos de la teoría de las formas jurídicas de la actuación administrativa. En este sentido, si algo caracteriza a la actuación informal de la Administración es su no sometimiento a un régimen jurídico formalizado del que puedan derivarse consecuencias jurídicas previsibles, homogéneas y estandarizadas (la función «depósito» de las formas jurídicas). Todo ello, al mismo tiempo, contribuye a entender que la acción informal de la Administración manifieste imprecisiones como mecanismo de dirección indirecta.

---

ción jurídica, por definición, tiene un substrato normativo más o menos inmediato. Es la Ley la que define la extensión de la obligación administrativa en la concesión de la prestación administrativa. La preexistencia de una norma de Derecho público es lo que sirve para caracterizar la relación jurídico-administrativa».

(83) Vinculación al ordenamiento jurídico que también positiviza la Constitución Española (arts. 9.1, 103.1 y 106.1). La doctrina en esta materia es muy extensa; por todos véase, BELADÍEZ ROJO (2000, p. 315 y ss.). En la misma dirección, desde el análisis de la actuación informal de la Administración, STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 583 y ss.) y BELANDO GARIN (2005, p. 111 y 112).

(84) VELASCO CABALLERO (2011, p. 93 y ss.).

(85) KLOEPFER (1993, p. 50). Coincide en la existencia de riesgos para la igualdad SHULZE-FIELTZ (1993, p. 103) o en España SÁNCHEZ MORÓN (1979, p. 201) y SÁNCHEZ BLANCO (1986, p. 139 y ss.).

Sin embargo, como hemos tratado de demostrar en los apartados precedentes, las actuaciones informales de la Administración están sujetas al conjunto del ordenamiento y, por esta razón, no quedan al margen del Derecho (86). Frente a esta máxima, lo cierto es que no se puede ocultar que la tutela jurídico-administrativa y el resto de instituciones de garantía del Estado de Derecho desarrolladas frente a la actividad de intervención administrativa, muestran limitaciones ante la actuación informal de la Administración.

Las insuficiencias de las garantías del Estado social de Derecho no son predicables exclusivamente de la actuación material informal; muy al contrario, son extrapolables a otras formas de actuación administrativa. De hecho, de forma general cabe advertir que si admitimos, como ya hemos hecho, que en el moderno Estado social la Administración goza de forma creciente de un papel creativo en la aplicación de la Ley, es fácil llegar a conclusiones que igualmente afectan al alcance del control judicial sobre la actividad administrativa. Así, cabría afirmar que ese control se encontraría limitado en tales escenarios, tanto por la propia legitimación de la Administración para tomar esas decisiones, como por la dificultad de admitir la revisión de una actuación de tal naturaleza, esto es, puramente discrecional, para la que la propia Ley habría establecido parámetros de control débiles y, por ello, habría habilitado a la Administración a tomar tales decisiones (87) siguiendo necesariamente, eso sí, un *iter* procedi-

---

(86) Así lo demuestra, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal Alemán de 7 de mayo de 1974 (*Flachglasurteil*, *BVerwGE 45, 309*), a la que ya hemos hecho alusión. La sentencia se pronunció sobre las negociaciones informales preliminares que suelen acontecer en relación con los proyectos de mayor trascendencia económica. Esta sentencia es de gran importancia en la dogmática alemana de los convenios urbanísticos y de los contratos sobre actos y potestades administrativas en general. La sentencia estableció criterios de legalidad en relación con el vínculo fáctico en que se resuelve la acción consensual de la Administración. Pues bien, la jurisprudencia citada entiende que este tipo de prácticas es posible y legítima siempre que se cumplan una serie de condicionantes. En primer lugar, es necesario que el objeto de las negociaciones preliminares esté justificado objetivamente, de modo que tenga sentido y esté motivado por la naturaleza del asunto en cuestión. Segundo, es preciso que esos acuerdos hayan sido adoptados preservando el orden jurídico-competencial, es decir, es imprescindible que en esa fase previa participen los órganos y las Administraciones competentes. En tercer y último lugar, es necesario que desde la perspectiva del resultado, el acuerdo sea impecable en cuanto a su contenido, de forma que el resultado de la ponderación inicial sea razonable y no vacíe de contenido al procedimiento posterior.

Posteriormente, el art. 71.c) párrafo 2º de la Ley de Procedimiento Administrativo alemán ha dado cabida legal a actuaciones de negociación, en la medida en que dicho precepto prevé la posibilidad de que la Administración, antes incluso de que sea presentada la correspondiente solicitud de autorización, pueda someter a «discusión» con el futuro solicitante cuestiones como la documentación a ser aportada.

(87) Aludimos aquí a la distinción entre normas de conducta (*Verhaltensnormen*) y normas de control (*Kontrollnormen*) surgida en el debate en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa. Mientras que las normas de conducta serían aquellas normas que regulan determinada actividad administrativa mediante reglas y principios, las normas de control serían aquellas que determinan los parámetros de control que el órgano judicial empleará, así como la densidad o alcance de los mismos. Cuando no existe simetría entre ambos tipos de normas, como ocurre en el marco de las decisiones



mental que garantice decisiones ponderadas, fundamentadas y aceptables por sus destinatarios; ahora bien, esa misma reflexión nos podría llevar al extremo contrario y justificar un control judicial francamente ampliado e intensificado por un decisionismo (control en principios, valores...) (88) que podría pretender sobreponerse a las decisiones administrativas en todo caso, en eventual contradicción con el principio de separación de poderes (¿gobierno de los jueces?).

La conclusión, muy probablemente, pase por admitir que no tanto el alcance del control judicial en sí mismo, como el objeto de ese control debe focalizarse en cuestiones relativas al «modo de proceder» de la Administración para tomar decisiones ponderadas, fundamentadas y participadas, más que en el contenido mismo de esa decisión, sin perjuicio de que ese contenido sea controlado de forma indirecta, como mostraremos a continuación (89). Hay que advertir, por otro lado, que esta conclusión parte de una premisa trascendental que ya hemos reiterado: la tendencial sustitución de contenidos sustantivos en las Leyes, en muchos casos por contenidos fundamentalmente procedimentales y organizativos. Esto, lógicamente, enfatiza la voluntad del legislador de otorgar pleno valor a los modos o procesos de toma de decisiones. Dicho de otro modo, si la Administración puede demostrar que su decisión es la «mejor de las posibles» (no una mera alternativa más) y que a tal efecto se siguió un proceso de acción coherente con los principios, valores y derechos constitucionales (ponderación, participación, transparencia...), parece evidente que en esas circunstancias el contenido mismo de la decisión no sería susceptible de control. Esa íntima conexión entre la dimensión sustantiva y procedimental lleva a reclamar una contención del control judicial, otorgando pleno sentido a la consideración del procedimiento o proceso de acción administrativo como una auténtica garantía de corrección, de evitación de conflictos y de legitimación de la Administración (90).

---

discrecionales, sucede que cabe aislar ámbitos decisionales que sólo competen a la Administración. En otras palabras, en tales casos las normas remiten la decisión final a la Administración y la revisión judicial debe limitarse a los procesos que ordenan la adopción de tal decisión.

La doctrina de la atribución normativa de la competencia para adoptar la última decisión (*normative Ermächtigungslehre, Letztentscheidungsermächtigung*) exige que esa atribución a la Administración esté expresamente prevista o que pueda deducirse por vía interpretativa, y que la limitación de la tutela judicial consecuente esté justificada en un bien o interés constitucionalmente protegido. Véanse SCHMIDT-ASSMANN (2003, 229 y ss.), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2005).

(88) La mejor doctrina de la teoría del Derecho conocida como «neoconstitucionalismo» coincide en esta conclusión. La literatura al respecto es amplísima, pero por su especial valor concretizador puede consultarse PRIETO SANCHÍS (2001, p. 201 y ss.).

(89) En este sentido, PONCE SOLÉ (2010, p. 167 y ss.) y VELASCO CABALLERO (2011, p. 96).

(90) La práctica en EE.UU., no obstante, apunta a un creciente protagonismo judicial. Al respecto, véase SHAPIRO (2002, 16 y ss.) y MEUWESE, SCHUURMANS y VOERMANS (2010, p. 3 y ss.), haciendo una comparación con el sistema americano y las tendencias que se apuntan en el seno de la Unión Europea. Sobre el tratamiento de esta cuestión desde la perspectiva del control de la discrecionalidad en diversos Estados europeos, véase las interesantes observaciones de LADEUR y PRELLE (2002, p. 93 y ss.)

Efectivamente, un fortalecimiento general de los mecanismos de garantía y tutela se muestra imprescindible (91), aunque no necesariamente pasa por un reforzamiento exclusivo de la vía judicial, sino fundamentalmente por la consideración del procedimiento administrativo como verdadera garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos (no necesaria y exclusivamente entendida en términos de defensa, sino también como mecanismo para lograr la decisión ponderada que mejor satisfaga los intereses y derechos en juego) (92) y, por esa misma razón, como vía para evitar conflictos o, en su caso, para solucionarlos implementando mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Todas esas garantías, no podemos olvidarlo, constituyen una fuente concurrente de legitimación de la Administración, inherente a la vinculación a la Ley y al Derecho de cualquier actuación administrativa. En este sentido, es importante recalcar que las garantías de los sistemas jurídicos operan escalaramente, lo que también permite formular grados de optimización de la legitimación desde este punto de vista.

La tutela tradicionalmente se ha centrado en el nivel o escala que según las bases de un sistema jurídico centrado en la defensa de los derechos de los ciudadanos contra la acción de la Administración, debía ser considerado como el nivel básico de tutela, esto es, la vía judicial y, más concretamente, en la tutela primaria o de legalidad (93), sin perjuicio del resarcimiento por los daños producidos por la acción u omisión administrativa (tutela secundaria). En el Estado constitucional se han complementado esos niveles de tutela, por ejemplo, con las vías de amparo que, en el fondo, no son más que manifestaciones de la misma tutela primaria y secundaria pero con parámetros de legalidad constitucional. Pues bien, la idea del procedimiento administrativo como garantía contribuye a establecer un nuevo nivel básico de tutela basado en nuevos parámetros de la actividad administrativa (94), que permitan limitar (no impedir o sustituir) la

---

(91) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 225 y ss.) y (2006, p. 82 y ss.).

(92) En aplicación extensiva de las tesis de ALEXY (2008, p. 416 y ss.) y de FERRAJOLI (2010, p. 63 y ss.).

(93) La tutela judicial primaria pretende el restablecimiento de la legalidad, por contraposición a la tutela secundaria que tiene por finalidad la compensación de los daños derivados de la actividad administrativa. Esta terminología es común en la doctrina alemana (MAURER, WOLF, BACHOF, STÖBER...). Nuestro sistema de control judicial asume igualmente esa dualidad, aunque se discute si ambos tipos de tutela guardan una relación de preferencia a favor de la tutela primaria con la consiguiente subsidiariedad de la tutela secundaria, o bien una relación de complementariedad con operatividad independiente. Al respecto, véanse las reflexiones de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2011, p. 150-152).

(94) La «teoría de los parámetros» (SCHMIDT-ASSMANN.: 2003, 347 y ss.) presenta un Derecho Administrativo conformado sobre los parámetros reales de la actividad administrativa, más allá de la pura legalidad. Algunos de esos parámetros son jurídicos (los principios de proporcionalidad o de seguridad jurídica...); otros poseen una conformación mixta (eficacia, eficiencia); otros, sin embargo, no han sido aún «traducidos» jurídicamente, pero no pierden por ello su relevancia para la acción administrativa (gobernanza...). En relación con este último grupo, el Derecho debe establecer procedimientos para facilitar su desarrollo y aplicación, así como para permitir un intercambio que genere procesos de aprendizaje.

tutela judicial a los «asuntos importantes» (escala secundaria de garantías), del mismo modo que sólo deben acceder al amparo constitucional las violaciones más groseras de los derechos fundamentales (tercer nivel). Lo fundamental es que se logre un nivel suficiente de control y no un control máximo, aislado y monopolizado por los órganos jurisdiccionales, pudiéndose hablar, por el contrario, de una «multiforme variedad de controles administrativos» (95).

No se puede desconocer que la aplicación de esta escala de garantías a la actuación informal de la Administración genera problemas. Las actuaciones puramente informales, alejadas de cualquier procedimiento por tanto, en la medida en que también deben someterse a «modos de proceder» articulados conforme a principios constitucionales también deben ser tuteladas en esa escala básica de garantías. Cosa bien distinta es que, en el estado actual de nuestro Derecho, esta afirmación no parece muy realista.

Si esto es así, parecería que sólo fomentando el control judicial sería posible canalizar el control de esas actuaciones. Ahora bien, un problema adicional es que la tutela judicial pueda canalizar adecuadamente ese control, o mejor, que realmente existan vías para articular la tutela judicial de la acción informal de la Administración. Como vamos a poner de relieve a continuación, en nuestro ordenamiento la situación apunta precisamente a la inexistencia de vías idóneas para tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos. Observaremos, igualmente, como un sistema de tutela basado en el control de la legalidad (tutela primaria) de la actuación jurídica formalizada (no obstante existir pretensiones limitadas relativas a vías de hecho e inactividad), que tendencialmente otorga una función secundaria o subsidiaria a la tutela secundaria o resarcitoria, sin embargo, en el caso de la actuación informal, la tutela resarcitoria se torna en alternativa preferente, única y excepcional, lo que obviamente no es sinónimo de ni de flexibilización procesal, ni de éxito.

## **2. Criterios para el control de la actividad consensual informal y eventual articulación de la tutela. ¿Tutela secundaria?**

Se nos permitirá a continuación formular los problemas que la tutela de la actividad informal genera. A lo largo de esta exposición mostraremos cómo, a pesar de la existencia de criterios jurídicos de control, los medios de articulación de tutela no permiten una adecuada canalización de la misma, salvo (y no sin muchos inconvenientes) por lo que respecta a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración.

Comenzando con esta exposición, en relación con la acción administrativa de negociación informal cabe formular límites específicos que permitirían fundamentar un eventual control judicial. Esos límites deben establecerse en función de

---

(95) SCHMIDT-ASSMANN (2006: 84 y 85).

dos grupos de sujetos: a) Quienes negocian directamente con la Administración; y b) Quienes no negocian, pero pueden verse afectados por el acuerdo. En ese marco cabría formular, además, varios criterios limitativos previos y generales en todo caso insoslayables y válidos para cualquier manifestación informal de la actuación administrativa.

### **A) Límites generales**

Empezaremos por los límites generales mencionados, marco en el que se incardinarían los límites específicos antes mencionados. Desde este punto de vista, habría que recordar que en la medida en que la actuación informal de la Administración también se somete al ordenamiento jurídico-constitucional, de ello se derivan límites básicos como el lógico respeto de los principios, valores y derechos constitucionales. Esas limitaciones se concretarían, en primer lugar, y por lo que se refiere a la habilitación misma de la acción administrativa, en el respeto a las materias reservadas a la Ley [fundamentalmente si están en juego los derechos fundamentales (96)]. Asimismo, también se concretarían en la interdicción de la arbitrariedad en la selección de los medios de acción, máxime si recordamos que la Administración no puede huir de las garantías jurídico-materiales y procedimentales allí donde el ordenamiento jurídico exija una actuación formalizada; es decir, la Administración no puede subvertir la forma jurídica de actuación específicamente prevista por el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, también surgen límites derivados de la vulneración del principio de no discriminación, sobre los que posteriormente volveremos, por ejemplo, en la selección de los sujetos o grupos con los que la Administración entable una acción informal de concertación.

Otro límite general a la acción informal de la Administración tiene que ver con la tolerancia de la ilegalidad y el pacto sobre lo antijurídico. *A priori* podría decirse que la vinculación al ordenamiento jurídico impediría que la Administración buscara cobijo en la ilegalidad, aceptando aquello que nunca podría hacer si actuara por los caminos formales ordinarios (97). Sin embargo, siendo estrictos deberíamos distinguir entre la mera tolerancia (sin mediar acuerdo alguno), que en ningún caso supone legalización ni reconocimiento de situación jurídica alguna, y otra bien distinta, «cerrar» un acuerdo antijurídico. Aquí nos referiremos sólo a este último caso y, en concreto, a la tolerancia subsiguiente a la celebración del acuerdo ilegal: esto es, a la pasividad convenida frente a la ilegalidad, o al menos, frente a «desviaciones» aplicativas de la norma.

En estos casos las situaciones son variables. Si al acuerdo no le sigue ninguna otra actuación jurídico-pública, el problema surgiría si la tolerancia

---

(96) Como así ponen de relieve, STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 585) y BELANDO GARÍN (2005, p. 111), en cuyo caso ha de ser siempre la Ley quien legitime la intervención administrativa.

(97) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 61 y 62).

se concretara en permisividad ante una actuación contraria a Derecho que coincidiese con los términos del acuerdo alcanzado. Ahora bien, no siempre podrá argumentarse que en esos supuestos se habrían superado los márgenes de oportunidad y proporcionalidad administrativa, ni tampoco que se hubieran generado situaciones discriminatorias. Respecto a lo primero, no se puede desconocer que la Administración goza de cierto margen de acción a la hora de perseguir y sancionar actos ilícitos en función del interés público que concurra en cada caso concreto. Y respecto a la supuesta discriminación, no se puede olvidar que ésta se produciría sobre infracciones existentes y, por ello, en el tratamiento desigual ante la ilegalidad, de ahí que la mera alegación del art. 14 de la Constitución sería insuficiente para apelar a aquella desigualdad (98).

Distinto es el caso en que el acuerdo alcanzado tenga traslado a un posterior acto jurídico-público que formalice el pacto alcanzado. Si el acto transcribe un acuerdo íntegramente nulo, poco más se ha de añadir sobre su destino en el mundo jurídico; las dudas, sin embargo, surgen en los casos en que los actos incorporan «desviaciones» parciales de la aplicación rigurosa de la norma. Esto es, se trataría de casos donde la tolerancia sobre lo ilegal es parcial, en muchos casos circunstancial, cuando no meramente transitoria.

Este tipo de situaciones acontecen, fundamentalmente, en casos complejos, en los que la Administración depende para su actuación de la información y cooperación de los privados. Puede suceder, paradójicamente, que en dichos supuestos la normativa otorgue una amplia discrecionalidad a la Administración, pero su actuación, en cualquier caso, quede condicionada por un dato inicial: la necesidad de intercambio de información y colaboración para tomar decisiones ajustadas a la realidad de los destinatarios de las normas. En esas condiciones, en bastantes casos la Administración se ve forzada a tolerar ciertas «desviaciones» para conseguir, al menos, lograr los principales objetivos legales.

Podría argumentarse que esta forma de actuar entraría en pugna con el principio de proporcionalidad, pues al menos en los casos más groseros (tolerancia de la mera ilegalidad, sin ponderación, por ejemplo, de posibles aplicaciones flexibles de la normativa en virtud de las circunstancias) sería difícil justificar que la actuación material de la Administración respetase la adecuación del medio empleado con el fin pretendido, máxime si de aquel acuerdo se derivaran efectos sobre terceros. Ahora bien, si la ponderación de intereses justificase una adecuada y mayor compensación en favor de los fines perseguidos y favorecidos, en función de la menor fortaleza de los principios defraudados, cabría justificar, por ejemplo, la articulación de mecanismos de adaptación transitoria en los posteriores actos administrativos, que podrían servir para justificar adecuadamente un acuerdo con un contenido tal, siempre y cuando aquellas medidas permitieran

---

(98) PAZ-ÁRES y VELASCO CABALLERO (1997: p. 5 a 7).

una razonable adaptación progresiva de la situación jurídica del administrado a parámetros de legalidad ordinarios (99).

## B) Límites específicos

Como ya señalamos anteriormente, desde un plano concreto o específico la tutela de la actuación de concertación informal debería distinguir entre quienes negocian con la Administración y quienes no tienen tal posibilidad. Comenzando con el primer grupo, hay un elemento clave que no puede obviarse: la negociación informal con la Administración es supuestamente voluntaria, lo que reduce sensiblemente las posibilidades de defensa, en virtud del aforismo «*volenti non fit iniuria*». Sucede, no obstante, que la voluntariedad a la que se acaba de hacer alusión es o puede ser en la práctica sólo relativa. La Administración muchas veces presiona a los interesados para que alcancen un acuerdo so pena de la emisión de medidas unilaterales más gravosas. Estos casos de «coacción voluntaria» (100) obviamente no pueden equipararse a supuestos de intervención administrativa formalizada, pero pueden ocultar o suponer un «atemperamiento» irregular de las formas de actuación típicas de la Administración de policía. Todos estos supuestos reclaman una forma de tutela que deberá articularse a través de la identificación de una auténtica vía de hecho.

La otra vertiente de la tutela que estos supuestos plantean, es la que tiene que ver con el supuesto incumplimiento del acuerdo. En primer lugar, debe atenderse la cuestión relativa al grado de influencia que la acción informal consensual puede tener en posteriores actuaciones formalizadas de la Administración. La concertación informal tiene sentido (y éxito) porque la Administración tiene algo que ofrecer o que conseguir y, por consiguiente, porque debe o puede acceder total o parcialmente a las pretensiones de los interesados. En la medida en que el acuerdo sobre aquello a que se accede sólo tiene sentido si tiene reflejo o traslado al «mundo de lo jurídico» y, por ello, tiene consecuencias jurídicas (por acción u omisión) (101), ello presupone que el acuerdo informal puede llegar a condicionar el ejercicio de las facultades administrativas, ahora ya sí, en un procedimiento «formal» ulterior.

---

(99) Esta forma de actuar no supondría ninguna novedad. En materias reguladas (actuación formalizada) soluciones similares son recogidas comúnmente. El caso del medio ambiente es un buen ejemplo. Al respecto, véase AGUDO GONZÁLEZ (2004b, p. 256 y ss.).

(100) KLOEFFER (1993, p. 51).

(101) El acuerdo conforme a Derecho, o bien tiene un posterior traslado a un acto jurídico-público, modificando la situación jurídica del ciudadano, o bien el mero acuerdo sobre el *statu quo* de la posición jurídica legal del ciudadano, que confirme su situación jurídica preexistente sin cambios, parece que tiene poco sentido. Por el contrario, sí tiene pleno sentido el acuerdo sobre el mantenimiento de una situación irregular, aunque ello lógicamente no tenga reflejo alguno en una actuación administrativa posterior. Aquí, pues, la situación generada tendría consecuencias jurídicas por omisión (no apertura de expediente sancionador...).

El problema es, así planteado, cuáles son los términos en que la Administración puede, mediante la previa concertación o negociación y antes de la tramitación de un procedimiento administrativo, verse limitada en el resultado final del procedimiento «formal» subsiguiente al acuerdo. Esto, en buena lógica, puede suponer predeterminar el resultado de un procedimiento aún no iniciado, en virtud de una «autovinculación de la Administración» (102) imputable a una acción puramente informal.

La «autovinculación» de la Administración, concepto con origen en el Derecho Alemán («*Selbstbindung*») (103), es un concepto omnicomprensivo del concepto de precedente administrativo del Derecho español y equiparable al de «*autolimite*» del Derecho italiano (104), que responde a la idea de garantizar de forma general la coherencia de la Administración en relación con cualquier actuación administrativa a la que sucede otra posterior. Aunque la «autovinculación» ha sido predicada de distintas actuaciones jurídico-formalizadas de la Administración (desde reglamentos, pasando por disposiciones administrativas internas y actos administrativos), recientemente, también ha sido aplicada a la promesa no vinculante de una actuación futura; se predica de aquellos casos en los que la promesa no es vinculante por sí misma porque así lo establezca el ordenamiento, ya que si fuera vinculante, es evidente que no cabría margen ulterior de actuación por parte de la Administración.

En este caso, la doctrina alemana coincide en mantener que los límites al actuar administrativo se aplican respecto de aquellos casos en los que esas promesas se producen en el marco de un procedimiento administrativo, esto es, se desarrollan en una misma secuencia espacio-temporal; esto significa también que la vinculación de la Administración a su promesa se habría de concretar en un acto administrativo ulterior. Ello supone, asimismo, que la «autovinculación» exige que la actuación administrativa se ubique en el marco de las valoraciones jurídicas, lo que presupone la existencia de una actuación administrativa que siga el procedimiento correspondiente (esto es, el traslado al «mundo de lo jurídico» al que aludíamos anteriormente).

El problema nace cuando la expectativa generada por la promesa se ve frustrada por una respuesta negativa de la Administración. La «autovinculación», por tanto, opera como límite a la discrecionalidad de la acción posterior de la Administración. En estos casos, ya sea porque la Administración simplemente no respeta su promesa, ya porque aquélla versara sobre contenidos contrarios a Derecho, ya porque se hubiera producido un cambio de circunstancias, cabría en principio pensar en una eventual reclama-

---

(102) A este respecto sigo a DÍEZ SASTRE (2008, p. 176 y ss.).

(103) En Alemania, algunos de los primeros y más influyentes trabajos al respecto son MAUNZ (1981, p. 499 y ss.), BURMEISTER (1981, p. 503 y ss.) y HOFFMANN-RIEM (1982, p. 273 y ss.).

(104) En este sentido, VIPIANA (1990).

ción resarcitoria fundamentada en la vulneración del principio de confianza legítima (105).

Trasladando estas ideas al objeto de nuestro estudio, se ha de considerar que las «promesas» a las que aquí nos referimos nacen de acuerdos informales que sólo de forma mediata o indirecta tienen relación con actuaciones jurídicas procedimentalizadas-formalizadas; además, se trata de acuerdos que, lógicamente, no contienen promesas de conductas jurídicamente vinculantes, pues no gozan de eficacia jurídica vinculante alguna (106). Dicho de otro modo, sólo de forma muy débil puede mantenerse una vinculación de la Administración respecto de su actuación negociada precedente, principalmente, por el carácter puramente provisional de tales acuerdos, los cuales podrían desvanecerse en virtud de las exigencias de legalidad y objetividad inherentes a toda acción administrativa; existe, por tanto, una debilidad innata a la propia actuación administrativa en la que se habría puesto la confianza del ciudadano y en la que fundamentar una eventual reclamación resarcitoria (107).

---

(105) No toda la doctrina apoya esta tesis. MAURER (2011, p. 419 y 420) opina que la ausencia de eficacia jurídica vinculante de los acuerdos informales no puede pretender justificarse ni con base en el principio de protección de la confianza, ni el incumplimiento de buena fe, ni en la autovinculación de la Administración. Esto le lleva a afirmar que el incumplimiento por las partes del acuerdo no da lugar a responsabilidad alguna. Ahora bien, sí que admite responsabilidad con base en «los principios de la *culpa in contrahendo*, que se aplican a la diligencia en el proceso de formación de la voluntad de la Administración».

(106) SCHRÖDER (2007, p. 115 y 116). Por su parte, MAURER (2011, p. 418) califica esos compromisos como *gentlemen's agreement*. En este sentido, también KLOEPFER (1993, p. 40), aunque no deja de manifestar cierta prudencia debido a la gran variedad de manifestaciones de estos acuerdos. Finalmente, no se puede olvidar que también en Alemania el Tribunal Fiscal Federal ha mantenido que en la relación jurídico-tributaria son admisibles los llamados «acuerdos sobre hechos» de difícil determinación (*BFH, BStBl, II, 1985, p. 354 y ss.*; luego reiterada en *BFH, BStBl, II, 1991, p. 45 y ss.*; *1991, 673 y ss.*), considerándolos vinculantes con base en el principio *venire contra factum proprium non valet*. Sobre los acuerdos sobre hechos en el Derecho alemán y su escasa cobertura legal, véase LOBENHOFER y GARCÍA FRÍAS (2004: *in toto*).

(107) En nuestro ordenamiento, el principio de confianza legítima garantiza las situaciones jurídicas preexistentes frente a actuaciones administrativas que afectan a la situación jurídica del administrado, debido al cambio imprevisible de las circunstancias jurídicas que permitían fundamentar la confianza del interesado en una situación de estabilidad garantizada por la actuación previa de la propia Administración. En reiteradas sentencias el Tribunal Supremo ha ido formulando su doctrina sobre este principio, que hoy aparece explícito en el art. 3 de la LRJPAC, según fue modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero. En síntesis puede decirse que los requisitos necesarios para que pueda mantenerse una vulneración de dicho principio son los siguientes: a) Comportamiento concluyente o inequívoco de la Administración que induzca objetivamente a crear en el administrado la confianza en que la Administración actúa correctamente, en que él mismo está actuando lícitamente, o bien en que sus expectativas como interesado son razonables; b) La existencia de un acto de la Administración que reconoce una situación jurídica individualizada en cuya perdurabilidad podía confiar el administrado; c) Comportamiento responsable y de buena fe del administrado respecto de la Administración en aquella concreta relación jurídica. Por ejemplo, el cumplimiento por parte del interesado de los deberes y obligaciones que le incumban; d) Que la Administración genere signos externos que, incluso sin



Dejando a un lado la posición jurídica de los sujetos intervinientes en el acuerdo, y pasando a considerar la de quienes no pudieron participar en las negociaciones, no se puede desconocer que la «autovinculación» de la Administración puede tener consecuencias negativas en los principios de transparencia y participación (vinculados a la objetividad de la actividad administrativa), relacionado con el carácter selectivo de la cooperación consensual, con subsiguientes efectos discriminatorios y, por ello, en la correcta ponderación de los intereses en juego. Desde este punto de vista, se ha de admitir que la concertación informal tiene trascendencia no sólo respecto de las relaciones jurídico-públicas que se entablan en el marco de la negociación precedente, sino también con las que lógicamente podrían verse afectadas tanto a lo largo de ese proceso negociador, como posteriormente en virtud de la traslación de la acción informal a una actuación ulterior formalizada. Es decir, la «autovinculación» de la Administración, en cuanto supusiera la sujeción al acuerdo previamente alcanzado, podría afectar a situaciones jurídicas no consideradas en el previo proceso negociador y que quedarían defraudadas definitivamente al no ser consideradas tampoco en el posterior procedimiento administrativo.

En estos casos, tanto el deber de objetividad del art. 103 de la Constitución (108), como el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 del mismo texto constitucional (109), impondrían necesarios y definitivos límites a la capacidad de «autovinculación» de la Administración (110). Por esta razón,

---

necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orienten al ciudadano hacia una determinada conducta, siempre y cuando la confianza no pretenda generarse en la mera negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración. Por ejemplo, que el comportamiento de la Administración haya sido causa de inversiones o gastos que, en otro caso, el particular no hubiera realizado; e) La aparición de un cambio brusco o sorpresivo de la Administración que sitúa al particular en una posición extrema en la que no se hubiera encontrado a no ser por el comportamiento inicial de la Administración.

Puede observarse que el principio de confianza legítima no se construye exclusivamente sobre la base de actuaciones jurídico-formalizadas y vinculantes. El principio de confianza legítima también puede tener aplicación en el caso de actos no vinculantes en los que el administrado haya depositado su confianza en función tanto de la razonabilidad de lo acordado, y consecuentemente de la legalidad de lo convenido, como de su posible y consecuente traslación a actos jurídico-formalizados. Un acuerdo nacido en el marco de las relaciones oficiosas entre la Administración competente y las partes interesadas es bien cierto que podría condicionar la actuación de las segundas, incluso inducirles a realizar inversiones o gastos en virtud del acuerdo alcanzado. Pues bien, no obstante nuestra opinión puesta de relieve en el texto principal, con base en la jurisprudencia dictada en España en el ámbito de los convenios urbanísticos antes incluso de que éstos tuvieran reflejo expreso y definitivo en las Leyes urbanísticas, no es tampoco descartable que el incumplimiento del acuerdo pudiera dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración.

(108) PONCE SOLÉ (2001, p. 287 y 288).

(109) HUERGO LORA (1998a, p. 198).

(110) Concretamente, HUERGO LORA (1998b, p. 321 y ss.) señala que existe una condición *ex lege* que imposibilitaría una predeterminación del resultado del procedimiento administrativo posterior, de modo que si los datos puestos de relieve a lo largo de dicho procedimiento demostraran la incorrección o inadecuación de la solución adoptada convencionalmente, la Administración debería ajustarse a la correcta formulación de la cuestión en el procedimiento administrativo.

de confirmarse la posterior decisión tras el correspondiente procedimiento sin atender a aquellos sujetos o grupos no participantes, lo cierto es que se pondría de manifiesto que la Administración habría resuelto sin ponderar todos los intereses afectados y, en su caso, y en los casos de desconocimiento más groseros, de una forma arbitraria y discriminatoria. Todo ello, sin perjuicio de que la predeterminación total de la decisión administrativa con base en el acuerdo previamente logrado pondría de manifiesto la total ausencia de sentido del posterior procedimiento administrativo, el cual se mostraría como una pura formalidad vacía de contenido decisional (111).

Sea como fuere, en estos casos la Administración se debatiría en un dilema no menor. Por un lado, se ha de tener en cuenta que de actuar en sentido contrario, esto es, dando cabida en el posterior procedimiento administrativo a terceros no informados y oídos en el previo proceso de concertación, e incluso alterando el resultado alcanzado en dicho acuerdo, la Administración podría enfrentarse a una acción de rescaramiento, sin perjuicio de las importantes restricciones ya reseñadas a este respecto (112). La alternativa, lógicamente, sería no impedir la participación de los terceros en el posterior procedimiento, pero ajustarse en su decisión a la previamente convenida. En tal caso, no se pueden esconder las dificultades de los terceros afectados para posteriormente poder probar la desconsideración de su postura, o al menos, la falta de ponderación adecuada y/o la arbitrariedad de la Administración para tomar la decisión que formaliza el acuerdo precedente.

Esta afirmación nos lleva a otra que se deduce de las anteriores reflexiones: la «autovinculación» de la Administración puede servir de base o apoyo adicional para huir de la aplicación de principios constitucionales que ordenan los procesos de acción administrativos antes incluso de la iniciación del procedimiento, priorizando el «ocultamiento» de la ilegalidad del acuerdo alcanzado, ante la posibilidad de afrontar una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial. Es evidente, ya lo hemos señalado, que el art. 9.3 de la Constitución, así como de forma más amplia y general, el art. 103 del texto constitucional, vetarían esa forma de proceder.

Cosa bien distinta es la dificultad para lograr una tutela judicial que restituya la situación jurídica de los terceros afectados: la vulneración del ordenamiento sólo tendrá una articulación clara en caso de que el acuerdo informal tenga traslado a un acto posterior (tutela primaria o restauradora de la legalidad); en otro caso, la posibilidad de que los derechos e intereses de terceros pudieran ser tutelados en la fase previa de negociación resulta de difícil consideración.

Una primera limitación a dicha tutela surge si el acuerdo previo fuera confirmado *a posteriori* por una decisión administrativa dictada de conformidad

---

(111) En este sentido, PONCE SOLÉ (2001, p. 287).

(112) No en vano, HUERGO LORA (1998b, p. 319 y ss.) afirma que si la Administración se aparta del acuerdo precedente debido a las consideraciones conocidas *a posteriori* a lo largo del procedimiento administrativo, en principio, no habría lugar a indemnización posible.

con el preceptivo procedimiento administrativo. No cabe duda de que: 1º) Si la Administración hubiera seguido el proceso de negociación considerando todos los intereses en juego, aunque sin haber escuchado, eso sí, a todas las partes; 2º) Si, del mismo modo, hubiera valorado todos los datos relevantes, a pesar de que los terceros afectados que no intervinieron en la negociación no pudieron aportar más información; 3º) Si, a continuación, a lo largo del procedimiento administrativo, quienes no pudieron participar activamente en las negociaciones tuvieran ocasión procesal de ser oídos y, además, ello no supusiera cambio alguno en la decisión tomada con base en aquel acuerdo (lo que demostraría la correcta ponderación de intereses, la adecuada fundamentación de la decisión...); entonces, en la medida en que el proceder de la Administración habría cumplido con los principios constitucionales de acción administrativa, cabría hablar, más que de una eventual subsanación, de una irrelevancia sobrevenida. En estos casos, cabría entender que las fallas en el cumplimiento de las obligaciones accesorias a las que hemos aludido antes, podrían verse «subsanadas» a lo largo del posterior procedimiento. Así pues, el control de esa eventual «subsanación» se ubicaría en sede ordinaria.

Ahora bien, el problema surgiría cuando todo ello no fuera así, algo que por otro lado, se antoja mucho más frecuente. Aquí el debate se concretaría en las siguientes cuestiones: 1º) Hasta qué punto las irregularidades cometidas durante la negociación previa pudieran suponer una limitación o imposibilidad de acceso de los terceros afectados e interesados a los efectos de personarse en el procedimiento administrativo (cuando ello sea posible de conformidad con el art. 31 de la LRJPAC) y, por ello, del derecho a ser oído a través del trámite de audiencia (art. 84 de la LRJPAC y legislación sectorial aplicable); 2º) Hasta qué punto aquel incumplimiento podría ser suplido con el trámite de información pública (cuando tenga lugar de acuerdo con el art. 86 de la LRJPAC y la legislación sectorial en su caso aplicable); 3º) En qué medida el incumplimiento previo en la fase informal de negociación no sería determinante de la invalidez del acto administrativo dictado *a posteriori* siguiendo el correspondiente procedimiento, desconociendo o minusvalorando la participación de los terceros afectados o interesados.

No cabe duda de que el resultado de un procedimiento administrativo en el que aconteciera alguno o varios de los vicios procesales recalcados, podría afectar a la validez de los actos de la Administración posteriores. Ahora bien, cosa bien distinta es que, como se ha puesto de relieve por parte de la doctrina (113), es más que probable que, a los efectos invalidatorios, la actuación negociadora previa pudiera ser irrelevante (lo determinante será qué sucedió posteriormente en el procedimiento), al menos, mientras el ordenamiento no prevea las consecuencias jurídicas aplicables a las irregularidades cometidas en aquella fase informal.

---

(113) LÜBBE-WOLF, G. (1993: 411).

La situación no sería mucho más halagüeña en aquellos casos en los que al acuerdo no le siguiera ninguna otra actuación jurídico-pública (casos de permisividad ante una situación irregular). En este supuesto, considerados los límites derivables del principio de proporcionalidad en los términos anteriormente señalados, los terceros que no hubieran participado ni hubiesen sido informados sobre la actuación negocial informal previa de la que se derivaría el mantenimiento del *statu quo* de un sujeto que incumple la normativa aplicable, podrían tratar de argumentar el incumplimiento de los principios constitucionales multicitados. No obstante, las vías de articulación de una pretensión tal, no parecen viables.

En primer lugar, se podría pensar en articular esa alegación a través de una pretensión contra una vía de hecho. Se trataría aquí de pretender la cesación de una actividad (el acuerdo alcanzado) y exigir una consecuente actuación conforme a Derecho. Sin embargo, este posicionamiento genera en el estado actual de nuestro sistema de pretensiones procesales es más que probable el fracaso de esa acción y que las posibilidades de defensa se limiten a una mera denuncia ante la Administración que dio pie a la situación de ilegalidad denunciada, dando por descontado que, en caso de ulterior omisión administrativa, se pondría en juego la imposibilidad de articular una pretensión por inactividad en caso de omisión debido a los estrictos términos en que es recogida en el art. 29 de la LJCA. Efectivamente, aunque cupiese denunciar ante la Administración competente y tolerante con la situación generada, como es bien sabido, las consecuencias de la no apertura del expediente (sancionador) tiene un recorrido limitado en el seno del control judicial que, sin duda alguna, juega a favor de la Administración; en segundo lugar, y esto ya lo hemos expuesto con anterioridad, aun cuando se abriera el expediente sancionador, no siempre será posible refutar una vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad, no discriminación y proporcionalidad. A nuestras consideraciones previas nos remitimos.

En estos casos, aun reconociendo las dificultades ya señaladas, la protección parece que debe centrarse en la tutela secundaria o resarcitoria. La escala de garantías que ofrece nuestro Derecho Público confiere cierta autonomía a la tutela secundaria (art. 142.4 de la LRJPAC), no obstante otorgar una posición preferente a la tutela de legalidad (art. 31 y 32 de la LJCA). Ahora bien, esta última formulación no es satisfactoria al menos allí donde la actuación administrativa se desenvuelve a través de medios informales. Es, precisamente, en estos casos donde la tutela secundaria puede jugar un papel tutelar preferente e independiente. Otra cosa es que el éxito de la reclamación, ya se ha señalado anteriormente, se antoje complicado.

En cualquier caso, y sin perjuicio de las dificultades, no cabría, en principio, negar el potencial recurso a esta vía de tutela. Desde este punto de vista, cabe afirmar que si nuestro ordenamiento constitucional (art. 106.2) permite fundamentar una ampliación de la responsabilidad de la Administración a cualquier supuesto de daño antijurídico causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendiendo por tales el giro o tráfico propio de las

Administraciones públicas, no es aceptable admitir una interpretación del concepto «actuación administrativa» del art. 106.1 del texto constitucional, ni del concepto de servicio público referido, que no incluya los daños derivables de la actividad informal de la Administración que, por no satisfacer los principios derivables del arts. 9, 14, 103 y 106 de la Constitución, pueda ser calificada como una actuación antijurídica.

## VI. CONCLUSIONES

La búsqueda de una mayor eficacia de la Administración y el recurso a fórmulas negociales informales no puede desconocer que esta forma de actuación de la Administración también está sujeta a Derecho. Si bien puede afirmarse que la pura legalidad ha perdido importancia como medio de dirección del Estado de Derecho, ello no significa que los principios, valores y derechos fundamentales, así como las Leyes administrativas generales, enmarquen necesariamente un tipo de acción administrativa que, superando una tradicional percepción antijurídica, deba articularse a través de criterios jurídicos que ordenen el proceso de acción administrativa.

La eficacia de estas fórmulas no puede ocultar las dificultades existentes para encauzar un control adecuado de la concertación informal de la Administración. Este problema crucial pone de relieve que es preciso ahondar en el análisis dogmático de este tipo de actuación administrativa desde la perspectiva de las teorías de las relaciones jurídicas y del procedimiento administrativo, con el fin de extraer principios y criterios extrapolables a la actuación informal de la Administración sobre los que fundar la tutela de la acción administrativa. En segundo lugar, esas carencias evidencian las limitaciones de los ordenamientos jurídicos modernos en lo relativo al sistema de garantías, máxime cuando de actuaciones no formalizadas se trata, de ahí que sea preciso formular nuevas vías de tutela.

No se puede pretender avanzar en una percepción directiva del Derecho Administrativo, así como en las bondades de la actuación material de concertación de la Administración, si ello no va acompañado de un reforzamiento de la tutela frente a esas actuaciones. La eficacia administrativa no es un principio absoluto, sino que en todo caso debe ponderarse con otros principios constitucionales y con la imprescindible tutela de los derechos de los ciudadanos. Recortar las garantías de los ciudadanos a costa de una mayor eficacia, resulta una perversión que no puede justificarse en un Estado constitucional de Derecho.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004a y b): *El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental*, Madrid: Montecorvo, tomo I (a) y tomo II (b).

- AICARDI, N. (1997): La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 1/1997.
- ALESSI, R. (1978): *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Milán: Giuffrè Editore.
- ALEXY, R. (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALONSO GARCÍA, E. (1989): La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 61.
- ARIÑO ORTIZ, G. y GALLEGO ANABITARTE, A. (1974): *Política de plan, Administración y Derecho*, Madrid.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2006): Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2005): Per una lingua comune europea del Diritto Amministrativo, en FALCON, G. (ed.) *Il Diritto Amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Trento: CEDAM.
- (2008): Reforma e innovación del procedimiento administrativo, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2010): Towards a third generation of administrative procedure, en ROSE-ACKERMANN, S. y LINDSETH, P. (ed.) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011): De nuevo sobre la 'crisis de la participación administrativa', en LÓPEZ MENUDO, F. (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Madrid: Iustel.
- BAUER, H. (1993): ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo?, *Documentación Administrativa* núm. 234.
- BELADÍEZ ROJO, M. (2000): La vinculación de la Administración al Derecho, *Revista de Administración Pública* núm. 153.
- BELANDO GARÍN, B. (2005): Reflexiones sobre la actividad administrativa informal al hilo de las «nuevas» advertencias al público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 125.
- BENZ, A. (1994): *Kooperative Verwaltung*, Baden-Baden: Nomos.
- BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. (2005): *La fuerza del Derecho*, Bogotá: Ediciones Uniandes.
- BURMEISTER, J. (1981): Selbstbindung der Verwaltung, *D...V* núm. 34.
- CALAME, P. Y TALMANT, A. (1997): *L'état Au Coeur, Le Meccano De La Gouvernance*, París: Desclée de Broywer.

- CANARIS, C-W. (1998): El sistema en la jurisprudencia, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- CARANTA, R. (2011): Democracy, legitimacy and accountability— is there a common European theoretical framework?, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- CRAIG, P. (2011): Legitimacy in Administrative Law: European Union, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- D'AURIA, G. (1998): Autorità e contratto nell'amministrazione italiana oggi, *Política del Diritto* núm. 2/1998.
- DE PALMA DEL TESO, A. (2000): *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ SASTRE, S. (2008): *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- DONNELLY, C. (2011): Problems of legitimacy in contracting-out and privatization, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- ENTRENA CUESTA, R. (1998): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, vol. I/1.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1988): Los principios constitucionales del procedimiento administrativo, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales y Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- FERRAJOLI, L. (2010): *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRARA, R. (1985): *Gli Accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione*, Milán: Giuffrè Editore.
- (1993): *Gli accordi di programa potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova: CEDAM.
- FORSTHOFF, E. (1958): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1979): Plan y Presupuesto como problema jurídico en España en *Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro*, Madrid, vol. I.
- (1980): La acción concertada. Nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración, en *Homenaje a Juan Galván Escutia*, Valencia.
- y MENÉNDEZ REXACH, A., y otros (2001): *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1989): Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa, en GOMÉZ-FERRER MORANT, R. (coord.) *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid: Civitas.

- (1989): *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas.
- y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1996 y 2002): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, tomo I.
- GARCÍA-TREVIANO FOS, J. A. (1974): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, tomo I.
- GARRIDO FALLA, F. (1987): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, vol. I.
- GIANNINI, M. S. (1980): *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid: INAP.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1997): *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, Madrid: Ministerio de Administración Públicas-Boletín Oficial del Estado.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1987): *Derecho Administrativo Español*, Pamplona: EUNSA, tomo II.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (1993): *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid: Civitas.
- (1996): *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid: Montecorvo.
- GROMITSARIS, A. (2007): Administrative Law within the legal system and in relation to practice, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- GUASP, J. (1971): *Derecho*, Madrid.
- HOFFMAN-RIEM, W. (1982): Selbstbindungen der Verwaltung, *VVDStRL núm. 40*.
- (1993): La reforma del Derecho Administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental, *Documentación Administrativa núm. 234*.
- (2007): The potential impact of Social Sciences on Administrative Law, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- HUERGO LORA, A. (1998a): *Los convenios urbanísticos*, Madrid: Civitas.
- (1998b): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Civitas-Universidad de Oviedo.
- KELSEN, H. (1979): *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F.: UNAM.
- KLOEPFER, M. (1993): En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado, *Documentación Administrativa núm. 235-236*.
- KREBS, W. (1993): Contratos y convenios entre la Administración y particulares, *Documentación Administrativa núm. 235-236*.
- LADEUR, K-H. y PRELLE, R. (2002): Judicial control of Administrative procedural mistakes in Germany: A comparative European view of environmental impact assessment, en LADEUR, K-H. (ed.) *The Europeanisation of Administrative Law*.



- Transforming national decision-making procedures*, Burlington: Ashgate-Dartmouth.
- LARENZ, K. (2001): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- LE SUEUR, A. (2007): Administrative justice and the rise of informal dispute resolution in England, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- LOBENHOFER, M. y GARCÍA FRÍAS, A. (2004): Resolución alternativa de conflictos tributarios en Alemania: la aplicación en la práctica de los acuerdos sobre hechos, *Quincena Fiscal* núm. 6.
- LÜBBE-WOLF, G. (1993): El principio de cooperación en el Derecho medioambiental, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- MASUCCI, A. (1997): Apuntes reconstructivos de la Ley sobre Procedimiento Administrativo en Italia, *Documentación Administrativa* núm. 248-249.
- MAUNZ, T. (1981): Selbstbindungen der Verwaltung, *D...V* núm. 34.
- MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- MAYER, O. (1924): *Deutsches Verwaltungsrecht*, Lipsia, tomo I, 3ª edición.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1993): Procedimientos administrativos, finalización y ejecución, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.) *Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid: Tecnos.
- MERKL, A. (2004): *Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada: Editorial Comares.
- MEUWESE, A., SHUURMANS, Y. y VOERMANS, W. (2010): Towards a European Administrative Procedure Act, en DE GRAAF, K. J., JANS, J. H., PRECHAL, A., y WIDDERSHOVEN, R. J. (eds.) *European Administrative Law: Top-Down and Bottom-Up. Proceedings of the First REALaw Research Forum*, Groningen: Europa Law Publishing.
- MORELL OCAÑA, L. (1997): *Curso de Derecho Administrativo*, Pamplona: Aranzadi, tomo II.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1977): Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración, *Revista de Administración Pública* núm. 84.
- (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid: lustel, tomo I.
- NEHL, H. P. (1999): *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford: Hart Publishing.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (2009): Gobernanza: trampa o adivinanza, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza: El Justicia de Aragón.

- PAREJO ALFONSO, L. (1983): *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid: Civitas.
- (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PAZ-ARES, C. y VELASCO CABALLERO, F. (1997): *Infracciones administrativas y auto-cartera en la sociedad anónima*, Madrid: McGraw-Hill.
- PÉREZ MORENO, A. (1989): Crisis de la participación administrativa, *Revista de Administración Pública* núm. 119.
- PONCE SOLÉ, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid: Lex Nova.
- (2010): Procedimiento administrativo, globalización y buena administración, en PONCE SOLÉ, J. (coord.) *Derecho Administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- (2011): Del antiguo régimen a la Administración contemporánea. La legitimación administrativa en la historia: del paradigma burocrático al derecho a la buena administración, en ZAMBONINO PULITO, M. (coord.) *Nacimiento y desarrollo de la Administración moderna. La libertad de comercio pasado y presente. Los grandes maestros del Derecho Administrativo contemporáneo. V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2001): Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en DAMIÁN MORENO, J. (ed.) *Derecho y Proceso*, Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM-BOE.
- RIVERO, J. (1965): À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris: Librairie Dalloz.
- (1978): L'administration et le droit, *Revue internationale des sciences administratives*, vol. XLIV.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M<sup>o</sup>. (1997): Los convenios entre Administraciones públicas, Madrid: Marcial Pons.
- (2005): El artículo 24.1 CE como 'norma de conducta' para jueces y tribunales y 'norma de control' para el Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 74.
- (2007): *La Administración del Estado Social*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- (2011): «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la Ley contraria al Derecho comunitario y de la Ley inconstitucional, *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 38.
- ROYO VILLANOVA, A. (1946): *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid.

- SALA ARQUER, J. M. (1992): Huida al Derecho privado y huida del Derecho, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 75.
- SÁNCHEZ SÁEZ, J. A. (2004a): *Los convenios administrativos para la protección ambiental*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- (2004b): Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente, *Revista de Administración Pública* núm. 163.
- RUFFERT, M. (2007): The Transformation of Administrative Law, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á. (1986): Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo, *Revista de Administración Pública* núm. 111.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1979): El principio de participación en la Constitución Española, *Revista de Administración Pública* núm. 89.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2000): *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, vol. II.
- SAVIGNY, M. F. C. (1878): *Sistema de Derecho Romano Actual*, Madrid: Góngora y Compañía Editores, Tomo II.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (1993): La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- (2006): Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2008): Structures and Functions of Administrative Procedures in German, European and International Law, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2011): Legitimacy and accountability as a basis for administrative organization and activity in Germany, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- SCHMITT, C. (2009): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial.
- SCHNEIDER, J. P. (2008): La evolución del procedimiento tipo de la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976: hacia un modelo integral y comprensivo, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- SCHRÖDER, M. (2007): Administrative Law in Germany, en SEERDEN, R. (ed.) *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, Oxford: Intersentia.

- SCHULTE, M. (1993): Actuación administrativa informal, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- (1995): *Schlichtes Verwaltungshandeln*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- SCHWARZE, J. (2006): *European Administrative Law*, Londres: Thomson-Sweet and Maxwell.
- SHULZE-FIELITZ, H. (1993): ¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- SHAPIRO, M. (2002): Two transformations in Administrative Law: American and European?, en LADEUR, K-H. (ed.) *The Europeanisation of Administrative Law. Transforming national decision-making procedures*, Burlington: Ashgate-Dartmouth.
- STOBER, R. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (1995): Las actuaciones materiales o técnicas, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* núm. 267.
- STOLLEIS, M. (1993): Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo, *Documentación Administrativa* núm. 234.
- TARELLO, G. (1974): Formalismo giuridico, en *Diritto, enunciati, usi*, Bolonia: Il Mulino.
- VANELLI, L. (1997): Tendencias del Derecho Administrativo en Italia, *Documentación Administrativa* núm. 248-249.
- VELASCO CABALLERO, F. (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid: Tecnos.
- (1998): *La información administrativa al público*, Madrid: Montecorvo.
- (2011): The legitimacy of the Administration in Spain, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- VIPIANA, P. M. (1990): *L'autolimita della pubblica amministrazione, l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milán: Giuffrè Editore.
- VOSSKUHLE, A. (2007): The reform approach in the German Science of Administrative Law: the 'Neue Verwaltungsrechtswissenschaft', en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- WEBER, M. (1969): *Economía y sociedad*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- WÜRTEMBERGER, T. (1993): Aceptación a través del procedimiento administrativo, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- ZANOBINI, G. (1958): *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, Milán: Giuffrè Editore.

# EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN EN EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL<sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

UNAI ABERASTURI GORRIÑO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN Y LOS REQUISITOS PARA RECLAMARLA.– III. SOBRE LA NECESIDAD DE PROBAR QUE HA HABIDO UN DAÑO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS MORALES Y A LAS CAUSAS QUE JUSTIFICAN EL DEBER DE SOPORTAR EL DAÑO: 1. Breve referencia al concepto de daño. La falta de definición en la LOPD. 2. La necesidad de que el daño sea efectivo. La obligación de probar la existencia del daño moral en el ámbito de la protección de datos. 3. El deber de soportar el daño en el ámbito de la protección de datos.– IV. LA NECESIDAD DE QUE SE PRODUZCA UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTENIDO DE LA LOPD.– V. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.– VI. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO AL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.– VII. CONCLUSIÓN.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* Este trabajo tiene por objeto analizar las características del derecho de indemnización en el ámbito de la protección de datos de carácter personal y determinar los requisitos que han de darse para que ese derecho pueda ejercerse. Cada vez son más los supuestos en que los titulares de los datos exigen una indemnización en atención a un supuesto daño causado por la manipulación de los datos que le conciernen por parte de responsables de ficheros o encargados de tratamientos. La Ley orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal no recoge una regulación extensa sobre este hecho, por lo que se plantea la necesidad de interpretar la letra de diversas normas para concretar cuándo y cómo se puede reclamar una tal indemnización.

*Palabras clave:* indemnización; protección de datos de carácter personal; daño moral; reclamación.

*ABSTRACT:* This work has the object to analyze the characteristics of the right of compensation in the scope of the protection of personal data and determine the requirements that have to be taken to exercise the right. There are more and more cases in which the holders of the data require a compensation in response to a damage caused

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 de octubre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 26 de octubre de 2012.

(\*\*) Este artículo constituye una versión revisada, completada y actualizada de un apartado de la tesis doctoral «Los Principios de la Protección de Datos aplicados en la Sanidad», defendida por el mismo autor el 5 de mayo de 2011.

*by the treatment of personal data concerning him by responsible for files or responsible for treatments. The Organic Law on the Protection of Personal Data does not pick up a extensive regulation on this fact, so it is necessary to interpret the letter of various standards to specify when and how you can claim such a compensation.*

*Key words: compensation; data protection; moral damage; complaint.*

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho a la autodeterminación informativa se encuentra completamente consolidado como Derecho Fundamental autónomo, fundamentado en el artículo 18.4 de la Constitución Española y que reconoce, tal como estableció con prontitud el Tribunal Constitucional (1), una capacidad de control a las personas sobre los datos de carácter personal que les conciernen (2). Aún así, a pesar de tratarse de un derecho plenamente reconocido e integrado en el ordenamiento jurídico, son cada día mayores los riesgos de su vulneración en la sociedad actual.

Como desde hace tiempo vienen poniendo de manifiesto autores y Tribunales, el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), vertiginoso y al parecer sin límite (3), pone al alcance tanto de la Administración como de las compañías e incluso de particulares todo tipo de datos de las personas cuya manipulación le resultará al titular de los datos muy difícil de controlar, sea por desconocimiento sea por la complejidad de los procedimientos o simplemente por razones económicas. Las dificultades de control se multiplican en los tan comunes supuestos en que unos datos vinculados a una persona concreta son cedidos, con consentimiento o sin él, sucesivamente entre diferentes responsables de fichero, incluso en el ámbito internacional. Quiere decirse que si bien este derecho fundamental a la protección de datos pretende garantizar al titular un poder de control y disposición sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, al objeto de impedir que se atente a la dignidad de las personas, al ciudadano común le resultará dificultoso en la práctica materializar ese poder de control que tiene reconocido. Este hecho se pone de manifiesto si se atiende a las numerosas denuncias que se interponen ante las diferentes agencias de protección de datos (APD) al entender los titulares de los datos que los diferentes responsables de fichero, sujetos públicos o privados, han incumplido la letra de la Ley. La práctica refleja que el control efectivo de los titulares de los datos sobre la información que les concierne no se lleva a cabo durante el tratamiento de la misma por parte de los responsables del fichero, encargados del tratamiento o usuarios de los datos. Las citadas denuncias reflejan que, cuando se plantea alguna duda o surge algún problema vinculado a la manipulación de datos de una persona, dicho sujeto acabará, en un gran número

(1) STC 30 de noviembre de 2000, FFJJ. 4 y 5.

(2) PÉREZ LUÑO (1992); MURILLO DE LA CUEVA (1990); PIÑAR MAÑAS (2009: p. 93).

(3) STS 3 de noviembre de 1997, FJ. 10. CASTELLS (1997); MUÑOZ MACHADO (2000: p. 11).

de ocasiones, ejerciendo un control *a posteriori* sobre sus datos, acudiendo a la correspondiente Agencia de Protección de Datos o a los Tribunales.

La Ley Orgánica de Protección de Datos recoge un amplio contenido dirigido a garantizar el control de las personas sobre sus propios datos. Por un lado, reconoce una serie de principios que el responsable del fichero o el encargado del tratamiento ha de respetar siempre que manipule información de carácter personal. Por otro, regula una serie de derechos que el propio titular de los datos puede ejercer activamente, entre los que se encuentra el derecho de indemnización.

Lógicamente, como ocurre en los distintos ámbitos de la realidad, el incumplimiento de los principios y derechos que reconoce la Ley por parte del responsable del fichero o del encargado del tratamiento conllevará una sanción, tal como se subrayará más adelante. La imposición de esta sanción se realizará atendiendo al procedimiento que establece el reglamento que desarrolla la LOPD (4). No obstante, más allá de la posibilidad de que se sancione al responsable del fichero o encargado del tratamiento por los motivos señalados, la Ley prevé un instrumento específico a favor de los titulares de los datos para los supuestos en que la actuación de los señalados sujetos cause un daño a dichos titulares. Se trata del derecho de indemnización.

Este derecho, que a la postre viene a ser el que más interés suscita entre los ciudadanos, resulta esencial en un mundo cada vez más complejo y en el que la tecnología coloca a las personas en situación de peligro para su vida privada y libertad. En este sentido, es claro que las actuaciones de responsables y encargados de tratar los datos pueden causar daños y perjuicios a sus titulares, que de algún modo deben ser reparados. Sería el caso, por ejemplo, de un centro sanitario que perdiera una historia clínica donde figura que una persona está infectada por el VIH, documento que cae en manos de un tercero que toma decisiones perjudiciales para dicho sujeto, como puede ser un despido laboral (5). El ámbito de la responsabilidad por daños en la protección de datos personales queda configurado en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que es lo que se va a analizar en este trabajo.

## II. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN Y LOS REQUISITOS PARA RECLAMARLA

Junto a los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, consulta del registro general de protección de datos e impugnación de valoraciones,

---

(4) Artículo 120 y ss. Real Decreto 1720/2007, 21 de diciembre de 2007, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la LOPD (RDLOPD).

(5) STEDH 17 de julio de 2008, I. v. Finlandia, FFJJ 53 y siguientes, en los que se admite el derecho de indemnización a una persona seropositiva, por daños patrimoniales y morales causados por accesos indebidos a su historia clínica por personas que no estaban implicadas en su tratamiento sanitario.

la LOPD recoge en un apartado específico, al contrario de lo que hacía la normativa estatal anterior (6), un derecho de gran relevancia práctica como es el derecho a la indemnización. La Ley reconoce simplemente el derecho del titular de los datos a ser indemnizado en los casos en que sufra algún daño o lesión en sus bienes o derechos debido al incumplimiento de lo dispuesto en la LOPD por el responsable o encargado del tratamiento (7), y determina que la exigencia de la indemnización se realizará dependiendo de si se trata de ficheros públicos o privados en base a la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración o en la jurisdicción ordinaria (8).

La regulación que la LOPD lleva a cabo de este derecho trae causa de lo dispuesto en la Directiva europea de protección de datos (9), que reproduce, prácticamente, la propuesta de nuevo reglamento de protección de datos en el ámbito de la UE que en la actualidad se está debatiendo (10). La formulación de la Ley es excesivamente genérica y resulta insuficiente al no concretar con cierto rigor los requisitos que han de cumplirse para reclamar la indemnización. Simplemente se reconoce al titular de los datos el derecho a ser indemnizado sin regular nada sobre los perjuicios que deben ser indemnizados, sobre los criterios a tener en cuenta para valorar los daños, así como los casos de exclusión de responsabilidad. Esta regulación no ha encontrado desarrollo en el RDLOPD. Tampoco la doctrina se ha prodigado en analizar el contenido de este derecho (11).

Por su parte, los tribunales tampoco han desgranado con claridad las características del derecho a la indemnización. Lo cierto es que en la jurisprudencia pueden encontrarse algunos supuestos en que se ha aplicado el artículo 19 LOPD. Sin embargo, la mayoría de veces esta aplicación se ha realizado refiriéndose a un supuesto concreto, como es el de los registros de morosos, en los que el responsable mantenía datos erróneos sobre la morosidad de una persona (12),

---

(6) HERRÁN ORTIZ (2002: p. 258); GUICHOT (2005: p. 410).

(7) Artículo 19.1 LOPD.

(8) Artículo 19.2 y 19.3 LOPD.

(9) Artículo 23 Directiva 95/46/CE: «1. Los Estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido. 2. El responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño».

(10) Artículo 77 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, 25 de enero de 2012, COM (2012) 11 final.

(11) PUYOL MONTERO (2010: p. 1.263), realiza un interesante análisis al respecto.

(12) SAP de Islas Baleares 13 de octubre de 1998; SAN 29 de abril de 2004, FJ 4: señala que el mero mantener de unos datos más del tiempo debido sin haberlos cancelado da derecho a indemnización. Sin embargo, esta vulneración del derecho a la protección de datos se reconoce como acarreadora de derecho a la indemnización en la medida en que queda probado que dicha circunstancia le causó daños al titular: la empresa que conservó los datos del trabajador más de lo



y en estos casos limitados no se ha definido cuáles son las características del derecho a la indemnización reconocido en la Ley. En otros supuestos en que los tribunales han aceptado la existencia de un derecho a la indemnización lo han hecho basándose en la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho del Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (13), y no en el artículo 19 que se está comentando o al menos no exclusivamente. En algún caso incluso la doctrina ha parecido dar a entender que el derecho de indemnización por vulneración de la normativa de protección de datos se produce en la medida en que se vulneren los derechos al honor, intimidad o imagen (14). Sin embargo, cabe apuntar desde ahora, el derecho a la intimidad, el derecho al honor y el derecho a la autodeterminación informativa, son derechos fundamentales independientes, distintos y diferenciables, y el ejercicio de ninguno de ellos condiciona el ejercicio del otro, configurándose cada uno con sus propias características, por lo que, al contrario de lo que está extendido, la vulneración del derecho a la protección de datos no siempre lleva aparejado daño a la intimidad o al honor. Si bien es cierto que en la propia Constitución se relacionan irremediamente el derecho a la autodeterminación informativa y los derechos al honor o la intimidad, la autonomía de esos derechos es hoy día plenamente reconocida. Así, puede darse el supuesto de que el responsable o el encargado del tratamiento de datos incumpla lo dispuesto en la LOPD causando un daño, sin que ese incumplimiento afecte al derecho a la intimidad ni al derecho al honor, con lo que vendría a ser de aplicación el artículo 19 de tanta cita. Es el caso, por ejemplo, de los daños económicos producidos por el hecho de que una empresa conserva los datos que debía haber cancelado facturando un servicio que ya no presta al titular de los datos. En este sentido, los tribunales en algún supuesto han subrayado también esta distinción (15). Desde un punto de vista práctico, esta diferenciación tiene gran relevancia, pues deberá plasmarse en una demanda que se pueda interponer contra un responsable de fichero, si lo que se pretende es exigir indemnización diferenciada por cada una de las intromisiones (16). Otra cosa sería que se exigiera indemnización alegando el 19 LOPD exclusivamente, pero basándose en una intromisión ilegítima en la intimidad, honor o imagen, como se ha dicho antes.

---

debido no los puso en conocimiento del propio trabajador titular de los datos impidiendo que éste último tuviera todos los medios posibles de defensa en un procedimiento laboral paralelo. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Registro de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de dato», *Aranzadi Civil-Mercantil* n° 3, 2011; SARAZÁ JIMENA, Rafael, «Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos», *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 7, 2011

(13) Artículo 9 LO 1/1982, 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidad personal y familiar y propia Imagen. STS 9 de abril de 2012, FJ. 4.

(14) ROVIRA SUERIO (1999: pp. 122-124).

(15) SAP de Cádiz 30 de enero de 2004, FJ. 3.

(16) STS 12 de septiembre de 2011, FJ. 6; STS 30 de marzo de 2011, FJ. 6.

Como se puede observar, las referencias aportadas por las normas y la jurisprudencia aclarando el contenido y ámbito de aplicación del citado artículo 19 son escasas. De esta manera, resulta conveniente analizar una serie de cuestiones que ayuden a entender cómo se aplica este precepto en la práctica.

En relación al concepto, es conocido, y no merece mayor análisis, que cuando se hace referencia a la indemnización se está aludiendo a la reparación o resarcimiento de un daño (17). La disposición objeto de este estudio, por lo tanto, reconoce el derecho a dicha reparación. El sentido de la inclusión del derecho a la indemnización en la vigente Ley orgánica de protección de datos es evidente. Cuando la acción de un responsable o encargado de tratamiento incumple lo dispuesto en la LOPD dicha actuación será objeto de sanciones, que se prevén también en la misma Ley y que, hay que decirlo, son en este ámbito especialmente duras o gravosas (18). Sin embargo, más allá del hecho de que las agencias de protección de datos o los tribunales puedan imponer sanciones a quienes incumplen el contenido de las normas, las actuaciones de responsables y encargados pueden causar daños a los titulares de los datos que den derecho a una indemnización. Partiendo del clásico principio de que quien causa un daño tiene que repararlo, las normas han admitido expresamente que en estos casos es posible acudir a las vías ordinarias para exigir responsabilidad al responsable o encargado del tratamiento y obtener una indemnización, sin necesidad de acudir previamente a la agencia de protección de datos correspondiente (19).

Lo verdaderamente relevante a la hora de aclarar el artículo 19 LOPD es la determinación de las condiciones que han de darse para que surja el comentado derecho a la indemnización. La Ley viene a decir que cuando un incumplimiento de lo dispuesto en ella produzca un daño o lesión surgirá el derecho a reclamar una indemnización. De ello se deriva que para que se pueda exigir la indemnización deben darse dos circunstancias, tal como ha reconocido en algún caso la jurisprudencia (20).

Primero, y es el punto más conflictivo, deberá existir un daño o lesión que justifique la reclamación de la indemnización. Independientemente de si la exigencia se realiza a una Administración, a una empresa o a un particular, lo más complejo será determinar si se ha producido un daño susceptible de ser indemnizado. Hay que advertir, sin embargo, que la LOPD, al contrario que la Ley 1/82 de Protección del Derecho al Honor y a la Intimidad en su artículo 9, no establece la presunción de la existencia de daño cuando se acredite el

---

(17) GÓMEZ DE MERCADO (2009: p. 83). <http://www.rae.es>.

(18) Artículo 43 LOPD y siguientes.

(19) HERRÁN ORTIZ (2002: p. 257).

(20) SJPI nº 14 de Valencia 5 de octubre de 2005, FJ. 3: «El derecho de indemnización se justifica con la concurrencia de dos aspectos a la vez: por una parte, la conducta del incumplimiento de algún precepto de la Ley o una conducta imprudente que origine responsabilidad en relación con la LOPD y, por otra parte, que esa conducta de incumplimiento o negligente haya producido una lesión en los bienes o intereses del afectado». En el mismo sentido SAP de Cáceres 16 de septiembre de 2009, FJ. 2.

incumplimiento de los principios de la protección de datos. Por lo tanto el daño o lesión hay que probarlo, aunque sea mínimamente. Segundo, hay que tener en cuenta que la letra de la Ley exige que el daño se produzca por un incumplimiento del responsable o encargado del tratamiento. La referencia al hecho de que se haya de dar un «incumplimiento» significa que debe haber un comportamiento incorrecto de las indicadas personas para poder reclamar con fundamento en el artículo 19 LOPD (21). De manera que la indemnización en atención a este precepto no podrá derivar de un comportamiento correcto o normal que cumpla con los requisitos exigidos por la normativa de protección de datos. Al estudio de estos dos condicionantes se dedicarán los apartados siguientes.

### **III. SOBRE LA NECESIDAD DE PROBAR QUE HA HABIDO UN DAÑO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS MORALES Y A LAS CAUSAS QUE JUSTIFICAN EL DEBER DE SOPORTAR EL DAÑO**

#### **1. Breve referencia al concepto de daño. La falta de definición en la LOPD**

La LOPD señala que cuando un incumplimiento de la Ley produzca un daño o lesión surgirá el derecho a reclamar la indemnización. Esta expresión, que en un principio no parece plantear problemas interpretativos de relevancia, ha de ser analizada con cierta procura, pues si bien reconoce la necesidad de que se produzca un daño, no se detallan las características que ha de guardar el mismo para que nazca el derecho de indemnización.

El daño hace referencia a todo perjuicio padecido en bienes y derechos, tengan éstos carácter patrimonial o extrapatrimonial (22). Se trata, por lo tanto, de un concepto especialmente amplio (23). No es este el lugar para llevar a cabo un estudio pormenorizado sobre los requisitos que ha de cumplir el daño o la lesión para que se entienda sea susceptible de indemnización. No obstante, no puede dejar de realizarse una breve referencia a este punto para comprender el alcance del derecho que se comenta. En este sentido, la LOPD no hace referencia alguna concretando las características que debiera cumplir el daño o la lesión. De esta manera, hay que acudir a la teoría general que analiza la responsabilidad patrimonial de la administración y la responsabilidad civil para determinar cuáles son esas características.

En el segundo caso, el Código Civil (CC) no recoge una regulación específica sobre lo que ha de entenderse por daño a efectos de exigir la responsabilidad civil, más allá de matices puntuales realizados, por ejemplo, a la hora

---

(21) BUISÁN GARCÍA (2008a: p. 397); PUYOL MONTERO (2010: p. 1.267).

(22) BARTUAL RAMÓN (2010a: p. 170)..

(23) BARTUAL RAMÓN (2010a: p. 172).

de determinar en qué consiste un daño material (24). Tampoco la normativa penal aporta nuevos criterios a la hora de definir las características del daño que da lugar a la responsabilidad civil derivada de un delito o falta (25). En el primero, desde la doctrina iuspublicista se han dado criterios bien definidos, basándose en lo que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LPAC) dispone en relación a la responsabilidad patrimonial de la administración, sobre las características del daño en este ámbito. En primer lugar, la lesión debe ser efectiva. La efectividad hace referencia a la necesidad de que el daño sea real y cierto, dejando a un lado los supuestos e hipotéticos daños (26). En segundo, debe ser económicamente evaluable. En la actualidad está plenamente asumido que tanto los daños patrimoniales como los daños de carácter extrapatrimonial, caso de los daños morales, son económicamente evaluables (27). En tercer lugar, deberá ser individualizable (28). Y por último, para que quepa el derecho a la indemnización, el lesionado no tendrá que tener obligación de soportar la lesión (29).

A falta de criterios propios aplicables en el ámbito de la protección de datos aportados por la LOPD, hay que atender a la normativa que se acaba de señalar en cada caso para determinar si existe daño o no a efectos de aplicar el artículo 19 de la Ley. En lo aquí toca, es especialmente interesante analizar los criterios determinados por el ordenamiento administrativo debido a que son fácilmente extrapolables al ámbito de la protección de datos. Es cierto que la extrapolación de esos criterios a otras ramas del derecho puede plantear algún problema interpretativo, sin embargo, la definición aportada por la LPAC es especialmente práctica a la hora de entender el contenido del precepto señalado de la ley de protección de datos. En lo que afecta a la indemnización en este ámbito interesa, sobre todo, analizar dos aspectos concretos. Primero, la necesidad de que el daño sea efectivo. Y, segundo, la referencia que se hace en la LPAC a que el lesionado no tenga la obligación de soportar el daño.

## **2. La necesidad de que el daño sea efectivo. La obligación de probar la existencia del daño moral en el ámbito de la protección de datos**

Para que exista indemnización, lo primero que deberá analizarse es si efectivamente la lesión se ha producido. Como se ha expuesto más arriba, el

---

(24) Artículo 1.106 CC: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes». DE ÁNGEL YÁGUEZ (1993: pp. 671-674).

(25) Artículo 109 y ss. Código Penal.

(26) BELLO JANEIRO (2009: p. 227). GONZÁLEZ PÉREZ (2010: p. 372).

(27) BELLO JANEIRO (2009: p. 233). GONZÁLEZ PÉREZ (2010: p. 379).

(28) GONZÁLEZ PÉREZ (2010: p. 397).

(29) Artículos 139.1 y 2 LPAC. GÓMEZ DE MERCADO (2009: p. 64); MEDINA ALCOZ (2009: pp. 75-76); PULIDO QUECEDO (2010: p. 180); BARTUAL RAMÓN (2010b: p. 189).

daño debe ser efectivo, real, y no supuesto o hipotético. Es necesario, por lo tanto, identificar ese daño.

Cuando a raíz de la actuación de un responsable se produzcan perjuicios económicos, daños patrimoniales, no se presentan mayores dificultades a la hora concretar el alcance de la indemnización. Es el caso antes citado en que en los ficheros de una empresa se conservan erróneamente los datos de una persona facturándole así un servicio del que ya se había dado de baja (30). Las dificultades surgen en relación a los daños morales, por el hecho de que los titulares de los datos pudieran alegar este tipo de lesiones siempre que una actuación del responsable del fichero vulnere la LOPD (31). Hoy día no se discute la indemnizabilidad del daño moral, si se tiene en cuenta, por ejemplo, la amplia expresión que emplea el CC cuando se refiere a la necesidad de «reparar el daño causado» (32). El problema reside en la determinación de la existencia y el alcance de este tipo de daños.

El daño moral se ha vinculado siempre con las actuaciones que vulneran los derechos de personalidad, entre los que se encuentra el derecho a la autodeterminación informativa (33). Este daño ha sido definido por la jurisprudencia como el sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud provocada por quien causa la lesión (34). Se trata del «sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extra-patrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc)» (35).

Debido a las características propias del daño, la determinación de los supuestos en que se produce un daño moral efectivo constituye una tarea especialmente compleja que ha llevado a parte de la doctrina a cuestionar múltiples decisiones de los tribunales en que se ha estimado la existencia de dichos daños. Se ha llegado a concluir que el concepto de daño moral está sufriendo una «deformación» y que está siendo empleado como si fuera «plastilina» (36). Esta

(30) SAP de Cádiz 30 de enero de 2004, FJ. 3.

(31) EGUSQUIZA BALMASEDA (2009: p. 183), hace también referencia a este hecho.

(32) 1.902 CC. DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1993: p. 675).

(33) DÍEZ-PICAZO (2008: p. 65).

(34) STS 22 de febrero de 2001 FJ 6. PUYOL MONTERO (2010: p. 1.277).

(35) ROVIRA SUERIO (1999: p. 248): la autora hace suya la definición que da el TS de daño moral, en relación a la STS de 25 de junio de 1984, FJ. 7; GONZÁLEZ PÉREZ (2010: p. 387); NAVARRO ESPIGARES y MARTÍN SEGURA (2008: p. 50): «Rodríguez Marín (...) los define como aquellos que recaen en bienes y derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto carecen de posibilidad de ser reparados en sentido estricto, al no ser susceptibles de tráfico jurídico, como ocurre con el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, o la muerte de un ser querido».

(36) DÍEZ-PICAZO (2008: p. 13 y p. 15).

situación se produciría debido a que parece que se ha asumido una posición significativamente amplia o expansiva de cuándo se produce un daño moral cuando se da una intromisión en los derechos de personalidad.

En muchas ocasiones ha parecido que cuando se da un incumplimiento de la LOPD se presume que se ha producido un daño o lesión al titular de los datos. Parte de la doctrina ha apoyado esta consideración (37), que podría fundamentarse también en previsiones normativas dirigidas a proteger los derechos al honor, la intimidad y la imagen, que abogan por esta presunción (38). Como apunta también la jurisprudencia al respecto de la señalada normativa, «el perjuicio es inherente a la existencia de una intromisión ilegítima, quedando reducida la controversia exclusivamente a la cuantificación económica de menoscabo por el daño moral» (39). En esta línea los tribunales han señalado que cuando hay una intromisión en los derechos al honor, intimidad o imagen «existe una presunción de existencia del daño moral, con carácter de verdadera presunción «*iuris et de iure*»» (40). La condición de *iuris et de iure* de esa presunción ha sido cuestionada por la doctrina con acierto, basándose en el derogado artículo 1251 CC, hoy incluido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (41), que disponía que las presunciones tendrán el carácter de *iuris tantum* a no ser que se exprese lo contrario (42), cosa que no sucede en la Ley orgánica reguladora de la protección civil del derecho al honor, intimidad e imagen. De esta forma, la presunción del daño podría admitir prueba en contrario. Sea como sea, esta presunción del daño ha sido cuestionada también por la doctrina (43).

Lo dicho hasta ahora tiene especial interés aquí debido a que la señalada presunción recogida en la LO 1/1982 ha tratado de trasladarse por algún

(37) HERRÁN ORTIZ (2002: p. 260), parece apoyar esta posición.

(38) Artículo 9.3 LO 1/1982: «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso ya la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». MINGORANCE GOSÁLVEZ (2010: p. 2.634).

(39) SAP de Cáceres 16 de septiembre de 2009, FJ. 7. En el mismo sentido, SAP de Barcelona 3 de mayo de 2000, FJ 4: «establece una presunción legal de producción de perjuicio siempre que se acredite al intromisión ilegítima, lo que supone que de tal intromisión debe seguirse una indemnización, comprensiva del daño moral y valorable en atención a las circunstancias del caso, a la gravedad de la lesión efectivamente producida en relación con la difusión del hecho divulgado».

(40) STS 25 de septiembre de 2008, FJ. 1.

(41) Artículo 385.3 LEC.

(42) ROVIRA SUERIO (1999: p. 237): se plantea la cuestión de la presunción del daño, que puede ser una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Partiendo de lo que dispone el 1251 CC, de que si no se dice otra cosa será *iuris tantum*, parece que no puede reconocerse que la presunción es *iuris et de iure*, cuando menos en lo que toca a los daños morales. Esta presunción implicaría una carga en la prueba teniendo que probar que el daño no se ha producido.

(43) Díez-PICAZO (2008: p. 82): en relación al 9.3 LO 1/1982 «La idea de que toda intromisión ilegítima supone un daño y que éste se presume, no parece que pueda ser fácilmente sostenida».

sector de la doctrina al ámbito de la protección de datos (44). Parece que en algún momento se ha entendido que el incumplimiento de los principios de la protección de datos supone un perjuicio, lo que conllevaría una indemnización. Refiriéndose al ámbito de la protección de datos, la jurisprudencia ha adoptado en alguna ocasión una posición muy flexible, reconociendo por ejemplo que la inclusión errónea de una persona en un fichero de morosos genera *per se*, independientemente de que un tercero haya accedido o no al fichero, daños morales, debido a que afecta al derecho al honor (45). Se puede citar también el supuesto en que datos sanitarios de una persona, que simplemente reflejan revisiones ordinarias, se cuelgan durante un plazo de tiempo, por un descuido, en la red sin que se demuestre que tercero alguno haya accedido a dicha información y sin que el titular tuviera conocimiento de tal circunstancia (46). Se entiende aquí que no es tarea sencilla argumentar que se haya causado en este caso daño alguno. Que la acción es sancionable por la Administración no plantea duda alguna. Sin embargo, que esa acción causa un daño o lesión en

---

(44) GRIMALT SERVERA (1999: p. 140), considera aplicable esta previsión en el ámbito de la protección de datos, afirmando que «siempre que haya existido un tratamiento ilegítimo se podrá presumir que ha existido un daño». En algún caso los tribunales también han puesto en relación directamente el artículo 19 LOPD y la presunción reconocida en la LO 1/1982, STS 9 de abril de 2012, FJ. 6; ZUNÓN VILLALOBOS, Manuel, «La garantía civil de la privacidad», *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 9, 2013, p. 10

(45) STS 24 de abril de 2009, FJ 2: «esta sala, en pleno, ha mantenido la posición de entender que la inclusión fallando a la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial —los llamados «registros de morosos»— implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro, erróneamente (...). «Y es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública». STS 9 de abril de 2012, FJ. 5, en el mismo sentido. Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Valencia 5 de octubre de 2005, FJ 3: en el caso concreto, se señala que la inclusión errónea de una persona en ficheros de morosos genera «una situación de zozobra o ansiedad» «además de molestias y pérdida de tiempo en arreglar lo que, solo por causa imputable a Uni2, se desarregló». SAN 14 septiembre 2001, FJ 3, en la que se da a entender que el hecho de que el responsable del fichero no haga efectivo el derecho de cancelación ejercido por el titular de los datos constituye en sí mismo un daño, en la medida en que lesiona el derecho de dicho titular a controlar lo que sucede con sus datos de carácter personal. No parece exigir nada más. De esta manera se decanta por una visión especialmente amplia, pues si toda afeción al derecho a la autodeterminación informativa constituye un daño, se puede llegar a entender que existe indemnización cada vez que se incumple la LOPD: «De este modo, no cabe razonar como lo hace el recurrente, que no existe daño, porque no hay agresión o lesión de la esfera privada o intimidad personal del individuo. Pues tal razonamiento ignora la existencia del contenido positivo del derecho. En efecto, la conducta de la entidad, que pese a certificar la cancelación, no cancela y continúa utilizando el dato, supone una agresión directa y por ende una clara lesión al derecho del afectado de que sus datos no sean utilizados. El recurrente, con habilidad centra la posibilidad de lesión en el aspecto negativo del derecho; pero olvida toda referencia al aspecto positivo o poder de control sobre los mismos. Y ciertamente, es difícil imaginar lesión mayor que el mantenimiento y uso del dato, pese a la procedencia de la cancelación».

(46) SAP Bizkaia 10 de noviembre de 2010. STS 9 de abril de 2012.

el titular de los datos es más que dudoso. Por un lado, porque ningún tercero ha accedido a dicha información. Y por otro, porque, como sucede en el segundo supuesto, el contenido de la información difícilmente pudiera ser empleado como instrumento para causar daño alguno a dicha persona, por lo que la sensación de zozobra que pudiera justificar un daño moral es difícilmente argumentable. En otros supuestos la indemnizabilidad del daño moral parece más evidente. Es el caso en que en el sistema sanitario navarro se permitieron accesos ilegítimos a la historia clínica de determinadas personas. Concretamente se permitió el acceso a fotografías que se sacaron a determinados pacientes durante una operación. A estas fotografías y a la historia clínica en general podían tener acceso profesionales del sistema sanitario que no tenían nada que ver con la paciente. En este caso el derecho a la indemnización parece perfectamente reconocible en la medida en que se han demostrado los accesos a la información (47).

La realidad es que la LOPD no establece ninguna presunción de daño, al contrario de lo que hace la LO 1/1982, y si el legislador no contempló un extremo de tanta importancia no fue precisamente por descuido u olvido, sino porque la aplicación de ese criterio a todos los casos de incumplimiento en materia tan compleja y de casuística casi infinita, podría desembocar en situaciones absurdas. Piénsese por ejemplo en el caso de que un responsable o encargado de fichero incumpla la obligación de adoptar determinadas medidas de seguridad durante un período de quince días, sin que ello haya conllevado pérdida o alteración de datos o consecuencia alguna y sin que el titular de los datos haya tenido siquiera conocimiento del incumplimiento. O en el supuesto de que un responsable de fichero no hubiera contestado a la solicitud de acceso efectuada por el titular de los datos. Estos incumplimientos son susceptibles de ser sancionados por las Agencias de Protección de Datos, pero difícilmente puede admitirse que supongan en sí mismos un daño o lesión que justifique una indemnización, pues no se alcanza a ver dónde está el perjuicio.

La ecuación que llevaría a admitir que cualquier incumplimiento de la Ley vulnera el derecho a la autodeterminación informativa del titular de los datos y que, por lo tanto, esa vulneración constituye una lesión susceptible de indemnización ha de ser rechazada. Evidentemente, todo incumplimiento de la Ley supone una actuación sancionable por la Agencia de Protección de Datos correspondiente primero y, en su caso, por los Jueces y Tribunales. Sin embargo, no toda vulneración de la Ley constituye una lesión o daño que conlleve aparejado derecho a indemnización (48). La propia jurisprudencia ha realizado ciertos matices con el fin de limitar las posibilidades de reclamar una indemnización, exigiendo en cada caso que el daño haya de probarse (49). Ante la pretensión, por ejemplo,

---

(47) STSJ de Navarra 8 de febrero de 2012, FFJJ. 2 y 3.

(48) SSAN 8 de marzo de 2006, FJ 4; 1 de octubre de 2008, FJ 6.

(49) SAN 12 de enero de 2001, FJ 2: se solicita responsabilidad patrimonial de la Administración por no haber cancelado datos sobre antecedentes policiales y por haber filtrado esta información a determinados sujetos que han causado al interesado perjuicios en forma de no contratación en deter-



de reclamar indemnización alegando el sufrimiento que ha causado el hecho de que el responsable del fichero no haya contestado a la solicitud de acceso llevada a cabo por el titular de los datos, los tribunales han señalado que es necesario que se demuestre que el daño es real y efectivo (50). En esta misma línea los tribunales han concluido también que la publicación en la página web de una empresa de los datos referidos al nombre y el puesto de trabajo de una persona, que ya no trabajaba en dicha empresa y que había ejercido el derecho de rectificación y cancelación, no supone daño moral alguno (51). De esta forma, a pesar de que en ocasiones parece que se ha relajado la exigencia de que se prueben los daños morales, no sólo en el caso de los derechos al honor, intimidad o imagen, sino en términos generales (52), hay que asumir que para poder alegar el daño moral ha de probarse que éste es real y efectivo. Se exige que este daño pueda objetivarse por la exteriorización de datos y circunstancias concretas, que son las causantes de la sensación de zozobra, desasosiego, angustia o ansiedad que representa el daño moral (53). La existencia de una lesión o daño ha de probarse, por lo tanto, en todo caso (54).

---

minados sectores, pérdida de amistades... Señala la AN que no queda probado que dichos daños se hubieran producido, por lo que no cabe indemnización alguna. SAN 31 de marzo de 2004, FJ 5: el titular de los datos llega a alegar la pérdida de confianza en las Administraciones Públicas como fuente de derecho a indemnización por daños morales. Señala la AN que esta pérdida de confianza no puede considerarse un concepto indemnizable, teniendo en cuenta que a través de la AEPD se han reparado las actuaciones defectuosas sobre los datos del titular y se asegura que no se volverán a suceder.

(50) SAN 18 de enero de 2006 FJ 4: señala la AN que «Como ha señalado el Tribunal Supremo (ST 15 de julio de 2002 , entre otras) para que el perjuicio pueda ser indemnizable, los daños han de ser reales y efectivos y ha de acreditarse su existencia, lo que el recurrente no ha realizado, pues no se ha probado la existencia de gasto alguno nacido de desembolsos efectuados por la misma en relación con los escritos que ha presentado ante los distintos organismos y el procedimiento seguidos para lograr el acceso a sus datos personales, no habiendo aportado documento alguno que los justifique». «Tampoco ha resultado acreditado el daño moral invocado por el actor, dado que los procedimientos instados ante la Agencia de Protección de Datos concluyeron mediante resoluciones favorables a las pretensiones del recurrente, logrando el acceso a la totalidad de sus datos personales obrantes en el INEM y la posibilidad de rectificar los mismos, viendo así restituidos plenamente sus derechos, mediante los mecanismos legales previstos para reparar esa actuación defectuosa y evitar que en el futuro pueda volver a repetirse». SAP de Badajoz 29 de abril de 2004, FJ. 4, en el mismo sentido: el hecho de que un responsable del fichero haya conservado los datos relativos a una persona más tiempo del debido, más allá del término de las relaciones contractuales entre el responsable del fichero y el titular de los datos, no implica la existencia de daño alguno. En el caso concreto que analizan los tribunales, sin embargo, la retención de los datos de forma contraria a la LOPD sin que el titular de los datos conociera este hecho impidió al titular de los datos conocer el conocer exactamente los extremos de que disponía la empresa para el fin que pretendía, que no era otro que el despido del titular de los datos. Del mismo modo, este hecho implicaba que dicho titular viera mermadas sus posibilidades de defensa. Este hecho implica, según los tribunales, una lesión susceptible de ser indemnizada

(51) SAP de Badajoz 2 de febrero de 2010 FJ 1.

(52) BARTUAL RAMÓN (2010a: p. 175).

(53) STS 7 de marzo de 2005 FJ 4.

(54) NAVARRO ESPIGARES y MARTÍN SEGURA (2008: p. 51); BARTUAL RAMÓN (2010a: p. 175).

Con lo dicho, y haciendo referencia a los casos señalados sobre la inclusión errónea de datos en un fichero de morosos o sobre el hecho de colgar determinados datos sanitarios por descuido en la red, no puede deducirse de estos hechos automáticamente la existencia de un daño moral efectivo en la medida en que ningún tercero ha accedido a dichos datos ni el titular tenía conocimiento efectivo de la situación en alguno de los supuestos. Dicho daño, como se ha comentado, deberá probarse. En el primer caso, podría argumentarse que al tratarse de datos erróneos se causaba al titular de los mismos una situación de inseguridad y desasosiego generadora de un daño moral merecedor de reparación. Sin embargo, esta situación debería demostrarse, e incluso en los casos en que se haya asumido la existencia de daños morales, debería plantearse si el titular de los datos tiene en estos supuestos derecho a recibir una compensación económica, como se verá al hablar de la reparación.

### **3. El deber de soportar el daño en el ámbito de la protección de datos**

Trasladando lo indicado por la LPAC al ámbito que aquí se estudia, si la actuación del responsable o encargado conlleva una lesión al derecho a la autodeterminación informativa, pero hay un motivo que justifica su acción e impone al afectado el deber de soportarla, no podrá solicitarse una indemnización. La necesidad de determinar cuándo existe ese deber de soportar el daño parece obvia.

La LOPD no dice nada sobre las causas de exclusión de responsabilidad por el tratamiento de datos. Sin embargo, la Directiva europea de protección de datos se refiere a modo de ejemplo a la fuerza mayor y a la responsabilidad del propio titular de los datos en la causación del daño (55). Partiendo de esta regulación, y haciendo una interpretación sistemática de las normas de protección de datos, parece que no hay problemas para admitir que son diferentes los supuestos que justifican la intromisión en el derecho a la protección de datos y el deber de soportar el daño. En este sentido, no habrá derecho a la indemnización si el daño se ha producido con el consentimiento del titular de los datos, en atención a las causas que exceptúan el derecho al consentimiento previstas en la LOPD, mediando la responsabilidad del propio titular de los datos o por la existencia de casos de fuerza mayor y, cuando se trata de la responsabilidad civil, casos fortuitos (56).

En relación al consentimiento, cabe apuntar que dicho consentimiento deberá contener las características que exige la LOPD: informado, específico, libre e inequívoco (57). Fundamentalmente, hay que tener en cuenta que para determinados datos, calificados como sensibles, será necesario que el consentimiento sea expreso

---

(55) Considerando 55 Directiva 95/46/CE.

(56) DE AHUMADA RAMOS (2004: p. 221), se ha entendido que el caso fortuito no exime a la Administración de la responsabilidad. BARRERO RODRÍGUEZ (2009: p. 81).

(57) Artículo 3.h) LOPD.

y, en algunos casos, incluso escrito (58), bastando para el resto de supuestos el consentimiento tácito (59). En relación a este último requisito, cabe señalar que la Ley orgánica que regula la protección civil del honor, intimidad e imagen exige el consentimiento expreso para entender que la intromisión en dichos derechos no comporta responsabilidad alguna, cosa que no sucede en el ámbito de la protección de datos (60). Esta distinción es importante a efectos prácticos, debido a que dependiendo del bien jurídico cuya vulneración se alega a efectos de solicitar una indemnización, las causas que legitimen la intromisión serán de un tipo o de otro.

El deber de soportar el daño puede derivar también del hecho de que una Ley exige y justifica dicha intromisión. En el ámbito de la protección de datos esta posibilidad aparece expresamente recogida en diferentes disposiciones de la Ley (61). En este caso, sin embargo, la norma no aclara si para poder argumentar la concurrencia de esta circunstancia basta con que la Ley prevea un tratamiento de datos o si es necesario que la Ley recoja expresamente que se justifica esa intromisión, como hace la propia LOPD en relación a los datos tributarios (62). Si bien en algún caso parece haberse abogado por la necesidad de que la Ley que se quiera argumentar para justificar la intromisión reconozca de forma expresa y rotunda la legitimidad de la intromisión (63), lo cierto es que en la práctica se han aceptado expresiones poco claras y definidas como justificadoras de las intromisiones (64). Aquí se interpreta que es necesario que de la letra de la Ley, que pretende justificar la intromisión, sea deducible la necesidad del tratamiento para que pueda legitimar la actuación correspondiente, empleando expresiones como «comunicarán», «transmitirán», «deberán», etc (65).

Además de los citados, en la LOPD se reconocen otra serie de supuestos en que se justifica la intromisión en el derecho a la autodeterminación informativa. Lógicamente, debido a la dimensión del trabajo que se presenta, no pueden analizarse aquí todos estos supuestos. Haciendo referencia a los casos más relevantes, se trataría de la manipulación de datos con fines sanitarios, con fines históricos, estadísticos y científicos, con fines policiales, la manipulación llevada a cabo por Jueces y Tribunales, Ministerio Fiscal, Tribunal de Cuentas o Defensor del Pueblo, la manipulación de datos provenientes de fuentes accesibles al público, etc. (66)

---

(58) Artículo 7 LOPD.

(59) Artículo 14.2 RD 1720/2007. PUENTE ESCOBAR (2009: p. 45).

(60) Artículo 2.2 LO 1/1982. ROVIRA SUERIO (1999: p. 150).

(61) Artículos 6, 7 y 11 LOPD.

(62) DA Cuarta LOPD.

(63) VALERO TORRIJOS (2001: p. 161).

(64) BUISÁN GARCÍA (2008b: p. 301).

(65) Artículo 53.2 Ley 29/2006, 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios: «Los profesionales sanitarios tienen el deber de comunicar con celeridad a los órganos competentes en materia de farmacovigilancia (...)».

(66) Artículos 6,7,8, 11, 21 y 22 LOPD, fundamentalmente.

Más allá de todos estos casos que se recogen en la propia Ley orgánica de protección de datos, cabe citar, como apunta acertadamente la Directiva de protección de datos, la fuerza mayor, a la que habrá que añadir el caso fortuito, como causas que obligan al titular de los datos a soportar el daño producido. En el ordenamiento español estas figuras se entienden recogidas en el artículo 1.105 CC, si bien pueden encontrarse referencias expresas a ese respecto en otras normas como en la LPAC (67). El caso fortuito ha sido genéricamente definido como la circunstancia intrínseca al funcionamiento de quien causa el daño, que causa el daño por motivos vinculados a la naturaleza de dicho funcionamiento u organización, con causa que se desconoce. La fuerza mayor, por su parte, se ha interpretado como la causa extrínseca al funcionamiento y organización de quien causa el daño, que causa el daño irremediable e inevitablemente, haya sido el daño previsible o no (68). La distinción entre ambas figuras es importante debido a que la posibilidad de alegar una u otra circunstancia dependerá de la vía adoptada para exigir la indemnización. En la vía administrativa, por ejemplo, si lo que se solicita es la responsabilidad patrimonial de la administración no podrá alegarse el caso fortuito para justificar el daño, pues, como ha asumido la doctrina siguiendo la letra de la LPAC, en ese ámbito sólo la fuerza mayor exime de responsabilidad a la administración (69). Desde la perspectiva de la protección de datos, la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor lleva a plantearse si en el ámbito de la Administración ésta ha de responsabilizarse cada vez que se haga efectivo cualquiera de los riesgos inherentes a la actividad administrativa. La fuerza mayor o el caso fortuito constituyen conceptos jurídicos indeterminados que deben definirse o delimitarse atendiendo a las características concretas de cada caso (70). En lo que aquí interesa, por ejemplo, la inclusión de unos datos en un fichero público implica un riesgo evidente e inherente a toda manipulación de datos de que un *hacker* se haga con esos datos, a pesar de que la administración respete lo dispuesto por las normas dirigidas a regular la protección de datos, fundamentalmente las medidas de seguridad. ¿Ha de responder la Administración por esta circunstancia? En algunos casos se ha argumentado que cuando la actividad administrativa genera un riesgo la administración ha de responder por los daños causados por haberse hecho efectivo dicho riesgo, sólo cuando el riesgo sea específico de esa actividad administrativa y no se trate de un riesgo genérico (71). Cabe preguntarse, por lo tanto, si el riesgo que genera el incluir unos datos de carácter personal en un fichero público constituye un riesgo específico de la actividad administrativa o no.

---

(67) Artículo 139.1 LPAC.

(68) BELLO JANEIRO (2009: p. 137); BARRERO RODRÍGUEZ (2009: p. 55).

(69) Artículo 139.1 LPAC. GONZÁLEZ PÉREZ (2010: p. 531); ALCOBA ARCE (2010: p. 304), entre otros.

(70) BARRERO RODRÍGUEZ (2009: p. 104).

(71) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (2010: p. 211).

Los supuestos citados hasta ahora constituyen circunstancias reconocidas en la normativa de protección de datos y la normativa administrativa y civil común. Más allá de esos específicos argumentos hay que atender a las normas concretas que se puedan alegar en cada caso, para ver si se recogen otros supuestos que justifican el deber de soportar el daño. En el caso, por ejemplo, de la Ley orgánica de protección civil del derecho al honor, intimidad e imagen, se deberán tener en cuenta los supuestos reconocidos en el artículo 8 de la Ley.

#### **IV. LA NECESIDAD DE QUE SE PRODUZCA UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTENIDO DE LA LOPD**

Se ha dicho más arriba que el artículo 19 LOPD reconoce el derecho de indemnización siempre que se produzca un «incumplimiento de lo dispuesto en la norma». De esta expresión puede deducirse que siempre que se lleve a cabo una manipulación de datos contraria al contenido de los principios y derechos que recoge la Ley, y que todo responsable, encargado o usuario del fichero debe respetar, puede nacer el derecho a una indemnización. Los incumplimientos de la LOPD pueden ser múltiples. Desde fallos en la configuración del sistema de información, fundamentalmente vinculados a la no adopción de las medidas de seguridad oportunas, hasta incumplimientos de carácter más sustantivo, como puede ser el no cancelar datos que han dejado de ser necesarios para cumplir las finalidades que justificaron su recogida o no informar al titular de los datos sobre las características que va a tener el tratamiento de datos pretendido.

El contenido de la Ley exige que se analicen, aunque sea mínimamente, dos cuestiones. En primer lugar, como se ha subrayado más arriba, la referencia al propio concepto de «incumplimiento» lleva a entender que es necesaria una actuación contraria a la norma, incorrecta, para poder aplicar el precepto de tanta cita. Es así, que el derecho a la indemnización de esta disposición no podrá derivar de un comportamiento correcto o normal que cumpla con los requisitos previstos en la normativa de protección de datos. Esta idea es importante subrayarla. La indemnización puede solicitarse por diferentes vías. En todas ellas, siempre que se quiera aplicar el artículo 19 LOPD, se requerirá que se demuestre que ha habido un comportamiento contrario a lo dispuesto en la Ley. A efectos prácticos esta consideración tiene relevancia, sobre todo si la indemnización quiere reclamarse ante la Administración. Es conocido que, como se señalará más adelante, a la hora de exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración las normas disponen que la Administración responde por los daños causados debido tanto a su funcionamiento anormal como normal (72). Pues bien, no debe confundirse lo dispuesto por las normas del ordenamiento administrativo con respecto a la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración y lo que dispone

---

(72) Artículo 139.1 LPAC.

la LOPD. En caso de que se produzca un tratamiento de datos en el ámbito de la Administración conforme a Derecho, es decir, que responde al funcionamiento normal, pero que causa un daño a la ciudadanía, no podrá reclamarse la indemnización en atención al citado precepto de la Ley de protección de datos, sino que deberá basarse en la normativa común que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y es que, como se ha subrayado en las líneas precedentes, la regulación que lleva a cabo la normativa de protección de datos del derecho a la indemnización exige una manipulación de datos contraria al contenido de la Ley para que nazca dicho derecho.

En segundo lugar, el ordenamiento no hace referencia alguna a si debe haber un elemento subjetivo específico en el incumplimiento a la hora de aplicar el artículo 19. De este hecho podría interpretarse que se apuesta por un concepto amplio de responsabilidad en el que toda vulneración de la LOPD que afecte a los datos de alguien puede otorgar derecho a indemnización, independientemente de si ha habido o no dolo o negligencia alguna imputable a quien ha incumplido lo dispuesto por la norma. En esta línea se ha llegado a reconocer que la previsión de la Ley puede constituir base para asumir una responsabilidad objetiva (73). Siempre que haya un incumplimiento y un daño parece que habrá derecho a la indemnización, independientemente de si existe un elemento de culpabilidad o no (74). En la práctica, en la mayoría de ocasiones, los tribunales no entran a analizar si en los incumplimientos se ha producido una actuación más o menos diligente (75), sino que se valora si el incumplimiento es imputable a un sujeto determinado. En algún caso se ha entrado a analizar el concepto de culpabilidad, alguna vez vinculándolo con procedimientos dirigidos a dirimir si existe o no derecho a la indemnización (76), y alguna otra vez vinculándolo con un procedimiento sancionador (77). Lo cierto es que a la hora de exigir responsabilidades, dependiendo de la vía seleccionada, se emplean criterios diferentes. Como se verá de forma somera más adelante, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual se ha admitido como norma general la responsabilidad subjetiva (78), mientras que en el ámbito de la administración, se entiende que

---

(73) SAP de Segovia 25 de abril de 2002, FJ. 1. GRIMALT SERVERA (1999: p. 149); PUYOL MONTERO (2010: p. 1.282); BUSTO LAGO, José Manuel, «La responsabilidad civil de los responsables de fichero de datos personales y de los encargados de su tratamiento», *Aranzadi Civil-Mercantil* nº 5, 2006, p. 14; ZUNÓN VILLALOBOS, Manuel, «La garantía civil de la privacidad», *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 9, 2013, p. 12

(74) GRIMALT SERVERA (1999: pp. 153-154); VALERO TORRIJOS (2001: pp. 222-223); GUICHOT (2005: pp. 410-414); GUERRERO PICÓ (2006: p. 309).

(75) SAP de Asturias 12 de mayo de 2006; SAP de Badajoz 10 de noviembre de 2010; SAP de Badajoz 29 de abril de 2004; SAN 2 de noviembre de 2011.

(76) SAP de Cáceres 16 de septiembre de 2009, FJ 8.

(77) SAN 12 de noviembre de 2010, FJ. 4. SAN 18 de mayo de 2010, FJ 4. SAN 27 de abril de 2006.

(78) Artículo 1.902 CC.

la responsabilidad patrimonial de la administración es objetiva (79), si bien es cierto que a esta afirmación debieran hacerse numerosos matices. A la hora de aplicar el artículo 19 LOPD, la Ley no determina si la responsabilidad es objetiva o subjetiva, sin embargo, parece que por norma general lo que habrá que analizar es si el incumplimiento es imputable a un sujeto determinado y si el titular de los datos tiene o no el deber de soportarlo.

Evidentemente, como han subrayado los tribunales en diferentes ocasiones, para que nazca la obligación de indemnizar a alguien, antes de nada será necesario que el incumplimiento sea imputable a la persona a quien se pretende reclamar la indemnización (80). De esta forma, reforzando esa idea de imputabilidad se trata de relajar los efectos iniciales que podrían derivarse de la consideración de una responsabilidad objetiva en este ámbito. En este sentido, a la hora de determinar esa imputación, en el ámbito de la protección de datos podría darse algún problema interpretativo. Probablemente, el que merece un comentario más detenido se refiere a determinar hasta dónde llega la responsabilidad de cada sujeto que interviene en la manipulación de unos datos.

El artículo 19 hace mención tanto a los responsables de los ficheros (81) como a los encargados del tratamiento (82). Además de éstos, el reglamento que desarrolla la LOPD se refiere también a los responsables de seguridad (83) y a los usuarios (84). No es este el momento de determinar las diferencias entre estos sujetos y sus funciones en el tratamiento de unos datos, sin embargo, sí es

---

(79) BARTUAL RAMÓN (2010b: p. 195).

(80) SAP de Zaragoza 30 de enero de 2009, FJ 3: para la aplicación del artículo 19 LOPD «el demandante ha de acreditar no sólo la existencia de daños o lesiones en sus bienes o derechos, sino además que los mismos derivan causalmente de la vulneración del deber de guardar secreto de los datos personales». STS 20 de abril de 2007, FJ 5: en relación al consentimiento informado en el ámbito sanitario, dirigido a la asistencia sanitaria, se señala que la falta de información por parte de la Administración sanitaria, al igual que el resto de actuaciones, para que generen derecho a ser indemnizado, es necesario que causen un daño derivado de dichos actos.

(81) Artículo 5.1.q) RD 1720/2007: «Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente».

(82) Artículo 5.1.i): «La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.

Podrán ser también encargados del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados».

(83) Artículo 5.2.l) RD 1720/2007: «persona o personas a las que el responsable del fichero ha asignado formalmente la función de coordinar y controlar las medidas de seguridad aplicables».

(84) Artículo 5.2.p) RD 1720/2007: «sujeto o proceso autorizado para acceder a datos o recursos. Tendrán la consideración de usuarios los procesos que permitan acceder a datos o recursos sin identificación de un usuario físico».

necesario apuntar que la normativa que regula la protección de datos debería fijar con mayor rigor hasta dónde llega la responsabilidad de cada uno de los sujetos en dicha manipulación. ¿Hasta qué punto puede imputársele a cada uno de estos sujetos el incumplimiento de la normativa de protección de datos? En principio, parece que cuando se produce un incumplimiento será el responsable del fichero el que responda por él. Sin embargo, la imputación al responsable, y no a los otros sujetos, se podrá realizar si el incumplimiento se produce a causa de un tratamiento controlado por dicho responsable. El responsable del fichero es el sujeto que decide sobre la finalidad, uso y contenido del tratamiento, por lo que si atendiendo a los criterios marcados por ese sujeto se incumple el contenido de la norma este incumplimiento será imputable al mismo. En caso de que los encargados, usuarios o responsables de seguridad incumplan lo dispuesto por la LOPD, cuando actúan sin atender a los criterios marcados por el responsable del fichero, sino por su cuenta y riesgo, la imputación del incumplimiento podrá realizarse directamente a estos sujetos. En principio, la aplicación de este criterio podría parecer sencillo, sin embargo, la práctica ha demostrado que dependiendo del caso no es tarea sencilla determinar a quién puede imputársele un incumplimiento determinado, debido, sobre todo, a la labor de tutela que ha de ejercer el responsable del fichero sobre el resto de sujetos que intervienen en su gestión.

Este hecho se ha puesto de manifiesto cuando actúan un responsable de fichero y un encargado de tratamiento. Es conocido que cada vez más las personas, públicas y privadas, externalizan algunos de sus servicios o determinadas funciones, para actuar, presuntamente, con mayor eficacia. El denominado *outsourcing* es hoy día una actividad común (85). Desde el punto de vista de la protección de datos en estos casos el responsable del fichero contrata a un tercero para que lleve a cabo una función determinada. Muchas veces este tercero, que es calificado como encargado del tratamiento, tiene que acceder a los datos contenidos en los ficheros del responsable para llevar a cabo las funciones para las que fue contratado. La manipulación que va a llevar a cabo este encargado la llevará en nombre del responsable del fichero. Es por ello que el tratamiento por el encargado de los datos contenidos en el fichero del responsable no requiere de un nuevo consentimiento de los titulares de los datos. Sin embargo, para que esta manipulación sea acorde a Derecho, es necesario que se formalice un contrato entre responsable y encargado donde se determine expresamente cuál es la función del encargado, qué datos tiene que manipular, qué medidas de seguridad ha de adoptar, etc. (86) Lógicamente, en la medida en que este encargado actúa siguiendo los criterios marcados

---

(85) DEL PESO NAVARRO (2003: p. 12).

(86) Artículo 12 LOPD. SAN de 11 de febrero de 2004, FJ. 4, subraya que la «prestación de servicios regulado en este precepto (artículo 12) es una figura especial con regulación también especial, donde el objeto del contrato, tratamiento de datos de carácter personal, al afectar a las libertades públicas y a los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su



por el responsable, deberá ser éste último el que responda de lo que haga el encargado. En principio, por lo tanto, el responsable no debería responder si el encargado actúa sin seguir los criterios marcados en el citado contrato. Los tribunales, sin embargo, han tomado decisiones que no siguen esta línea interpretativa. En algún caso los tribunales han analizado el supuesto en que un encargado manipula los datos en nombre de un responsable sin recabar el consentimiento del titular de los datos. Señalan los tribunales que en este caso el responsable tenía la obligación de asegurarse de que el encargado contaba con el consentimiento del titular de los datos para manipular la información. De alguna forma, parece que se otorga al responsable una obligación de tutelar la actuación del encargado, obligación de supervisar su actuación (87). Se observa, por lo tanto, que no es tan sencillo determinar cuáles son los criterios de imputabilidad a efectos de aplicar el artículo 19 LOPD, teniendo que atender a las circunstancias de cada caso para definir a qué sujeto concreto se puede vincular el incumplimiento.

En conclusión, se entiende que el ejercicio del derecho a la indemnización ha de llevarse a cabo en todo caso en base a principios bien definidos, donde se demuestre la existencia de daños efectivos y que dichos daños han sido causados por una actuación imputable al responsable o encargado del fichero. En consecuencia, la ecuación que llevaría a admitir que cualquier incumplimiento de la Ley vulnera el derecho a la autodeterminación informativa del titular de los datos y que, por lo tanto, esa vulneración constituye una lesión susceptible de indemnización en todo caso, ha de ser rechazada porque no toda la vulneración de la normativa de protección de datos constituye una lesión o daño. De haberlo querido, la ley así lo habría establecido presumiendo el daño en todo caso.

## V. LAS VÍAS DE RECLAMACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

La reclamación de la indemnización se llevará a cabo a través de los medios ordinarios. En este sentido, no corresponde a las diferentes agencias de protección de datos determinar si existe o no derecho a la indemnización ni la forma en que debe hacerse efectivo, en su caso, dicho derecho, tal como expresamente ha reconocido la AEPD en algún supuesto (88). Según la Ley las

---

honor e intimidad personal y familiar, no puede quedar sometido dentro del tráfico mercantil al mismo régimen que las mercancías o prestaciones de servicios de contenido puramente patrimonial».

«Por tanto, la disponibilidad de las partes sobre el objeto del contrato no es tan fuerte como en otro tipo de relación contractual, sino que debe ceder a lo escrupulosamente determinado en la Ley, a fin de que tales derechos no puedan quedar afectados».

(87) SAN 18 de mayo de 2010, FJ 4. En el mismo sentido SAN 27 de abril de 2006.

(88) Resolución AEPD, n.º: E/00011/2007, 13 de octubre de 2008, «su pretensión de indemnización, según lo dispuesto en apartado 3 del artículo citado debe ser dirigida ante la jurisdicción ordinaria sin que sea competencia de esta Agencia resolver sobre ella».

agencias pueden sancionar y, en el ámbito de la administración, al Director se le abre la opción de proponer la iniciación del procedimiento para exigir responsabilidad disciplinaria (89), entendida como la acción que ejerce la propia Administración en el ámbito interno (90). No obstante, más allá de lo señalado, las indemnizaciones se solicitarán por los medios comunes para ello.

En lo que toca a las vías que se han de seguir para reclamar la indemnización, la LOPD realiza una remisión a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración y la jurisdicción ordinaria. Evidentemente, resulta imposible afanarse en este momento en describir al detalle qué requisitos son necesarios y qué procedimiento se ha de seguir, para que el titular de los datos pueda exigir una indemnización bien a una Administración pública o bien a una persona privada, pues necesitaría de una labor que excede de las pretensiones de este trabajo. Bastará con una breve referencia a las distintas posibilidades que el afectado tiene para exigir la indemnización.

La reclamación se realizará dependiendo de si el responsable es una persona privada o una Administración. Cuando se trata de una persona privada la indemnización podrá solicitarse a través del procedimiento penal o civil (91). En el primer caso, cuando la actuación sancionable del responsable o encargado del tratamiento pueda encuadrarse en alguno de los tipos recogidos en el Código Penal (CP), normalmente los descritos en el artículo 197 y siguientes referentes a los delitos contra la intimidad, lo normal será que la indemnización se solicite, conforme viene establecido en el propio CP (92), o bien en la vía penal, siguiendo los criterios marcados en la norma penal, o en la vía civil, en cuyo caso se atenderá a los criterios establecidos en el Código Civil (CC). En el segundo caso, si la acción del responsable no constituye una infracción penal, la indemnización se solicitará en la vía civil. La reclamación de indemnización en esta vía se realizará, dependiendo de lo solicitado y de la cuantía de la indemnización exigida, siguiendo el procedimiento correspondiente al juicio ordinario o al juicio verbal (93). La reclamación podrá basarse exclusivamente en el artículo 19 LOPD o en las reglas marcadas por el CC para el nacimiento de la responsabilidad civil. La reclamación de la indemnización en este último caso deberá llevarse a cabo atendiendo a distintos criterios, dependiendo de si hay una relación contractual (94) o si no la

---

(89) Artículo 46.2 LOPD.

(90) HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS (2010: p. 418): «La potestad disciplinaria se considera como una acción represiva de carácter doméstico, dirigida exclusivamente a preservar el buen funcionamiento de la organización o del servicio público». En este sentido, el ciudadano afectado no tiene derecho a exigir responsabilidad disciplinaria.

(91) RUIZ CARRILLO (2001: pp. 109-110).

(92) Artículos 109 y siguientes CP.

(93) Artículo 249.1.2, 249.2 y 250 LEC.

(94) En cuyo caso habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 1.101 CC regulador de la responsabilidad contractual. ROVIRA SUERIO (1999: p. 35): se ha cuestionado que la vulneración de los derechos al honor, intimidad e imagen puedan conllevar responsabilidad contractual, pues

hay (95). En estos supuestos, para entender que existe el derecho a reclamar una indemnización, deberá estarse a los criterios comunes que determinan el nacimiento de la responsabilidad civil. No es este el lugar para profundizar en el sentido y características de esos criterios. Baste con apuntar que en los ámbitos señalados, a la hora de determinar si existe o no esa responsabilidad civil que da lugar al derecho de indemnización, en la mayoría de casos se interpreta que se trata de una responsabilidad subjetiva (96), si bien se ha subrayado por la doctrina la tendencia a la objetivación en la responsabilidad civil extracontractual en algunos ámbitos (97), tal como sucede en algunos casos de daño al medio ambiente.

Interesa profundizar un poco más en los requisitos que han de tenerse en cuenta cuando la reclamación se realiza frente a la Administración, cosa que sucede si quien ha causado el daño trabaja al servicio de la misma. En este supuesto la indemnización podrá exigirse empleando el procedimiento común para solicitar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Primero se hará ante la Administración responsable (98) y posteriormente ante los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ante los tribunales la indemnización podrá solicitarse a través de la vía ordinaria o empleando el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales previsto por la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) (99).

Por esta vía la indemnización podrá reclamarse basándose exclusivamente en el artículo 19.1 LOPD, si la actividad del responsable o encargado del tratamiento encaja en el comportamiento descrito en ese precepto. Sin embargo, esta reclamación también podrá realizarse en atención a las reglas comunes que describen las actuaciones que dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Según la LPAC la Administración responde por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que el daño sea efectivo, individualizado y económicamente evaluable, y el afectado no tenga el deber jurídico de soportar la lesión o que no haya un caso de fuerza mayor que lo justifique (100). En caso de que se cause un daño al derecho a la autodeterminación informativa, que cumpla con las características citadas, la reclamación de la indemnización se realizará empleando

---

podría entenderse que tales derechos no pueden ser objeto de contrato. P. 42. Hoy queda superado este debate y se admite que de la vulneración de esos derechos pueda derivar responsabilidad contractual como extracontractual, en aplicación de la LO 1/1982, que se refiere tanto a los daños extracontractuales como contractuales.

(95) Supuesto en que deberán tenerse en cuenta los artículos 1.902 CC y siguientes reguladores de la responsabilidad extracontractual.

(96) BELLO JANEIRO (2009: pp. 47-48).

(97) BARRERO RODRÍGUEZ (2009: p. 22).

(98) Artículos 139 y siguientes LPAC; RD 429/1993, 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

(99) Artículo 114 LJCA.

(100) Artículo 139 y 141.1 LPAC.

el procedimiento común para solicitar la responsabilidad patrimonial de la Administración. El que la indemnización se exija frente a una Administración puede constituir una ventaja si se atiende a las especiales características de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobradamente analizadas por la doctrina (101). Hay que partir de la idea de que la Administración responde tanto de su funcionamiento anormal como normal (102). En términos genéricos el funcionamiento anormal hace referencia a los supuestos en que la actuación de la Administración es contraria a las normas, en este caso a la LOPD y al reglamento que la desarrolla, pero también a otras normas técnicas específicas que establecen criterios más definidos sobre cómo se han de proteger los datos de carácter personal en ámbitos concretos (103). Esto último podría darse, por ejemplo, con la vulneración del principio de seguridad de los datos en el ámbito de la administración electrónica por incumplimiento de lo dispuesto en el Esquema Nacional de Seguridad (104). Por su parte, la responsabilidad por funcionamiento normal se ha tratado de limitar a determinados supuestos concretos (105). Más allá de este amplio punto de partida que reconoce la LPAC, la responsabilidad de la Administración ha sido calificada en numerosas ocasiones como objetiva, interpretando, sin mayor matiz, que la Administración ha de responder incluso cuando el daño se ha causado sin que haya existido negligencia en la actuación de las personas a su servicio (106). La Administración respondería en todo caso, siempre que se causara un daño. La aplicación de este criterio ha planteado serias dudas en ámbitos específicos como el sanitario, donde se ha acabado de entender que la obligación de los profesionales es de poner todos los medios a su alcance para asistir a las personas y no de resultados, y que el riesgo de causar daños es inherente a

---

(101) SÁNCHEZ MORÓN (2009: p. 911); MEDINA ALCOZ (2009); QUINTANA LÓPEZ y CASARES MARCOS (2009); PULIDO QUECEDO (2010), entre otros autores.

(102) Artículo 139.1 LPAC.

(103) BELLO JANEIRO (2009: p. 191).

(104) RD 3/2010, 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.

(105) BELLO JANEIRO (2009: p. 203), apunta, por ejemplo, al os supuestos de: —imputación por riesgo; —casos de ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas; —supuestos de enriquecimiento sin causa de la Administración. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (2010: p. 207): diferentes autores han defendido la siguiente postura: «como regla general, limitar los supuestos de responsabilidad única y exclusivamente a los casos de funcionamiento anormal del servicio público, y, sólo cuando excepcionalmente una ley específicamente lo prevea, atribuir responsabilidad por funcionamiento normal justificada la atribución en títulos de imputación concretos como puede ser el excesivo riesgo creado con la prestación del servicio público en determinados ámbitos o evitar el enriquecimiento injustificado de la Administración».

(106) DE AHUMADA RAMOS (2004: p. 55); GÓMEZ DE MERCADO (2009: p. 33); MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2009: p. 45); PULIDO QUECEDO (2010: pp. 162-163). GONZÁLEZ PÉREZ (2010: p. 220); BARTUAL RAMÓN (2010b: p. 195).

la actividad sanitaria (107). A pesar de ello, frente a posturas que han tratado de flexibilizar el criterio de la responsabilidad objetiva (108), ésta se ha defendido en algún caso también para las administraciones sanitarias (109). En términos genéricos se puede concluir que la asunción de esta posición cuando se reclama la responsabilidad a la Administración, podría llevar a ampliar los supuestos en que se puede solicitar una indemnización.

Como se puede observar, son diferentes las vías a emplear para reclamar una indemnización, lo que podría dar lugar al planteamiento de cuestiones prejudiciales que generarían situaciones complejas. Puede citarse aquí un supuesto concreto, dejando un análisis más profundo al respecto para futuras publicaciones. Se ha repetido en este trabajo que, ante la vulneración del contenido de la normativa de protección de datos, además de solicitar la indemnización oportuna puede iniciarse un procedimiento administrativo sancionador ante la Agencia de Protección de Datos correspondiente, que puede tener continuación ante los tribunales. Esta circunstancia, lógicamente, podrá dar lugar a que se produzcan en la realidad situaciones complejas e, incluso, contradictorias de difícil resolución (110). Por poner sólo un ejemplo, puede darse el caso en que se inicia un procedimiento sancionador ante una Agencia, que podría tener continuación ante los tribunales de lo contencioso administrativo, y, a su vez, un procedimiento de reclamación de indemnización en la vía civil o, incluso, en la penal. Así, podría pasar que la citada agencia entienda que no hay vulneración de la LOPD y que, en cambio, los tribunales interpreten que existe derecho a la indemnización. El ordenamiento establece instrumentos dirigidos a evitar las posibles contradicciones, previendo soluciones diferentes dependiendo de si nos encontramos ante procedimientos civiles (111) o penales (112), sin

---

(107) CUETO PÉREZ (1997: p. 229); RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004: pp. 101-106); BELLO JANEIRO (2009: p. 125).

(108) PANTALEÓN (1995: p. 73-79); MIR PUIGPELAT (2000: pp. 40-41); BELLO JANEIRO (2009: p. 204).

(109) CUETO PÉREZ (1997: pp. 230-233).

(110) Circunstancia que puede producirse también en otros ámbitos: CUBERO MARCOS (2011).

(111) Artículo 42.3 Ley 1/2000, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(112) Artículo 10 LO 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial. Artículos 40 y 42 Ley 1/2000, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BAL FRANCÉS (2010: p. 653). Artículo 7 RD 1398/1993, 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora: «1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial

embargo, puede apuntarse desde aquí que los propios tribunales han admitido la posibilidad de que se acaben tomando decisiones divergentes en distintas instancias sobre unos hechos (113).

Además de preverse diferentes vías para reclamar la indemnización pueden utilizarse también distintos argumentos jurídicos. Se ha visto hasta ahora que, con el fin de justificar la reclamación pretendida, sea ante un particular o ante la Administración, se podrían argumentar como base jurídica el citado artículo 19 LOPD o, respectivamente, los preceptos que regulan en el CC la responsabilidad civil o en la LPAC la responsabilidad patrimonial administrativa. Sin embargo, más allá de los preceptos apuntados la exigencia de responsabilidad puede realizarse también atendiendo a otras normas. Primero, podría basarse en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (114). Esta norma puede alegarse, por ejemplo, en el ámbito sanitario. En lo que afecta a los servicios sanitarios dispone esta norma que se responderá «(...) de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario» (115). Tanto la jurisprudencia como la doctrina han afirmado que este precepto es aplicable a los servicios que prestan los centros sanitarios, cuando menos en lo que afecta a la actividad administrativa

---

3. *En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien». Resolución R/01729/2008, procedimiento N° PS/00351/2008, 5 de diciembre de 2008: se plantea la suspensión del procedimiento por existencia de denuncia en Comisaría. Sin embargo, el hecho de que haya una denuncia pero no se haya iniciado un proceso penal impide que se pueda suspender el procedimiento administrativo.*

(113) SAP de Madrid 2 de junio de 2011, FJ. 2: «si bien los tribunales civiles carecen de jurisdicción para el ejercicio de la potestad sancionadora que recoge dicha ley (LOPD), sin embargo, la ostentan para el pronunciamiento sobre la indemnización de los daños o lesiones en los bienes o derechos de los interesados causados por los infractores en incumplimiento de lo dispuesto en la propia ley, siempre que se trate de ficheros de titularidad privada. Para pronunciarse sobre tal pretensión indemnizatoria los tribunales del orden jurisdiccional civil deberán resolver, a los solos efectos prejudiciales, las cuestiones administrativas planteadas». STS 30 de marzo de 2011, FJ. 3: «la presencia de una cuestión propia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de necesaria resolución para permitir la respuesta jurisdiccional a la cuestión principal, da vida a una cuestión prejudicial cuya resolución compete, a los solos efectos de resolver el proceso que ante él se suscita, al juzgador civil, dado que en el seno de dicho proceso las únicas cuestiones que tienen carácter devolutivo son las de naturaleza penal». BENITO SANCHO (2010: p. 324-327).

(114) Artículo 128 RDL 1/2007, 16 de noviembre, por el que se aprueba le Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

(115) Artículo 148 RDL 1/2007, 16 de noviembre, por el que se aprueba le Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

o de gestión organizativa (116), en la que se podría englobar gran parte de la acción de manipulación de datos en este ámbito (117). Segundo, la responsabilidad podría fundarse también en la LO 1/1982, 5 de mayo, de protección civil del Derecho al Honor, Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Como se ha repetido a lo largo de este trabajo, no es improbable que la actuación de un responsable del fichero o un encargado de tratamiento afecte a alguno de los indicados derechos, principalmente al derecho de intimidad (118). Cuando esto ocurre, la indemnización puede reclamarse en atención a lo que dispone la señalada Ley orgánica en su artículo 9. En los casos en que se vulneran estos derechos habrá que plantearse cuáles son los requisitos a tener en cuenta para que exista responsabilidad por intromisión ilegítima. Esta situación llevaría a tener en cuenta aspectos como los usos sociales, los actos propios, etc. (119)

## VI. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO AL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Cuando se ejerce el derecho de indemnización la pretensión final de quien lo ejerce suele ser la reparación del daño causado. La reparación no es otra cosa que la restitución de dicho daño a la persona. Esta reparación tendrá diferentes características dependiendo del tipo de daño que sea. Si se trata de un daño patrimonial la reparación consistirá en el restablecimiento de la situación del patrimonio al estado anterior en que se produjo el daño. Si se trata de un daño extrapatrimonial la reparación deberá consistir en una compensación por el daño causado (120).

La intromisión en el derecho a la autodeterminación informativa puede conllevar daños tanto patrimoniales como extapatrimoniales. En relación al primer supuesto, puede constituir un ejemplo el caso al que más arriba se ha hecho referencia en que la no cancelación de los datos de una persona por parte de una empresa implica que a esa persona se le facture un servicio del que se había dado de baja. Evidentemente, se trata de un daño patrimonial fácilmente reparable. Surgida la obligación de reparación a cargo del responsable o encargado del tratamiento de los datos, tratándose de reparar los perjuicios económicos, la fijación de la indemnización no ofrece especiales dificultades debiéndose seguir,

---

(116) STS 23 de octubre de 2008, FJ 4. BELLO JANEIRO (2009: p. 90).

(117) La referencia que en el citado precepto se realiza a «los daños originados en el correcto uso de los servicios» se ha entendido en algún caso como una fórmula que incorpora en este ámbito la forma objetiva de responsabilidad, como sucedía en la responsabilidad patrimonial de la Administración. BELLO JANEIRO (2009: p. 87).

(118) ZUNÓN VILLALOBOS, Manuel, «La garantía civil de la privacidad», *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 9, 2013.

(119) ROVIRA SUERIO (1999: pp. 135 y 139).

(120) DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1993: p. 900).

ante el vacío de la LOPD, las pautas que con carácter general tiene establecida la jurisprudencia atendiendo a lo que dispone el CC al respecto en materia de indemnización por daños y perjuicios. Resaltar en todo caso que la indemnización no solo debe contener la pérdida sufrida o daño propiamente dicho sino también el lucro cesante o ganancia frustrada si la hubiera. Será preciso acreditar tanto uno como otro, siendo cuestiones de hecho cuya concreción económica corresponderá a los tribunales, advirtiendo que el resarcimiento de los perjuicios económicos no debe suponer un enriquecimiento injustificado (121).

En relación al segundo caso, puede ponerse como ejemplo el supuesto que se ha visto también más arriba en que la inclusión de unos datos erróneos en un fichero de morosos causaba daños morales. En el caso de los daños morales la reparación es más compleja, pues la restitución no es posible debido a que es físicamente imposible restablecer la situación al estado anterior en que se produjo el daño. Merece la pena detenerse a analizar, aunque sea brevemente, cómo puede darse la reparación del daño moral cuando se vulnera el derecho a la autodeterminación informativa. Las reclamaciones de indemnizaciones económicas por daños morales derivadas de incumplimientos en el tratamiento de datos son cada vez más abundantes, siendo una cuestión a plantear si todo daño moral en esta materia, vinculada a los derechos fundamentales de la persona y a su dignidad, tiene que ser reparado forzosamente mediante compensación económica. Y es que a nadie se le escapa que en la práctica muchas de estas reclamaciones se formulan por los particulares sin que exista un claro motivo que las justifiquen.

Se ha explicado más arriba en qué consiste el daño moral. Pues bien, en cuanto a la reparación de ese daño en algún caso se ha estimado que de lo que se trata, teniendo en cuenta sus características, es de compensar la sensación de zozobra del afectado (122). Teniendo en cuenta que el daño moral no puede restituirse física y objetivamente, de lo que se trata es de resarcir al lesionado. Es por ello por lo que esta reparación no tiene que darse necesariamente a través de una indemnización pecuniaria, sino que puede provenir de la adopción de diversas medidas. En este sentido, en numerosas ocasiones se ha justificado que la reparación del daño moral puede producirse por diversas vías (123). La reparación de este daño no atiende a criterios definidos de manera estricta, sino que se ha asumido tanto por doctrina como por jurisprudencia que existe el reconocimiento de cierto margen de discrecionalidad a favor de los órganos judiciales

---

(121) Artículo 1.106 CC. RUBIO SOLER (2010: p. 374). DE ÁNGEL YAGÜEZ (1993: p. 904).

(122) DíEZ-PICAZO (2008: p. 97).

(123) BARTUAL RAMÓN (2010a: p. 178): «(...) el Tribunal Supremo ha señalado que la existencia de un posible daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente, ni tampoco tiene que serlo de esa forma, aceptando que puede ser suficiente satisfacción para el perjudicado, la reintegración a su puesto de trabajo (...); el ascenso a Coronel (...) o la propia anulación del acto recurrido (...), pero, como señala esta última, sin que ello «en modo alguno pueda interpretarse como que tales daños no son susceptibles de indemnización»



a la hora de establecer la fórmula a emplear para reparar estos daños (124), teniendo que atender a las circunstancias que rodean a cada caso (125).

En la línea apuntada, hay que tener en cuenta que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado en diferentes decisiones que la reparación de la lesión puede darse en ocasiones a través de la mera declaración de que la lesión se ha producido y con el reconocimiento del derecho (126). En el ámbito de la protección de datos puede encontrarse también alguna decisión que sigue este criterio definido por los mentados tribunales. En este caso se hicieron públicos en un entorno determinado datos médicos de una persona. Se planteaba, por lo tanto, si esa publicación generó daños morales al titular de los datos susceptibles de indemnización. Según los tribunales los daños morales son susceptibles de compensación económica a pesar de las dificultades en su determinación, por lo que dicha indemnización siempre tendrá un componente subjetivo. En este caso la divulgación de la información fue especialmente limitada y a personas que tienen el deber de secreto, precisamente a personas de su misma profesión, la militar. No se niega que la mera divulgación de la información ha podido generar algún daño, pero entiende el tribunal que este daño queda resarcido con el reconocimiento que supone la adopción de la resolución de la AEPD, sin que sea necesaria indemnización económica alguna (127).

De lo dicho se puede observar, por lo tanto, que la reparación exige un estudio de las circunstancias concretas en que se produce la lesión. La LOPD no establece ninguna pauta para valorar el daño moral a diferencia de otras leyes. La referencia a las circunstancias concretas que rodean cada caso no se recoge en la LOPD, pero aparece expresamente en la Ley orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que dispone que el daño moral se valorará atendiendo a las circunstancias de cada supuesto y a la gravedad de la lesión, teniendo que tener en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido (128). Así, también en el ámbito de la protección de datos la forma de reparar el daño causado dependerá de las circunstancias concretas, a saber: tipo de datos que se manipulan, la difusión que haya podido hacer de los datos, los beneficios que haya podido obtener el responsable del fichero, etc. En esta línea, se ha solicitado, por ejemplo, como reparación, además de una indemnización pecu-

---

(124) GONZÁLEZ PÉREZ (2010: p. 381).

(125) DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1993: p. 692).

(126) STC 2 de noviembre de 2004, FJ 5 y Voto Particular de Pablo Pérez Tremps en STC 23 de octubre de 2006; STDEH 20 diciembre 2005, *Wisse v. Francia*, FJ 38: en relación a la indemnización de los daños morales causados por la grabación y posterior uso por los poderes públicos de unas conversaciones mantenidas por un sujeto, «El Tribunal estima que la constatación de la violación señalada constituiría una indemnización suficiente para compensar el daño alegado».

(127) SAN 3 de noviembre de 2011, FJ. 4.

(128) Artículo 9.3 LO 1/1982, 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

niaria del daño, la publicación de la sentencia en los medios de comunicación y la remisión de la misma a la AEPD. Según los tribunales la publicación en los medios de comunicación no tenía sentido en el supuesto concreto, pues la intromisión de la empresa en el derecho a la protección de datos no había sido objeto de publicación. Sí era procedente la remisión de la sentencia a la AEPD, teniendo en cuenta la materia de la que se trataba (129).

Teniendo en cuenta lo señalado, puede concluirse que cuando se produce un daño moral a causa de un incumplimiento de la LOPD no siempre cabe la indemnización económica. En determinados casos cuando el daño moral derivado del tratamiento de datos es más bien escaso, el daño puede quedar reparado con el mero hecho de su declaración, sin necesidad de una indemnización económica; es decir, que el daño moral se repara con el propio reconocimiento de la lesión del derecho fundamental de protección de datos. Esta idea respondería sobre todo a la necesidad tantas veces puesta de manifiesto de despatrimonializar los derechos fundamentales (130). Es cierto que hoy día no cabe discutir sobre si los daños morales derivados de la vulneración de los derechos vinculados a la personalidad son reparables o no (131). No obstante, la asunción de que estos daños pueden ser compensados mediante una indemnización económica no puede llevar a convertir, como se ha pretendido en ocasiones, estos derechos en mera mercancía cuya vulneración en todo caso merezca indemnización.

## VII. CONCLUSIÓN

El derecho a la indemnización ha sido uno de los aspectos menos comentados y analizados por la doctrina y jurisprudencia que se ha dedicado a estudiar el derecho a la autodeterminación informativa. En este trabajo se ha pretendido avanzar en el análisis de cuándo y cómo se puede solicitar la indemnización que regula sucintamente el artículo 19 LOPD. La manipulación de datos de carácter personal puede llevarse a cabo de manera acorde a lo que disponen las leyes o de forma contraria a ese contenido. En el segundo caso, cuando se produce un incumplimiento de la LOPD, quien haya llevado a cabo esa manipulación podrá ser sancionado. Sin embargo, además de la sanción oportuna, si el incumplimiento de la Ley conlleva la causación de un daño a una persona, esta última podrá reclamar una indemnización para reparar ese daño. El derecho a la indemnización se regula en el artículo 19 de la LOPD. Sin embargo, esta regulación es más bien escasa y a la hora de determinar cuándo y cómo se puede reclamar una indemnización la letra de la Ley plantea numerosas interrogantes. Así, no se fijan las características que ha de cumplir el daño para que

---

(129) SAP de Badajoz 29 de abril de 2004, FJ. 10.

(130) HERRÁN ORTIZ (2002: p. 260). ROVIRA SUERIO (1999: p. 34) y siguientes.

(131) DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1993: p. 675).

éste sea indemnizable. No se señala cómo ha de ser el incumplimiento para que el derecho a la indemnización pueda ejercerse. Tampoco se concretan las vías que se pueden emplear para reclamar la indemnización.

Ante esta indeterminación en la redacción de la LOPD se ha planteado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la posibilidad de que el derecho a la indemnización pueda ser interpretado de forma especialmente amplia, empleando conceptos como la «presunción del daño» o la «responsabilidad objetiva». Esa interpretación especialmente amplia podría llevar a entender que todo incumplimiento de la Ley conlleva derecho a la indemnización, pudiendo darse situaciones difíciles de comprender. Sería el caso, por ejemplo, en que no se adoptan las medidas de seguridad requeridas por las normas y se reclama una indemnización por ese simple hecho, sin que se haya demostrado que esa falta de medidas de seguridad ha conllevado un acceso a los datos por terceras personas. Frente a esa posibilidad de interpretar de una forma amplia el derecho a la indemnización se pueden delimitar de una manera más restrictiva los requisitos necesarios para que se pueda ejercer el derecho. En este sentido, se ha subrayado que lo que realmente interesa a efectos prácticos es determinar cuándo se entiende que hay una lesión o daño que pueda dar lugar a ese derecho en base al artículo 19 LOPD. El mayor problema a la hora de exigir responsabilidades surge particularmente, en lo que afecta al ámbito de la protección de datos, al determinar si se ha producido un daño. Fundamentalmente se ha tratado de determinar que no siempre que se produce un incumplimiento de la Ley se produce un daño indemnizable, ni siquiera un daño moral. El daño ha de probarse en cada caso, sea material o moral. Además, el daño ha de ser fruto de un incumplimiento de la Ley. En este sentido, no cabe aplicar el artículo 19 LOPD si la manipulación de datos no vulnera el contenido de la norma y se realiza de acuerdo con los principios y derechos reconocidos en la misma. En la misma línea, tampoco puede exigirse responsabilidad alguna al responsable del fichero si el titular de los datos tiene el deber de soportar el daño causado en su derecho a la autodeterminación informativa. Este deber de soportar el daño puede basarse en diferentes motivos: fuerza mayor, el consentimiento del propio titular de los datos, la justificación porque el tratamiento viene recogido en una norma con rango de ley, etc.

La reclamación de la indemnización puede realizarse empleando diferentes vías y argumentando distintas leyes: penales, civiles o administrativas. Pueden combinarse, en este sentido, diferentes líneas de actuación contra una manipulación de datos. En caso de que se admita la reclamación del titular de los datos, al haberse entendido que se ha causado un daño concreto que no tiene el deber de soportar derivado del incumplimiento de la LOPD, la reparación del daño no tendrá que llevarse a cabo necesariamente a través de una indemnización económica. La reparación del daño podrá realizarse a través de otros medios, incluso con el mero reconocimiento de la vulneración del derecho.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOBA ARCE, José María (2010): «Causas excluyentes de la responsabilidad», VV.AA, *Manual de responsabilidad pública*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- BAL FRANCÉS, Edmundo (2010): «Orden jurisdiccional penal», VVAA, *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (2009): *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor.
- BARTUAL RAMÓN, Vicente José (2010a), «El daño o lesión», VVAA, *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- (2010b), «La antijuridicidad», VVAA, *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- BELLO JANEIRO, Domingo (2009): *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Asisa, Madrid.
- BENITO SANCHO, Ernesto (2010), «Procedimientos para exigir la responsabilidad en vía administrativa», VVAA, *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- BUISÁN GARCÍA, Nieves (2008a): «Derechos de las personas», LESMES SERRANO, Carlos (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid.
- (2008b): «Comunicación de datos», LESMES SERRANO, Carlos (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid.
- BUSTO LAGO, José Manuel, «La responsabilidad civil de los responsables de fichero de datos personales y de los encargados de su tratamiento», *Aranzadi Civil-Mercantil* n° 5, 2006.
- CASTELLS, Manuel (1997): *La era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura* (volúmenes I, II y III), Alianza, Madrid, (Vol. I)
- CUBERO MARCOS, José Ignacio (2011): «La regulación económica y la concurrencia jurisdiccional: una adaptación problemática», *Actualidad Administrativa* n° 12, junio.
- CUETO PÉREZ, Miriam (1997): *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier (2004): *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (1993): *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Civitas, Madrid.
- DEL PESO NAVARRO, Emilio (2003): *Manual de Outsourcing Informático. Análisis y contratación*, Díaz de Santos e IEE, Madrid.

- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008): *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Cizur-Menor.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, Enrique (2009): *Protección de Datos: intimidad y salud*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García (2009): *Responsabilidad patrimonial de la Administración. Cuándo y cómo indemniza la Administración. Especial consideración del ámbito urbanístico y de otros sectores específicos de la Administración*, Comares, Granada.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2010): *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- GRIMALT SERVERA, Pedro (1999): *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada.
- GUERRERO PICÓ, María del Carmen (2006): *El Impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Thomson-Civitas y APDCM, Cizur Menor.
- GUICHOT, Emilio (2005): *Datos personales y Administración Pública*, Thomson-Civitas y APDCM, Navarra.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Fernando (2010): «Los criterios o títulos de imputación», VVAA, *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel (2002): *El Derecho a la Intimidad en la Nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid.
- HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel (2010): «La responsabilidad del funcionario y la acción del ciudadano», VVAA, *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2009): «Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración», CANO CAMPOS, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo (Tomo IV). Las Garantías de los Ciudadanos y el Control de las Administraciones Públicas*, lustel, Madrid.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva Mª (2009): «Principios de la responsabilidad extra contractual de la Administración pública», QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Mª del Carmen (2010): «La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad», *Actualidad Civil* n° 22.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2000): *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2000): *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid.

- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas (1990): *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid.
- NAVARRO ESPIGARES, José Luis y MARTÍN SEGURA, José Aureliano (2008): *Valoración económica del daño moral. Una metodología aplicable en los accidentes y enfermedades laborales*, Consejo Económico y Social, nº 210.
- PANTALEÓN, Fernando (1995): *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Registro de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos», *Aranzadi Civil-Mercantil* nº 3, 2011.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1992): «Intimidad y Protección de Datos Personales: del «Habeas Corpus» al «Habeas Data»», en *Estudio sobre el Derecho a la intimidad*, Tecnos.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (2009): «Protección de Datos: origen, situación actual y retos de futuro», MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas y PIÑAR MAÑAS, José Luis, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- PUNTE ESCOBAR, Agustín (2009): «Consentimiento del afectado y deber de información», MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (coord.), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento de desarrollo de la LOPD*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PUYOL MONTERO, Javier (2010): «Derecho a Indemnización», TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas y Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) y CASARES MARCOS, Ana belén (coord.) (2009): *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro (2004): *Nuevas Formas de Gestión Hospitalaria y Responsabilidad Patrimonial de la Administración*, Dykinson, Madrid.
- ROVIRA SUERIO, María E. (1999): *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cedecs, Barcelona.
- RUBIO SOLER, Carlos I. (2010): «La indemnización o Reparación», VVAA, *Manual de Responsabilidad Pública*, 2º ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- RUIZ CARRILLO, Antonio (2001): *La Protección de los Datos de Carácter Personal*, BOSCH, Barcelona.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2009): *Derecho Administrativo. Parte General*, 5º ed., Tecnos, Madrid.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael, «Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos», *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 7, 2011.
- ZUNÓN VILLALOBOS, Manuel, «La garantía civil de la privacidad», *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 9, 2013.

# DEBATES





# EL NUEVO MODELO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL(\*)

JOANA M. SOCÍAS CAMACHO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO DE ADAPTACIÓN A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. — II. PRINCIPIOS GENERALES DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL: 1. Punto de partida. 2. Ámbito local en general. 3. Ámbito local de las Islas Baleares.— III. LOS NUEVOS MEDIOS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL: 1. Restricción de la licencia municipal. Normativa estatal y balear. 2. Impulso de la declaración responsable y de la comunicación previa: A) Ámbito local en general. B) Ámbito local de las Islas Baleares.— IV. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* La Directiva de servicios, auspiciada por el principio de libertad, hace referencia a un tema clásico del Derecho administrativo como es el de los regímenes de intervención administrativa. Se impone una profunda revisión del concepto de autorización y se impulsan otras formas de intervención administrativa basadas en controles realizados *ex post*, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas. La transposición de la Directiva en el Derecho interno tiene un impacto real sobre las entidades locales, que se proyecta en la manera de vertebrarse las relaciones entre la Administración Local y los particulares, en el marco del tránsito de una Administración con controles previos a una Administración supervisora que garantice la libertad de establecimiento y la libre prestación dentro de la Unión Europea.

*Palabras clave:* derecho local; medios de intervención administrativa; declaración responsable; comunicación previa; control posterior; directiva de servicios, simplificación administrativa.

*ABSTRACT:* The services directive, sponsored by the principle of freedom, refers to a classic theme of administrative law as the administrative intervention schemes. Imposing a thorough review of the concept of authorization and they are promoted other forms of administrative intervention based on checks carried out *ex-post*, responsible for statements and previous communications. The transposition of the directive into domestic law has a real impact on the local authorities, which is projected in the manner of backbone relations between Local Government and individuals, in the frame of the traffic of an

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 26 de julio de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de enero de 2013.

*Administration with previous controls to a supervisory Administration that guarantee the freedom of establishment and the free benefit in the European Union.*

*Key words: local law; means of administrative intervention; statement of responsibility; prior notification; control posterior; services directive; administrative simplification.*

## **I. INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO DE ADAPTACIÓN A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

A) El Tratado de Lisboa, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, aprobado el 13 de diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produce el 1 de diciembre de 2009, reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, y proclama que la mencionada Carta tiene el mismo valor jurídico que los tratados. En el artículo 41 de la mencionada Carta se establece el derecho a una buena administración, definido como el que toda persona tiene respecto del hecho de que las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión traten sus asuntos de manera imparcial y equitativa y en un plazo razonable. El derecho a una buena administración exige la reconsideración de aspectos relacionados con la posición, organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas (VILLALBA PÉREZ, 2010) (1), con la finalidad de facilitar la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento en el mercado interior, en el marco de los objetivos fijados por 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. Objetivos cuya consecución pasa, necesariamente, por la simplificación de procedimientos, la supresión de trámites innecesarios y la mejora de los sistemas de información y comunicación.

En los últimos tiempos en Europa se impone un nuevo modelo de gestión pública basado en la gobernanza (2), modelo que incide directamente sobre el

---

(1) Así se ha manifestado VILLALBA PÉREZ, F. (2010): «Nuevo marco jurídico para la gestión pública local», en E. MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la transposición de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Monografías Revista Aragonesa de Administración Pública, XII, págs. 160 y 171. En concreto, la citada autora manifiesta que «el principio de buena administración exige tener en cuenta otros aspectos relativos a la organización administrativa interna; el trato de su personal; la forma de adoptar las resoluciones administrativas (generales e individuales); los criterios para determinar los servicios y la forma de conseguir que lleguen a los ciudadanos con regularidad, continuidad y mayor calidad; los instrumentos jurídicos de reacción, etc.».

(2) PAREJO ALFONSO, citando a SCHMITZ: «En muchos Estados Europeos, el Derecho administrativo ha cambiado sustancialmente durante las pasadas dos décadas, y continúa haciéndolo aún; cambio, a cuyos diversos aspectos aluden conceptos clave como gobernanza (*Governance*), dirección (*Steuerung*), nueva gestión pública (*new public management*), crítica managerial (*critic managériale*)».

Derecho Administrativo español [RIVERO ORTEGA, 2009 (3)], cuyas instituciones básicas [PAREJO ALFONSO, 2009 (4)] se han visto afectadas por un proceso de transformación debido a dos fenómenos importantes. En un primer momento, por el efecto de la huida del Derecho público hacia el Derecho privado en la organización y en la actividad administrativa, instalada bajo el paradigma de la liberalización y la privatización desde finales del siglo XX. Con posterioridad, ya en el siglo XXI, por el nuevo modelo de la mejora regulatoria o desregulación, importado de la normativa comunitaria y la integración europea (MUÑOZ MACHADO, 2011a; VAQUER CABALLERÍA, 2011; EMBID IRUJO, 2012) (5). Estas transformaciones experimentadas desde finales del pasado siglo han alterado la concepción de la posición que ha de asumir el Estado en relación con la sociedad, según ha destacado MUÑOZ MACHADO (2011a: 487-490) (6), que teoriza sobre el paso del Estado gestor al nuevo Estado regulador y garante. El Derecho comunitario ha afectado notablemente el Derecho administrativo en el desarrollo de los servicios públicos (en la medida en que el Estado deja de

---

y privatización, pero también constitucionalización y europeización». Véase en PAREJO, L. (2010): «Problemas actuales del Derecho administrativo», en *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, pág. 954.

(3) Como dice RIVERO ORTEGA, R. (2009): «La transposición de la Directiva de Servicios en España», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, pág. 61: «Una buena forma de percatarse de la trascendencia de las reformas exigidas por la Directiva 123/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los servicios en el mercado interior, es leer a los administrativistas alemanes, británicos, franceses e italianos que más se han afanado en interpretar sus previsiones y destacar sus repercusiones sobre el diseño de la Administración y el Derecho administrativo, en sus elementos esenciales. Las conclusiones de estos autores demuestran que, para nuestra disciplina, esta norma puede suponer un antes y un después: Se ha pronosticado el fin de la Administración alemana, la aproximación al modelo anglosajón, e incluso una revolución del Derecho administrativo».

(4) PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado «autoritativo»», *Revista Española de Derecho Europeo*, 32, pág. 435-439. Para este autor, la Directiva es una norma de política económica de primera importancia y carácter transversal, una norma de desregulación que no de liberalización y una norma de sustancial y radical reconversión del sistema administrativo de control de las actividades de servicios.

(5) Véase MUÑOZ MACHADO, S. (2011a): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, IV, Iustel, Madrid, págs. 487-490; VAQUER CABALLERÍA, M. (2011): «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, pág. 124. Además, véase también EMBID IRUJO, A. (2012): «El derecho público de la crisis económica», en A. BLASCO ESTEVE (coord.), *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo (Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo)*, Instituto Nacional de Administración Pública, pág. 112.

(6) Como dice MUÑOZ MACHADO (2011a: 490), «no es lo mismo un Estado que se abstiene y retrae, potenciando al máximo la posibilidad de que la sociedad asuma la satisfacción de sus necesidades y organizando los mercados de un modo que los intereses privados y los públicos se conjuguen ordenadamente en ellos, que un Estado que, como el del siglo XX, se preocupa de participar activamente como gestor de empresas y prestador de servicios de toda clase».

ser gestor) y en la regulación de las actividades de los particulares (ya que se instaura la libertad de establecimiento). El Estado regulador y garante necesita de nuevos dispositivos internos de actuación, distintos de aquellos que se formularon cuando el Estado asumía la gestión de los servicios; y distintos también de las técnicas de intervención sobre la actividad de los ciudadanos, básicamente la técnica autorizatoria, poco compatible con las nuevas concepciones de libertad y de liberalización impuestas en el mercado europeo (7).

B) La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, arriba referida, persigue de manera específica la simplificación y la reducción de cargas administrativas, y su transposición al derecho español por parte del Estado se realiza mediante: a) la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009); b) la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (en adelante, Ley 25/2009); c) la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES); d) el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (en adelante, RD-L 8/2011); y e) la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios [en adelante, Ley 12/2012 (8)]. Por su importancia en el ámbito local, debe destacarse también, a nivel reglamentario, el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, que modifica el viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RD 2009/2009), por el que se modifican varios artículos con el fin de adaptarlos a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009.

Las Administraciones Públicas (estatales, autonómicas y locales) no quedan, obviamente, al margen de las reformas estructurales que la legislación referida viene exigiendo en el ámbito de su funcionamiento y actuación (9). La Directiva

---

(7) Téngase en cuenta que para MUÑOZ MACHADO la «organización», junto con las «fuentes», la «acción administrativa» y la «nueva posición de las administraciones públicas en relación con los mercados y con la prestación de los servicios públicos», son aspectos cuya nueva visión simbolizan la orientación del Derecho administrativo en los años venideros. Véase en (2011b): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, 3ª ed., Iustel, Madrid, págs. 67-69.

(8) Esta Ley procede del Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

(9) Como ha destacado VILLALBA PÉREZ (2010: 182), la aplicación del contenido de la Directiva de Servicios vincula a los tres niveles de gobierno. «En concreto las entidades locales en el ámbito de sus responsabilidades quedan sujetas al cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) Eliminación de obstáculos y restricciones al establecimiento y prestación de actividades de servicios, excepto en los casos expresamente admitidos y justificados; b) Clarificación y simplificación de procedimientos con el objetivo de agilizar trámites evitando retrasos, costes y restricciones. Se impone la tramitación

de Servicios y su transposición en el Derecho interno tiene un impacto real sobre las entidades locales, que se proyecta fundamentalmente, como ha indicado JIMÉNEZ ASENSIO (2010) (10), en la esfera de la simplificación administrativa, en el proceso de racionalización de estructuras organizativas (11) y de la política de recursos humanos de la entidad, así como en la puesta en marcha del sistema de ventanilla única (12); pero también, sobre todo, en la manera de vertebrarse las relaciones entre la Administración Local y los prestadores de servicio (13) en el marco del tránsito de una Administración autorizatoria a una Administración supervisora (14), que garantice la libertad de establecimiento y la libre prestación dentro de la Unión Europea.

La técnica autorizatoria se verá sustituida por técnicas menos restrictivas para la libertad de los particulares: comunicaciones previas y declaraciones responsables del prestador, transformándose la actuación administrativa de control previo en una actividad de comprobación, verificación, investigación e inspección de carácter posterior. El libre establecimiento de las empresas en cualquier sector de la economía no significa, sin embargo, una menor responsabilidad de

---

por medios electrónicos. c) Articulación de un sistema de ventanilla única para que los prestadores puedan llevar a cabo todos trámites necesarios en el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, estableciendo un único punto de contacto por vía electrónica, que servirá también como punto de información a los prestadores y usuarios; d) Cooperación con las demás Administraciones a efectos de información, control, inspección e investigación, con el fin de garantizar la supervisión tanto de los prestadores como del servicio en sí».

(10) JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2010): «El impacto de la transposición de la Directiva de servicios en el Derecho local», en E. MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la transposición de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Monografías Revista Aragonesa de Administración Pública, XII, pág. 123.

(11) Al respecto, para mayor detalle, véase REBOLLO PUIG, M. (2011): «Reforma de las estructuras municipales: régimen jurídico y posibilidades», en J. M. GIMENO FELIU (coord.), *La organización local. Nuevos Modelos*, Civitas-Thomson Reuters, págs. 31-65, y LÓPEZ RAMÓN, F. (2011): «Políticas ante la fragmentación del mapa municipal», en J. M. GIMENO FELIU (coord.), *La organización local. Nuevos Modelos*, Civitas-Thomson Reuters, págs. 67-112.

(12) Sobre los aspectos generales de la ventanilla única, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2009): «La transposición de la Directiva de servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo*, 32, págs. 504-506.

(13) JIMÉNEZ ASENSIO habla de una suerte de cambio de paradigma en el modo y manera de vertebrarse las relaciones entre la Administración Pública y los prestadores de servicio, dado el carácter de norma de principios que tiene la propia Directiva de Servicios, así como la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en 2010: 123.

(14) JIMÉNEZ ASENSIO explica al respecto que «no cabe duda que los instrumentos de intervención de que dispone la Administración Pública (y, por lo que ahora interesa) la Administración Local, dan un vuelco importante y —como se ha recordado hasta la saciedad— se pretende llevar a cabo un tránsito de una Administración Pública basada esencialmente [cuando no de forma exclusiva] en una intervención previa vía licencia o cualquier otro régimen de autorización, a una Administración Pública de intervención «ex post», esto es, de supervisión, inspección, comprobación o control», en 2010: 123.

las Administraciones Públicas locales en relación con la actividad de los ciudadanos, sino un cambio en su forma de actuar: si con el Derecho administrativo tradicional propio del Estado gestor la Administración se ha centrado básicamente en ejercer su poder de policía y sancionador para evitar comportamientos dañinos para el interés general, en la actualidad la Administración del Estado regulador y garante—que actúa bajo el paraguas de la libre competencia y de la liberalización— ha de garantizar y vigilar el comportamiento de los prestadores para asegurar la salvaguarda del interés general, mediante una intensa regulación pública así como también a través de la aplicación fuertes y eficaces mecanismos de control (15).

C) La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares está adaptando también su normativa propia a la Directiva de Servicios, al igual que se viene haciendo por parte de todos los demás ordenamientos autonómicos (16). El artículo 14, apartado 1, de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (en adelante, EAIB 2007), instaura el derecho a una buena administración y al acceso a los archivos y registros administrativos de las instituciones y Administraciones Públicas de las Islas Baleares; y el apartado 2 se refiere al derecho de la ciudadanía a disfrutar de servicios públicos de calidad y que las Administraciones Públicas traten sus asuntos de forma objetiva e imparcial y en un plazo razonable, en la senda marcada por la Carta europea de los Derechos Fundamentales de 2000, antes referida.

Por lo que se refiere al ámbito local, la Ley balear 4/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para el impulso de la inversión (en adelante, Ley 4/2010), es pionera en la regulación de mecanismos de simplificación administrativa y de medios de intervención menos restrictivos, como la declaración responsable de inicio de una actividad económica, empresarial o profesional. Con posterioridad, la Ley 12/2010, de 12 de noviembre, para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Ley 12/2010), modifica dos leyes importantes de la esfera local de las Islas Baleares: la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local (en adelante, LMRL); y la Ley 16/2006, de 17 de octubre, de régimen jurídico de las licencias integradas de actividad (en adelante, LLIA) (17). Finalmente, la Ley 13/2012, de

---

(15) Sobre el significado del modelo de Estado regulador es imprescindible la lectura de MUÑOZ MACHADO (2011a: 487-517).

(16) Ello está generando una importante diversificación y especialización en la ordenación de las materias a las que la directiva se refiere (MUÑOZ MACHADO, 2011a: 689).

(17) También debe mencionarse la modificación por parte de la Ley 12/2010 de varios aspectos de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma (en adelante, LRJACA), que, sin embargo, sólo son de aplicación a la Administración autonómica: Primero, se introduce en la LRJACA, mediante la modificación de su artículo 45, la regulación general de la declaración responsable y de comunicación previa (concepto y procedimiento aplicable); en segundo lugar, se establece el derecho de información de los modelos

20 de noviembre, de medidas urgentes para la actividad económica en materia de industria y energía, nuevas tecnologías, residuos, aguas, otras actividades y medidas transitorias [en adelante, Ley 13/2012 (18)], simplifica los trámites de apertura de negocios sobre la base de la declaración responsable a través de un conjunto de medidas conocidas como «licencia exprés».

## II. PRINCIPIOS GENERALES DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL

### 1. Punto de partida

Las modificaciones normativas que se han anunciado en el apartado anterior suponen la implantación de nuevas pautas y reglas de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas que pretenden dejar atrás el clásico modelo burocrático y dotarse de un modelo basado en la celeridad y buena administración, y del que las entidades locales no quedan al margen. Este nuevo escenario intenta conseguir una gestión pública local de calidad y sostenibilidad reforzando las exigencias de responsabilidad como garantía de los destinatarios de la actuación administrativa; es decir, mejorando las técnicas de gestión que permitan una mayor concreción de objetivos y evaluación de resultados, conociendo y abordando las necesidades actuales y futuras de los ciudadanos, realizando una gestión eficaz y eficiente de los recursos humanos y económicos basada en estándares de calidad, y dotándose de un marco normativo preciso que proporcione seguridad y a la vez flexibilidad (VILLALBA PÉREZ, 2010: 169 y 175).

El punto de partida del que arranca la reforma del sistema administrativo surge de la Directiva de servicios que, auspiciada por el principio de libertad, hace referencia a un tema clásico del Derecho administrativo como es el de los regímenes de intervención administrativa. Se impone una profunda revisión del concepto de autorización y se impulsan otras formas de intervención administrativa basadas en controles realizados *ex post*, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas. Ello no significa el desmantelamiento del régimen de autorización basado en controles preventivos realizados *a priori*, sino su reconsideración, condicionándose su exigencia en torno a la existencia de una

---

de declaración responsable y comunicación previa —que habrán de incluir de manera expresa y clara los requisitos exigidos en cada caso (todo ello deberá publicarse en la web de la Comunidad Autónoma)—, así como la necesidad de tener permanentemente actualizada la relación de todos los procedimientos en que se admitan dichos modelos [apartado d), art. 41.2]; y, en tercer lugar, se prevé el derecho de efectuar por vía telemática los trámites necesarios para acceder a una actividad de servicios y a su ejercicio [apartado 3, art. 37].

(18) Esta Ley procede del Decreto-Ley 7/2012, de 15 de junio, de medidas urgentes para la actividad económica en materia de industria y energía, y otras actividades.

justificación, de una razón poderosa para restringir legítimamente la libertad (FERNÁNDEZ TORRES, 2011) (19).

El artículo 9 de la Directiva de servicios prevé que sólo podrá supeditarse el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización administrativa cuando dicho régimen: a) no sea discriminatorio para el prestador; b) resulte indispensable por una razón imperiosa de interés general (20); y c) no pueda conseguirse el objetivo perseguido mediante una medida menos restrictiva, porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (21). La incorporación de esta previsión al ámbito local se ha llevado a cabo mediante cinco textos legislativos estatales, antes citados: la Ley 17/2009, la Ley 25/2009, la LES, el RD-L 8/2011 y la Ley 12/2012. Ello ha supuesto la modificación de leyes básicas del ordenamiento administrativo, como son la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL).

## 2. Ámbito local en general

La incorporación de la Directiva de servicios al ordenamiento jurídico español se inicia con la Ley 17/2009, cuyo carácter básico proyecta transversalmente los principios y contenidos de la Directiva en todo el ordenamiento interno español (VILLALBA PÉREZ, 2010: 183). El artículo 5 de la Ley 17/2009 prevé que en ningún caso el acceso a una actividad de servicios se sujetará

---

(19) Véase FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2011): «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista Catalana de Derecho Público*, 42, págs. 89 y 95. Además, véase también AGUADO I CUDOLÀ, V. (2012): «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, págs. 67-89.

(20) Considera la jurisprudencia comunitaria que son razones imperiosas de interés general: el orden público y la seguridad pública; protección civil; salud pública; sanidad animal; régimen de la seguridad social; protección de consumidores, usuarios y trabajadores; exigencias de buena fe en las transacciones comerciales; propiedad intelectual e industrial; lucha contra el fraude; protección del medio ambiente y entorno urbano; objetivos de política social y cultural; conservación del patrimonio histórico y artístico nacional.

(21) Sobre el acceso a la actividades de servicio y su ejercicio, véase DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010): «Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146, pág. 253. El autor señala críticamente que «el resultado puesto en pie por la Unión privilegia y asume la función de facilitar el libre acceso a las actividades de servicio y se olvida completamente como tal Unión de las razones imperiosas de interés general que pueden establecer los Estados; éstas solo se ven como posibles obstáculos».



a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador. Como dice la autora citada, el principio nuclear sobre el que gira el acceso y ejercicio de las actividades de servicios es la libertad, quedando como condicionantes a los límites de esa libertad los principios de no discriminación por razón de nacionalidad, justificación o motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (*Ibidem*: 185).

La realidad que se esconde, sin embargo, tras la transposición de la normativa comunitaria al ámbito de la Administración local es que el legislador estatal ha ido mucho más allá de lo que se preveía en la Directiva de servicios, y se ha producido el efecto de una vis expansiva al ampliar su ámbito de aplicación para el desarrollo de cualquier actividad, y no sólo de una actividad de servicios (22), produciéndose una clara reforma en el régimen general de la actuación administrativa (*Ibidem*: 183; SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2012 (23); FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ, 2011 (24)). Cabe destacar, así, la regulación general y el reconocimiento legal de los principios de intervención administrativa de las actividades de los ciudadanos (no discriminación, justificación de la necesidad de intervención y proporcionalidad) para todas las Administraciones Públicas (y, por lo tanto, también la Administración Local) y para cualquier actividad, mediante la incorporación del importante artículo 39 bis en la LRJ-PAC, a través de la Ley 25/2009. De este modo, cualquier Administración Pública que en el ejercicio de sus competencias establezca medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exija el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se puedan producir diferencias de trato discriminatorias (art. 39 bis LRJ-PAC).

Podría pensarse que este camino liberalizador, desregulador y de mayor simplificación aligera la posición y responsabilidad de las Administraciones Públicas. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues el cambio de paradigma regulatorio se completa con el segundo párrafo del artículo 39 bis LRJ-PAC, con un refuerzo de la responsabilidad de las Administraciones Públicas que tienen la obligación de velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente. La actividad administrativa de comprobación,

---

(22) Sobre el concepto de servicio, puede verse NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2009): «Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios. ¿Hay espacio para los derechos lingüísticos?», *Revista de Llengua i Dret*, 52, págs. 207-209.

(23) SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2012): «El impacto de la Directiva de Servicios en la Administración Local: una reflexión general», en V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, pág. 215.

(24) FONT I LLOVET, T., PEÑALVER I CABRÉ, A. (2011): «La incidencia de la Directiva de servicios en los entes locales», *Revista Catalana de Derecho Público*, 42, pág. 3.

concretada en las potestades de comprobar, verificar, investigar e inspeccionar, busca reforzar el papel de los controles a posteriori frente a la tradicional autorización y control previo de los requisitos [VILLALBA PÉREZ, 2010: 179, SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2012: 236, NOGUEIRA LÓPEZ, 2009: 210-213, 2011: 69 (25)].

El legislador estatal, mediante la Ley 25/2009, no se limita solamente a regular de forma general principios generales de intervención de todas las Administraciones Públicas para el desarrollo de actividades privadas, sino que desciende específicamente hasta el ámbito local, en donde estos principios también son de aplicación concreta. La Ley 25/2009 modifica el artículo 84 de la LBRL, cuyo apartado 2 establece que las entidades locales en su actividad de intervención han de sujetarse a los principios de igualdad de trato, necesidad (motivando la necesidad de la intervención) y proporcionalidad. Con estas medidas, como ha destacado SALVADOR ARMENDÁRIZ (2012: 235-236), se eleva el rango normativo de los principios hasta ahora contenidos en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuyo artículo 2 ya habla de la igualdad de trato, y cuyo artículo 6.2 ya establece el principio de respeto a la libertad individual, es decir, la necesidad de elección del medio de intervención menos restrictivo (26). Por lo tanto, el artículo 84.2 de la LBRL no supone nada nuevo, sino que se avanza por el mismo camino, aunque consolidándose los principios al incluirlos en la legislación básica del régimen jurídico administrativo local.

Por voluntad del legislador estatal, no del comunitario, se refuerzan los principios informadores de toda la actividad administrativa en el ordenamiento jurídico para los entes locales y para todas las Administraciones Públicas. La Ley 25/2009 modifica el artículo 84 de la LBRL al objeto de someter los actos de control preventivo que afectan las actividades de servicio de ámbito municipal a los principios de la Ley 17/2009: no discriminación por razón de nacionalidad; justificación o motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general); y proporcionalidad (art 84.1.b) LBRL); y al objeto también de incluir como medio de intervención de las entidades locales el sometimiento a control posterior al inicio de una determinada actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma (art. 84.1d) LBRL).

Con posterioridad, en 2011, el legislador estatal mediante la Ley de economía sostenible introduce un nuevo artículo 84 bis en la LBRL, que, tras establecer con carácter general la inexigibilidad de acto de control preventivo o licencia

---

(25) NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2011): «La termita Bolkestein», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 22, pág. 69. La autora critica que la normativa de transposición de la Directiva «no ha hecho un esfuerzo de adaptación a ese nuevo entorno en el que la intervención de la Administración ha basculado hacia un control operativo que debe ser objeto de una regulación que defina sus garantías, efectos y procedimiento».

(26) El artículo 5 del RSCL, tras la modificación que lleva a cabo el RD 2009/2009, antes citado, queda redactado del siguiente modo: «La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local».

para el ejercicio de actividades (sean de servicios o no), condiciona su exigibilidad a un juicio de justificación de la necesidad y proporcionalidad, en caso de tratarse de actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público. Y en caso de existencia de autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, el mencionado artículo establece que la entidad local debe motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente.

Simultáneamente, en la Ley de economía sostenible se establece una Disposición adicional octava que insta al Gobierno a realizar un juicio de necesidad y proporcionalidad en relación con las previsiones existentes sobre licencias locales de actividad, con el fin de poder eliminar la correspondiente exigencia de licencia cuando no concurren las razones citadas, sin perjuicio de su sustitución por otras formas de verificación y control administrativo. Sobre la base de este precepto, mediante el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, arriba citado, tras la evaluación de la concurrencia de dichos principios, desaparecen las menciones a las licencias locales en los siguientes textos normativos: Real Decreto-Ley 4/2001, de 16 de febrero, de Régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales; el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación; la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental; y la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del aire y protección de la atmósfera. En definitiva, en estos casos se entiende que no existe una razón poderosa que necesariamente pueda conllevar la exigencia de licencia local, es decir, no está justificado ni resulta proporcionado que en tales ámbitos deban exigirse controles administrativos previos, bastando en su caso el sometimiento a controles posteriores al inicio de la actividad.

En 2012, mediante la Ley 12/2012, de medidas de liberalización del comercio, antes citado, se avanza todavía más. Tras realizar el juicio de necesidad y proporcionalidad, se eliminan todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales y otros que se detallan en el anexo de la Ley 12/2012, siempre que cuenten con una superficie de hasta 300 metros cuadrados. El legislador estatal considera, pues, que no son necesarios controles previos en los supuestos de actividades que, por su naturaleza, por las instalaciones que requieren y por la dimensión del establecimiento, no tienen un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria. De este modo, tras la previa evaluación del juicio de

necesidad y proporcionalidad, se sustituye dicho régimen por otro de control ex post basado en una declaración responsable en el ámbito comercial.

En síntesis, de la evolución de la legislación estatal de adaptación a la Directiva de servicios se observa una clara reforma de los principios de intervención de las entidades locales en la actividad de los ciudadanos hacia una Administración menos intervencionista y más responsable, sujeta a los principios de no discriminación (igualdad de trato), necesidad (motivando la necesidad de la intervención) y proporcionalidad (27) (eligiendo la opción menos restrictiva). El principio presidencial de libertad, destinado a garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación, va más allá de la actividad de servicios y se impone sobre cualquier actividad de los ciudadanos, cuyo inicio podrá realizarse libremente sin sometimiento a control previo administrativo garante respecto de la seguridad y corrección de la actividad autorizada, y sin más restricción que la sujeción del inicio de la actividad a un control posterior. De cada vez más se reduce el ámbito de aplicación de la técnica autorizatoria, quedando relegada en el ámbito local a la existencia de una razón poderosa que conlleve la exigencia de licencia local, es decir, en los supuestos en que esté justificada su necesidad y resulte proporcionada la restricción de la libertad, como sucede todavía en los ámbitos de actividades ligadas al patrimonio histórico-artístico o cuando requirieran de un uso privativo y ocupación del dominio público.

### 3. Ámbito local de las Islas Baleares

En el ámbito local de las Islas Baleares es importante destacar que —en el momento de redactar estas líneas— no existe ninguna Ley organizativa adaptada a la Directiva de Servicios que contenga el régimen general aplicable a todas las Administraciones Públicas de las Islas Baleares, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Cataluña, cuya Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas de Cataluña, opta por adoptar y extender las medidas comunitarias de la Directiva de servicios a toda la actuación administrativa y a todas las Administraciones Públicas de Cataluña, y por lo tanto, también a las entidades locales, que están plenamente incluidas dentro de su ámbito de aplicación. En la referida Ley catalana se establecen para todos los ámbitos territoriales, y por tanto también el local, unos principios generales sobre la simplificación administrativa; una regulación de las técnicas de intervención de comunicación previa y declaración responsable; una relación de derechos de los ciudadanos; y una regulación

---

(27) Sobre el principio de proporcionalidad, véase el interesante artículo de DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2011): «Mercado interior y Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Derecho Público*, 42, p. 257-293, que analiza los rasgos del mercado interior y el sometimiento a dicho principio de las disposiciones nacionales que regulan la prestación de servicios tras la Directiva de servicios de 2006.

general de las potestades de inspección y control, y también de las entidades colaboradoras (FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ, 2011: 4).

En la Comunidad Autónoma balear se aprueba una adaptación parcial, no general, del régimen de la Administración local a la normativa comunitaria de simplificación administrativa y de libre prestación de servicios. Se realiza mediante la Ley 12/2010, de 12 de diciembre, de adaptación a la Directiva de servicios (Ley 12/2010), que modifica los artículos 178 y 179 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local (LMRL). El nuevo artículo 178 de la LMRL establece cuáles son los medios de intervención de las entidades locales de Baleares en la actividad administrativa de los ciudadanos, en la línea del nuevo artículo 84 de la LBRL, sobre el que nos detendremos más adelante. Pero a diferencia de la normativa básica estatal, que especifica para la totalidad de las entidades locales —y por lo tanto, también para de las de ámbito balear— cuáles son los principios generales de intervención administrativa, la normativa balear no menciona los principios generales aplicables en la Administración local balear. Pese a ello, tanto de la normativa básica estatal (art. 5 Ley 17/2009; art. 39 bis LRJ-PCA; y art. 84.2 LBRL) como del artículo 178 de la LMRL se deduce que en el ámbito local de la Comunidad se aplican los mismos principios que, con carácter general, se aplican al conjunto de las entidades locales.

El apartado 1.b) del artículo 178 de la LMRL, al referirse a los actos de control preventivo, se remite a la legislación vigente reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y por lo tanto también a los principios que contiene el artículo 5 de la Ley 17/2009 [no discriminación por razón de nacionalidad; justificación o motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general); y proporcionalidad]. Mientras que el apartado 1.c) del artículo 178 de la LMRL se dirige a la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento común cuando se refiere a la declaración responsable o comunicación previa como medios de inicio de actividad de los privados, remitiéndose por consiguiente a los principios de intervención que recoge el artículo 39 bis de la LRJ-PAC; por tanto, remitiéndose al sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, al efecto de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la actividad, tal como dispone también el apartado 1.d) del artículo 178 de la LMRL.

Pero la Ley balear 12/2010 no sólo incide sobre el régimen de intervención municipal y los principios generales de aplicación en la actividad de los ciudadanos —modificando, como se ha visto, el artículo 178 de la LMRL—, sino que además desciende hasta la normativa reguladora de las licencias de actividad para proceder a su adaptación a los nuevos principios generales de intervención. Así, la Disposición transitoria primera de la Ley 12/2010 modifica también la Ley 16/2006, de 17 de octubre, de régimen jurídico de las licencias integradas de actividad de las Islas Baleares (LLIA). Por un lado, manteniendo—en el procedimiento de instalación de actividades— la necesidad de obtención de

permiso previo de instalación en caso de actividades permanentes mayores y menores (28), motivada por la concurrencia de razones imperiosas de interés general, porque es proporcional y porque no es discriminatorio; dicho en otras palabras, porque se considera que en estos supuestos la intervención administrativa previa resulta imprescindible puesto que para poder llevar a cabo la actividad se requieren instalaciones que afectan directamente al orden y la seguridad pública, la salud pública, la protección de los derechos de los consumidores y los destinatarios de los servicios, así como la protección del medio ambiente (29); es decir, porque hay una razón poderosa para restringir la libertad e imponer la intervención previa. Y, por otro lado, estableciendo en el procedimiento para el inicio y ejercicio de las actividades (permanentes y no permanentes) la sustitución de la autorización de inicio y la licencia de apertura, por la declaración responsable, exigiéndose que la documentación que era necesario adjuntar en la solicitud de la licencia de apertura sea ahora un requisito necesario para el inicio de la actividad.

Pero la normativa balear ha ido incluso más allá de lo que acabamos de ver, mucho más. La Ley 13/2012, de 20 de noviembre, antes citada, ha simplificado aún con mayor incidencia los trámites de apertura de negocios a través de un conjunto de medidas conocidas como «licencia exprés», y ha procedido a la derogación, entre otros, de algunos de los preceptos de la LLIA que acabamos de ver. Y todo ello lo ha hecho en concordancia con la última normativa estatal acordada, el nuevo artículo 84 bis de la LBRL —introducido por la LES— y la Ley 12/2012. Así, tras la previa evaluación del juicio de necesidad y proporcionalidad, el legislador balear mediante la Ley 13/2012 (art. 13) reserva la necesidad de permiso de instalación únicamente para las actividades permanentes mayores; es decir, dicho de otro modo, sólo se exige permiso previo de instalación cuando se trate de actividades de gran magnitud que puedan provocar molestias graves, impactos elevados o cuando deba

---

(28) Según la LLIA, las actividades permanentes son aquellas que se realizan en un local, en un establecimiento o en un recinto, cerrado, cubierto o al aire libre, que se destina con carácter fijo en el espacio y permanente en el tiempo y que necesitan una licencia municipal de apertura y funcionamiento que las ampare. A la vez, éstas pueden ser mayores, porque necesitan mayor grado de seguridad y control administrativo, o menores, porque necesitan un grado inferior para conseguir su seguridad y control administrativo. Por el contrario, las actividades no permanentes, según la referida Ley, son aquellas que se realizan en un local, en un establecimiento o en un recinto, cerrado, cubierto o al aire libre, con carpa, caseta o similar, pero que no se destina con carácter fijo en el espacio ni permanente en el tiempo. Finalmente, las actividades permanentes inocuas son aquellas que por sus características son de menor complejidad y, además, su seguridad y control administrativo tendrán un procedimiento más simple. Téngase en cuenta, sin embargo, que la Disposición final cuarta de la Ley 13/2012, antes citada, realiza una nueva delimitación de las actividades permanentes mayores, menores e inocuas.

(29) Véase el Anexo 1 de la LLIA, que contiene la lista de actividades permanentes mayores y menores. Téngase en cuenta, sin embargo, que el Título I, II i III de este Anexo ha sido derogado por la Ley 13/2012, ya citada.

protegerse la seguridad que afecta a un gran número de personas. El resto de actividades, las actividades permanentes menores —que suponen en la actualidad un 95 % del total—, podrán iniciarse y ejercerse simplemente con la declaración responsable correspondiente y la documentación técnica preceptiva, es decir, mediante lo que se ha denominado la «licencia exprés»; recordemos que con anterioridad también estas actividades menores necesitaban permiso de instalación, como acabamos de ver más arriba, lo cual significa que en estos supuestos de actividades menores se sustituye el régimen autorizatorio por otro de control ex post basado en una declaración responsable (30).

Otras novedades que introduce la nueva normativa balear mediante la Ley 13/2012 es la implantación de soluciones alternativas. En este punto se establece que en la normativa de ámbito municipal o insular que haga referencia a instalaciones que sean necesarias para el desarrollo de una actividad, se tienen que tener en cuenta posibles soluciones técnicas alternativas de las que pueda prescindir la normativa vigente, cuando haya causas justificables que imposibilitan su aplicación (art. 9). En otro orden de cosas, la Ley recoge un procedimiento de regularización de actividades existentes, mediante el cual los titulares de actividades que no dispongan de la denominada anteriormente «licencia de actividad», y que acrediten el ejercicio de la actividad antes de la entrada en vigor de la LIA, pueden regularizar su situación, en el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la Ley, mediante la presentación de la documentación requerida (art. 10).

Hay que resaltar, en fin, que la Ley 13/2012 autonómica va más allá que la Ley 12/2012 estatal, puesto que el balear afecta a otros sectores, y no sólo al comercial. El legislador estatal establece que que no son necesarios controles previos en ciertos supuestos de actividades comerciales, ya sea por su naturaleza, por las instalaciones que requieren o por la dimensión del establecimiento, sustituyéndose el régimen autorizatorio por otro de control ex post basado en una declaración responsable. Pero en el ámbito balear se ha producido una vis expansiva proclamándose con carácter general la posibilidad de iniciar cualquier tipo de actividad mediante declaración responsable sujeta a control posterior.

### **III. LOS NUEVOS MEDIOS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO LOCAL**

En la línea de supresión de trabas administrativas y de simplificación en la actuación pública impuesta por la Directiva de Servicios de 2006, y en el marco de los principios informadores de toda la actividad administrativa en

---

(30) Además, también cabe destacar como medida simplificadora que cuando sea preceptivo obtener informes o licencias de diferentes administraciones, el emprendedor y el empresario podrá solicitarlos simultáneamente y directamente a cada una de estas administraciones (Disposición adicional primera de la Ley 13/2012

el ámbito de las entidades locales (y del sector público en general) en favor de una Administración menos intervencionista y más responsable, el legislador estatal inicia una reforma legislativa de calado que restringe el sometimiento a licencia previa y normaliza la comunicación previa, la declaración responsable y el control *a posteriori* en los medios de intervención municipal de la actividad de los ciudadanos (RIVERO ORTEGA: 2010 y 2012) (31). El nuevo artículo 84.1 de la LBRL —introducido por la Ley 25/2009— diseña un nuevo cuadro de los modos de intervención de las entidades locales: ordenanzas, bandos, licencias, órdenes individuales, comunicación previa, declaración responsable, fortaleciendo al mismo tiempo el control local de las actividades económicas. En concreto, el citado precepto se modifica específicamente al objeto, por un lado, de someter los actos de control preventivo de ámbito municipal a los principios de la Ley 17/2009 en caso de acceso y ejercicio a una actividad de servicios [no discriminación por razón de nacionalidad, justificación o motivación de la intervención administrativa y proporcionalidad (art 84.1.b) LBRL)]; al objeto, por otro lado, de introducir la comunicación previa y la declaración responsable como medios normalizados y habituales de inicio de la actividad de los ciudadanos [art. 84.1.c) LBRL] (32); y al objeto, también, de incluir como medio de intervención de las entidades locales el sometimiento a control posterior al inicio de una determinada actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma (art. 84.1.d) LBRL). Como dice VILLALBA PÉREZ (2010: 185), «esta nueva visión de la intervención en la actividad de los particulares implica un cambio en la actuación administrativa en el sentido de reforzar los servicios de inspección y control periódico, al reducir las autorizaciones previas que permitan un control *a priori* de las actividades a desarrollar».

## 1. Restricción de la licencia municipal. Normativa estatal y balear

A) La reforma legislativa de las reglas generales de actuación administrativa en el ámbito local dirigida a la restricción de la licencia municipal como medio de intervención se instaura de manera definitiva en el nuevo artículo 84 bis de la LBRL, introducido en 2011 mediante la Ley de economía sostenible (LES), como sabemos. Este precepto establece la regla general consistente en que el ejercicio de actividades por los particulares (sean de servicios o no) no

---

(31) Sobre las leyes de transposición de la Directiva de Servicios a nivel del Estado, autonómico y local, véase RIVERO ORTEGA, R. (2010): «Repercusiones económicas de la reforma del sector servicios. En especial, su impacto en el sector del comercio», en E. MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la transposición de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Monografías Revista Aragonesa de Administración Pública, XII, págs. 445-468. Y del mismo autor (2012): *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, Madrid, págs. 74-81.

(32) RODRÍGUEZ FONT (1999: 270) apunta que la clasificación del art. 84, al incluir en un mismo peldaño a la comunicación y la declaración, contribuye a la idea de la intercambiabilidad de ambas técnicas.



queda sujeto a la obtención de previa licencia municipal. Y que en caso de tratarse de actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, se podrá no obstante condicionar su sujeción a licencia previa, tras un juicio de justificación de necesidad y proporcionalidad.

Pero el legislador estatal da todavía un paso más. Así, sobre la base de la Disposición adicional octava de la LES (33), mediante el RD-L 8/2011 desaparecen las menciones a las licencias locales en diversos textos normativos— a los que ya se ha hecho referencia—, al entender que en tales ámbitos (ruido, agua, contaminación...) no está justificado ni resulta proporcionado exigir controles administrativos previos, bastando en su caso el sometimiento a controles posteriores al inicio de la actividad. La Disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 8/2011, establece además que, a excepción de las autorizaciones que se impongan en cumplimiento de la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas y de armas y explosivos, las menciones contenidas en la legislación estatal a las licencias o autorizaciones municipales relativas a la actividad, funcionamiento o apertura habrán de entenderse referidas a los distintos medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, según los principios del artículo 39 bis de la LRJ-PAC y contempladas en el artículo 84.1 de la LBRL.

No satisfecho del todo, sin embargo, el legislador no se queda aquí, y avanza aún más: mediante la Ley 12/2012 se eliminan, además, todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales siempre que cuenten con una superficie de hasta 300 metros cuadrados.

En el ámbito local de las Islas Baleares, la reforma de las reglas de actuación administrativa van mucho más allá que la normativa estatal, como ya se ha dicho. Tras establecer el nuevo artículo 178 de la LMRL —introducido por la Ley 12/2010— cuáles son los medios de intervención de las entidades locales de Baleares en la actividad administrativa de los ciudadanos —en la línea del artículo 84 de la LBRL—, el legislador balear amplía el ámbito de actuación de la reforma iniciada por el Estado. La normativa balear (Ley 13/2012, vista más arriba) afecta a otros sectores, no sólo el comercial, y supone una simplificación enorme de los trámites de apertura de negocios en general, ya que sólo se exige permiso previo de instalación cuando se trate de actividades de gran magnitud que puedan provocar molestias graves, impactos elevados o cuando

---

(33) La Disposición adicional octava de la LES insta al Gobierno a realizar un juicio de necesidad y proporcionalidad en relación con las previsiones existentes sobre licencias locales de actividad, con el fin de poder eliminar la correspondiente exigencia de licencia cuando no concurren las razones citadas (justificación de necesidad y proporcionalidad), sin perjuicio de su sustitución por otras formas de verificación y control administrativo.

deba protegerse la seguridad que afecta a un gran número de personas (art. 11 y Disposición adicional cuarta Ley 12/2012).

B) La decisión de eliminación o mantenimiento de control previo para el inicio o ejercicio de actividades por parte de las autoridades competentes —ya sea el legislador estatal, ya sea el autonómico—, no es una decisión que pueda ejercerse de forma arbitraria, sino que tiene que basarse en criterios objetivos que delimitan el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes. Los requisitos a tener en cuenta por parte de la institución competente a la hora de poder supeditar el acceso de una actividad a la exigencia de autorización administrativa previa deben ajustarse a una serie de criterios, establecidos en el artículo 10 de la Directiva de Servicios y en el artículo 9 de la Ley 17/2009, que son de aplicación al menos para las actividades de servicios y su ejercicio: a) no ser discriminatorios; b) estar justificados en una razón imperiosa de interés general y ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; c) ser objetivos, claros e inequívocos; y d) y ser transparentes, accesibles y publicados con anterioridad. El régimen de autorización deja de ser el medio normal de intervención administrativa y únicamente podrán mantenerse las autorizaciones en las actividades de servicios cuando estén justificadas por una razón imperiosa de interés general, el objetivo perseguido no pueda lograrse con otra medida menos restrictiva y no sean discriminatorias; y siempre que así lo prevea una Ley (art. 5 Ley 17/2009).

Como hemos comprobado *up supra*, la valoración de estas circunstancias ha reducido bastante las licencias municipales en las leyes, tanto en las de ámbito estatal como en las de ámbito balear. Esta restricción en cuanto a la exigencia de licencia previa se ha producido, en efecto, mediante Ley (estatal o autonómica), en aplicación de la reserva de Ley prevista en el artículo 5 de la Ley 17/2009 para establecer el régimen de autorización de las actividades de servicio. La doctrina ha destacado, sin embargo, que esta reserva de Ley es más bien poco respetuosa con la autonomía local y poco congruente con la Directiva de Servicios —que no prevé ninguna reserva de Ley—, ya que lo único que hace es establecer unos criterios objetivos para establecer el régimen autorizatorio —vistas más arriba—, dejando claro que ello no afecta ni interfiere las competencias locales, como dice la Exposición de Motivos 59 y 60 de la Directiva mencionada [FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ, 2011: 14; SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2012: 219; TORRES COBAS, 2009 (34)].

En el ámbito local balear, el apartado 1.b) del artículo 178 de la LMRL —introducido por la Ley 12/2010—, al referirse a los actos de control preventivo, se remite a la legislación vigente reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y por lo tanto a los principios que contiene el artículo 5

---

(34) TORRES COBAS, F. (2009): «Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», *Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, 4, pág. 10.

de la Ley 17/2009 [no discriminación por razón de nacionalidad, justificación o motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general), proporcionalidad, así como también al principio de reserva de Ley para establecer el régimen de control previo en las actividades de servicios]. Por lo que se refiere, no obstante, al resto de actividades, de la evolución de la legislación estatal y balear de adaptación a la Directiva de servicios —ya vista— se desprende también que el ejercicio de las actividades en el ámbito local sólo podrá someterse a control previo con carácter excepcional y siempre que su sujeción se ajuste a los principios de justificación y proporcionalidad (art. 84 bis LBRL y Ley 13/2012).

Ahora bien, lo que no hace la legislación estatal ni la balear es requerir ninguna reserva de Ley para establecer el régimen autorizador para las actividades en el ámbito local, lo que significa que se produce una flexibilización de la reserva para el resto de actividades que no sean de servicios y, por consiguiente, en estos casos se abriría la posibilidad de previsión del régimen autorizador por vía reglamentaria, y en particular, mediante ordenanzas municipales. La especial posición de las ordenanzas en el sistema de fuentes podría incluso llegar a plantear una flexibilización de la reserva de Ley para las actividades de servicios, como ha destacado FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ (2011: 15) (35), en virtud de su especial posición normativa basada en su legitimación democrática y como manifestación de la autonomía municipal; aunque, bien mirado, ello difícilmente podría ser así, dada la claridad con que el artículo 5 de la Ley 17/2009 impone la reserva de Ley para el establecimiento del régimen autorizador en las actividades de servicios. Lo que no está tan claro es qué pasa con el resto de actividades que no sean de servicio, planteándose la posibilidad de que mediante ordenanzas municipales se pueda exigir, en los casos que sea posible y bajo el paraguas de los principios aplicables, el sometimiento a control preventivo de este tipo de actividades, al referirse el artículo 5 de la Ley 17/2009 sólo a las de servicios.

Para intentar responder esta cuestión, y tal como ha remarcado SALVADOR ARMENDÁRIZ (2012: 237), hay que tener en cuenta cuál es la posición jurídica de los entes locales, que ejercen sus competencias en el ámbito de su autonomía local a la luz de los dispuesto en la Ley —estatal o autonómica— reguladora de la actividad o servicio de que se trate. Ello significa que probablemente la obligación de establecer autorizaciones en las actividades que no sean de servicios —aunque planteándose incluso también en caso de establecer comunicaciones previas y declaraciones responsables— pasa por una necesaria intervención legislativa previa, desde el momento en que se incide en la situación jurídica de los ciudadanos de forma limitativa o condicionante, en mayor medida en el primer supuesto (autorizaciones) y en mucho menor medida en el segundo (declaraciones y comunicaciones).

---

(35) Véase también VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local: Sistema de Fuentes*, Marcial Pons, Madrid, págs. 235-332.

Ahora bien, por lo que se refiere en concreto a los medios menos restrictivos de intervención administrativa, el hecho de no haber ninguna imposición de reserva de Ley para establecer el sometimiento de las actividades (todas) a comunicaciones y declaraciones, nos permite concluir que en estos casos las ordenanzas municipales tendrán un papel muy importante, de acuerdo con lo que dispone el nuevo artículo 84 ter de la LBRL —introducido por la LES—. Este precepto obliga a las entidades locales, de forma general para toda actividad y cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, a establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial (FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ, 2011: 15). Por tanto, es la propia LBRL que, en los casos que no se requiera control previo, habilita a las entidades locales a hacer uso y a establecer procedimientos de estas medidas menos restrictivas de intervención (declaraciones y comunicaciones) (36). Y en sentido similar también se ha manifestado el artículo 5, apartado 2, de la Ley 12/2012, relativo a las medidas de liberalización del comercio, al habilitar a las «entidades locales a regular el procedimiento de comprobación posterior de los elementos y circunstancias puestas de manifiesto por el interesado a través de la declaración responsable o de la comunicación previa (...)». De ello se deriva, por lo tanto, que las ordenanzas municipales, como expresión de normas autónomas, si bien van a estar más condicionadas a la hora de establecer controles preventivos, sí podrán establecer más libremente comunicaciones previas y declaraciones responsables (37).

Téngase en cuenta, además, que en la Ley de economía sostenible se establece una Disposición adicional octava de evaluación de la normativa existente sobre licencias locales de actividad, que ha culminado a nivel estatal con la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2011, en el que se elimina la correspondiente exigencia de licencia en muchos textos normativos (por no estar justificada ni ser proporcionada), sustituyéndola por otras formas de verificación y control administrativo, como ya vimos más arriba. Pero esta Disposición adicional también insta a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, en el ámbito de sus competencias, a adaptar igualmente su normativa a lo previsto en el artículo 84 bis de la LBRL —en las Islas Baleares este proceso ha supuesto la aprobación de la Ley 12/2010 y la Ley 12/2012, como también ya se ha dicho *up supra*—. Y, finalmente, insta específicamente a los municipios a adoptar un acuerdo que dé publicidad a los procedimientos en los que, de acuerdo con lo previsto en

---

(36) Como dice SALVADOR ARMENDÁRIZ (2012: 238), «habrá de ser la Ley la que habilite a las Entidades Locales para hacer uso de la potestad de someter a declaración responsable y comunicación previa el ejercicio de actividades de servicios y la que complete dicha potestad con las otras potestades que permitan el necesario control *ex post*, incluidas las previsiones de carácter sancionador».

(37) Así lo ha advertido FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ (2011: 15).

el artículo 84.bis de la LBRL, vaya a substituir el régimen de sometimiento a la licencia local de actividad.

Con todo, el objetivo final que se pretende con los referidos preceptos es identificar y adecuar las normas estatales, autonómicas y locales afectadas por las nuevas reglas de actuación administrativa derivadas de la aplicación de la Directiva de servicios. Centrándonos en el ámbito local, no puede olvidarse, como ha destacado JIMÉNEZ ASENSIO (2010: 147-148), que una vez identificadas las normas locales afectadas, las entidades locales deben tener en cuenta la distinción entre las ordenanzas de desarrollo y las ordenanzas autónomas, y la diversa repercusión o tratamiento jurídico que de su distinción se deriva. En el caso de las ordenanzas de desarrollo de una ley estatal o autonómica previa, en la que se establezca el régimen de autorización o, en su caso, la liberalización pertinente, la ordenanza municipal tiene un ámbito de decisión más reducido. De modo que si por Ley estatal o autonómica se exige autorización, entonces la ordenanza ya no puede eliminarla; por tanto, si el legislador sectorial sigue manteniendo «a capa y espada» la autorización, como ha escrito JIMÉNEZ ASENSIO (2010: 138), pone en una compleja situación a las entidades locales que quieran substituir ese régimen de licencia por otro más proporcional y menos incisivo en el acceso a las actividades de servicio (38). Y si, en cambio, la Ley no exige el régimen de autorización, la ordenanza tampoco ya no podrá imponerlo. Sin embargo, añade el citado autor (*Ibidem*: 147), en los supuestos de ordenanzas autónomas —aquellas que no se corresponden con un desarrollo de una Ley previa—, el margen de configuración es mayor y la entidad local puede actuar bajo sus propios criterios políticos; con las únicas limitaciones, eso sí, del artículo 5 de la Ley 17/2009, que al exigirse una Ley para establecer un régimen de autorización en las actividades de servicios, si la entidad local suprime el régimen de autorización ya no podrá restablecerse vía ordenanza.

En definitiva, tal y como ha destacado la doctrina (*Ibidem*: 148), la entidad local sólo podrá evaluar si mantiene o elimina el control preventivo en caso de que se trate de ordenanzas autónomas; puesto que, si son ordenanzas de desarrollo, quien debe realizar la ponderación de si se mantiene o no un régimen de autorización —bajo los criterios impuestos por la Ley 17/2009 de que dicho

---

(38) JIMÉNEZ ASENSIO (2010: 138) apunta que la modificación de la Ley 7/2009, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, que se ha llevado a cabo para su adaptación a la Directiva de Servicios mediante el Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, plantea algún problema, pues «si el legislador sectorial sigue manteniendo «a capa y espada» la necesidad de un régimen de autorización previa (aunque ello contradiga lo previsto en la Directiva de Servicios y en la Ley 17/2009), la Ley de Administración Local veda que las Ordenanzas puedan substituir ese régimen de licencia por otro más proporcional y menos incisivo en el acceso a las actividades de servicio. Esta regulación ya estaba recogida en el propio REBASO, aunque sólo se hacía mención a la «comunicación previa» y no a «la declaración responsable». Compleja situación en la que quedan las entidades locales aragonesas si —como es el caso— el legislador autonómico lleva a cabo una adaptación incompleta o «tramposa»».

régimen no sea discriminatorio, sea necesario (obedezca a razones imperiosas de interés general) y sea proporcionado— es el legislador estatal o autonómico, en función de la competencia, al menos para las actividades de servicios (39).

## **2. Impulso de la declaración responsable y de la comunicación previa**

### **A) Ámbito local en general**

La normativa de servicios ha comportado el establecimiento de un abanico de niveles distintos de intervención administrativa en las actividades, que van desde el libre acceso —que permite operar sin más limitaciones que las que se le imponen a cualquier otra actividad económica— hasta el régimen de autorización —que implica el cumplimiento de ciertos requisitos que exigen una comprobación previa por parte de la autoridad competente—, pasando por el régimen de comunicación previa y de declaración responsable —en el que el prestador puede operar desde el momento en que comunica el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad— (40).

En el ámbito local, como ha sido destacado por FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ (2011: 17), la normativa de servicios ha comportado una ampliación del ámbito de aplicación de las comunicaciones previas y la normalización de las declaraciones responsables sustituyendo muchas autorizaciones, y ese mayor alcance ha hecho que dichas figuras hayan sido reconocidas de forma general en dicho ámbito territorial al incluirlas en el artículo 84 de la LBRL, así como que hayan sido reguladas para todas las Administraciones Públicas en el artículo 71 bis de la LRJ-PAC (41). La incorporación de estas nuevas técnicas de intervención puestas al servicio del control administrativo *ex post* ha supuesto, como ha seña-

---

(39) FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ (2011: 15) advierten al respecto que «la limitación de la posibilidad de establecer autorizaciones de servicios por las ordenanzas puede ser compensada parcialmente, de cara a la preservación del interés general, con una mayor potenciación de otras licencias que operan indirectamente sobre los servicios, como son las licencias urbanísticas de uso o las licencias de uso común especial del dominio público municipal (en especial, las vías y los espacios públicos)». Ejemplo, que la licencia se convierta en una «locomotora procedimental» para tramitar simultáneamente otros controles de la actividad. Véase la Ordenanza municipal del ayuntamiento de Madrid, de 29 de junio de 2009, por la cual se establece el régimen de gestión y control de las licencias urbanísticas de actividades, que unifica las licencias de obras con la de actividad; téngase en cuenta, son obstante, que esta ordenanza ha sido anulada parcialmente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011, como ha destacado FERNANDEZ TORRES (2011: 109).

(40) Véase VILLALBA PÉREZ (2010: 186).

(41) Para un estudio riguroso de las técnicas de intervención administrativa, véase LÓPEZ MENUDO, F. (2010): «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Pública*, 14, págs. 111-149; LOZANO CUTANDA, B. (2010): «Ley Ómnibus: silencio

lado PAREJO ALFONSO (2012) (42), «un cambio radical en el régimen de la policía administrativa de la actividad particular que, si puede discutirse si determina o no el montaje de un nuevo Derecho Administrativo, no puede cuestionarse que obliga a un profundo cambio de la «cultura» administrativa establecida con repercusiones en la organización, el funcionamiento, los medios personales de las Administraciones e, incluso, el régimen sustantivo y procedimental de sus actos y, en general, su actuación, así como en el entendimiento de la relación Administración-destinatario de ésta».

Esta reforma de la cultura administrativa se cimienta a partir de la generalización del sistema de comunicación previa y declaración responsable en la actividad de los ciudadanos, es decir, a partir de la implantación de técnicas menos restrictivas para la libertad. Este nuevo sistema ha trasladado la intervención administrativa a un momento posterior en el que ocupan un lugar central las funciones de comprobación, control e inspección por parte de las Administraciones Públicas, permitiéndose el inicio de la actividad privada sin necesidad de una resolución administrativa previa. Ello supone la consecuente imposición de las importantes funciones de control a posteriori por la Administración, salvo —eso sí— en los casos en que por aplicación de los principios de no discriminación, justificación o motivación de la intervención administrativa (razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad, deba exigirse el régimen de autorización sujeto a control previo.

La regulación general de estas técnicas menos restrictivas de intervención la encontramos en el artículo 71 bis de la LRJ-PAC, que ha sido introducido por la Ley 25/2009. El apartado 1 de dicho precepto define la declaración responsable como el documento suscrito por el interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio; que dispone de la documentación que así lo acredita; y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos de la declaración responsable han de estar recogidos de manera expresa, clara y precisa. Mientras que en el apartado 2 del citado artículo se define la comunicación previa como el documento mediante el que se pone en conocimiento de la Administración Pública competente los datos identificativos del interesado y los demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 70 de la LRJ-PAC.

La declaración responsable y la comunicación previa producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente (apartado

---

administrativo, declaración responsable y comunicación previa», Diario La Ley, 7339; FERNANDEZ TORRES (2011); y MUÑOZ MACHADO (2011a: 697-703).

(42) PAREJO ALFONSO, L. (2012): *Transformaciones y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, INAP/Global Law Press, pág. 165-166.

3, art. 71 bis LRJ-PAC), por lo que es necesario que se especifiquen los términos concretos en que deban presentarse. Debe tenerse en cuenta que sobre todo en el caso de las comunicaciones previas se deberá acompañar de la documentación necesaria que acredita el cumplimiento de los requisitos exigibles, documentación que habrá de «ponerse en conocimiento» de la Administración —en el sentido que habrá de entregarse a la Administración— para que se pueda ejercer el control posterior; mientras que en el caso de la declaración responsable, al declarar el interesado que «bajo su responsabilidad» cumple con los requisitos establecidos en la normativa aplicable y de que tiene la documentación que lo acredita, no es preciso que se produzca un traslado de la documentación, bastando que acredite que sí la tiene disponible (MUÑOZ MACHADO, 2011a: 700).

Con carácter general, la declaración responsable y la comunicación previa permitirá o bien el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación (43). Recordemos, no obstante, que en el caso de la comunicación, si bien ésta normalmente ha de ser previa al inicio de la actividad, en algunos casos puede ser posterior, siempre que la norma prevea que pueda hacerse expresamente de este modo (art. 71 bis, apartado 3, in fine). La comprobación del cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente es competencia de las Administraciones Públicas, que podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos y demás circunstancias (arts. 71 bis, apartado 3, y 39 bis LRJ-PAC). El artículo 5, apartado 1, de la Ley 12/2012, de aplicación a la actividad del comercio, reconoce en concreto que la presentación de la declaración responsable o de la comunicación previa tiene el efecto de habilitar a partir de ese momento para el ejercicio material de la actividad comercial, sin que ello prejuzgue «en modo alguno la situación y efectivo acomodo de las condiciones del establecimiento a la normativa aplicable», ni limite «el ejercicio de las potestades administrativas, de comprobación, inspección, sanción, y en general de control que a la administración en cualquier orden, estatal, autonómico o local, le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso».

Cuando la declaración responsable y la comunicación previa presentadas sean correctas no debe surgir problema y desde el mismo momento en que se ponen en conocimiento de la Administración despliegan efectos similares a los de un acto administrativo implícito, es decir, a partir de la fecha de presentación, el sujeto interesado puede desarrollar la actividad pretendida, y para la Administración comienza a correr el plazo para hacer efectivas sus potestades de inspección y control (VILLALBA PÉREZ, 2010: 187). Pero si la declaración responsable o la comunicación previa fueran incompletas, inexactas o incumplen determinaciones

---

(43) Uno de los problemas que plantean las comunicaciones previas y las declaraciones responsables en los entes locales es su dificultad de distinción, como ha destacado FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ (2011: 17), pese a la claridad con que el artículo 71 bis, apartado 3, de la LRJ-PAC establece que ambas figuras tienen los mismos efectos de permitir el reconocimiento o ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.



normativas, o si dichos documentos no fueran presentados a la Administración competente, se requerirá al interesado y se producirá una interrupción en el derecho a ejercer la actividad hasta el momento que corrija o complete la deficiencia. Y si el titular ejercita de forma incorrecta la actividad podrá incurrir en responsabilidad penal, civil, o administrativa. Además, la Administración competente podrá determinar la restitución de la situación jurídica y la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento (art. 71 bis, apartado 4 LRJ-PAC).

## **B) Ámbito local de las Islas Baleares**

En el ámbito local de las Islas Baleares, la regulación concreta de la declaración responsable y la comunicación previa se completa, primero, con la Ley 12/2010 —que modifica dos leyes importantes de dicha esfera territorial de las que ya se dio cuenta más atrás: la LMRL y la LLIA—, y después, con la Ley 13/2012, que simplifica el inicio de las actividades de los particulares, en el marco del nuevo artículo 84 bis de la LBRL (introducido por la LES) y de las medidas estatales de liberalización del comercio impuestas por la Ley 12/2012.

Recordemos que la Ley 12/2012 estatal elimina todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales —y otros que se detallan en el anexo de la Ley— con una superficie de hasta 300 metros cuadrados. Y que elimina también la exigencia de licencia previa en los casos de obras ligadas al acondicionamiento de estos locales que no requieran de la redacción de un proyecto de obra, siendo suficiente en estos supuestos la presentación de una declaración responsable o comunicación previa —en la que el empresario declara cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente y disponer de los documentos que se exijan— para que el interesado pueda iniciar tanto la ejecución de obras e instalaciones (para el acondicionamiento sin proyecto de obra) como el ejercicio de la actividad comercial y de servicios. Se produce así en el ámbito comercial, siempre que se reúnan los requisitos establecidos por la Ley 12/2012, una sustitución tanto de las licencias previas (de instalación y de inicio de actividad) como de la licencia previa de obras por una declaración responsable o comunicación previa sujeta a control posterior.

Pero el legislador balear luego va más allá de lo que reconoce el legislador estatal —que se limita a la actividad comercial—, de acuerdo con lo que prevé la Disposición final décima de la Ley 12/2012, que permite a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, que puedan regular un régimen de mayor alcance en la eliminación de cualquier tipo de control previo. Así, en las Islas Baleares, mediante la Ley 13/2012 —y en cumplimiento del nuevo artículo 84 bis de la LBRL, como se reconoce en el artículo 13 de la Ley 13/2012—, sólo es preceptiva la obtención de licencia previa de instalación en los casos de las actividades permanentes mayores, es decir, cuando se trate de actividades (no sólo comerciales, sino también las demás) de gran magnitud que puedan provocar

molestias graves, impactos elevados o cuando deba protegerse la seguridad que afecta a un gran número de personas, en virtud del nuevo artículo 6 de la LLIA —introducido por la Disposición final cuarta de la Ley 13/2012 (44)—. El resto de actividades podrán iniciarse y ejercerse simplemente con la declaración responsable correspondiente. Pero incluso la Ley 13/2012 en su artículo 14 establece excepciones a la necesidad de obtener la licencia de instalación y de presentar la declaración responsable para iniciar y ejercer la actividad en tres casos: los aparcamientos vinculados a una única vivienda, las actividades relacionadas con el destino o con la naturaleza de las fincas rústicas vinculadas a usos agrícolas, forestales, cinegéticos, y las estancias turísticas en viviendas (45).

Centrándonos específicamente en el ámbito de la licencia de obras, debe resaltarse que la eliminación del control previo para el acondicionamiento de

---

(44) Según el nuevo artículo 6 de la LLIA, «son actividades permanentes mayores aquellas en las que se producen una o más de las siguientes circunstancias:

a) Las industrias, los talleres industriales y las industrias agroalimentarias de más de 1.000 m<sup>2</sup> de superficie computable. La superficie computable es la suma de la superficie edificada más el 50 % de la superficie al aire libre, de haberla.

b) El resto de actividades no indicadas en la letra anterior de más de 2.500 m<sup>2</sup> de superficie computable, excepto los aparcamientos al aire libre.

c) Cuando la mayoría de los ocupantes necesiten ayuda en caso de evacuación.

d) Cuando la capacidad sea superior a 250 personas con una densidad de ocupación igual o superior a 1 persona por metro cuadrado, y a 500 personas en los otros casos.

e) Cuando la carga de fuego ponderada sea superior a 200 M cal/m<sup>2</sup>.

f) Cuando la previsión de la emisión de ruido medido a un metro de los aparatos, las máquinas o los equipos instalados en el interior de edificios sea superior a 90 dB (A) de día y en período vespertino y a 80 dB (A) en período de noche; o, en caso de que se trate de zonas al aire libre o sin cierres, a 65 dB (A) de día y en período vespertino y a 55 dB (A) en período de noche. A efectos de los límites anteriores no ha de tenerse en cuenta la emisión de ruido que puedan producir los aparatos de audio autónomos, como por ejemplo los televisores y otros semejantes. Cuando se trate de zonas residenciales o que requieran una protección especial contra la contaminación acústica, los valores anteriores han de reducirse en 5 dB (A).

g) Las actividades que impliquen manipulación, expedición o almacenamiento de productos susceptibles de producir riesgos graves para las personas o los bienes por explosiones, combustiones, intoxicaciones, radiaciones y otras consecuencias similares, así como humos, gases, olores, nieblas o polvo en suspensión que puedan dar lugar a molestias graves a los vecinos.

h) Las que se regulen reglamentariamente».

(45) El artículo 14 de la Ley 13/2012 establece que «en todo caso, se exceptúan de la necesidad de obtener el permiso de instalación y de presentar la declaración responsable para iniciar y ejercer la actividad, así como de la necesidad del seguro de responsabilidad civil a que se refiere el artículo 19 de la Ley 16/2006, los siguientes casos:

a) Los aparcamientos vinculados a una única vivienda, sin perjuicio de aparcamientos comunitarios, y las instalaciones técnicas propiamente dichas no vinculadas a una actividad.

b) Las actividades relacionadas con el destino o con la naturaleza de las fincas vinculadas a los usos a que se refiere el artículo 21 de la Ley 6/1997, de 8 de julio, del Suelo Rústico de las Illes Balears, a no ser que requieran de evaluación de impacto ambiental de acuerdo con la normativa aplicable.

c) Las estancias turísticas en viviendas».

locales comerciales impuesta por la Ley 12/2012, y su sustitución por una medida menos restrictiva sujeta a control posterior, contrasta en las Islas Baleares con la Ley 4/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para el impulso de la inversión, que especifica que la regulación de la declaración responsable de inicio de una actividad económica, empresarial o profesional no es de aplicación en los ámbitos de las obras de urbanización y de edificación (art 9.1). También contrasta de manera directa con la Ley balear 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística, que exige licencia de obras para cualquier tipo de obra, incluida la de «disposición interior de los edificios e instalaciones de todas las clases existentes» (art. 2.2); por no decir el importante problema competencial que ello plantea, dada la asunción de la competencia ordinaria en materia urbanística por parte de todas las Comunidades Autónomas según sus Estatutos de Autonomía y según la decisiva STC 61/1997, de 20 de marzo, en frente a las competencias genéricas que invoca el Estado como fundamento de su regulación (reglas 1ª, 13ª, 14ª, 16ª y 18ª del artículo 149.1 CE). Y contrasta, además, con la Directiva de Servicios, que establece que las normas urbanísticas quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, tal como recoge el considerando 9 del texto comunitario (46); así como también con la Ley 17/2009, que tampoco contiene una determinación expresa sobre materias como urbanismo (RODRÍGUEZ FONT, 2009 (47); JIMÉNEZ ASENSIO, 2010: 137 (48); VILLALBA PÉREZ, 2010: 184).

---

(46) El considerando 9 establece: «La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada».

(47) Al respecto, véase RODRÍGUEZ FONT, M. (2009): «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN (dir.), *Anuario del Gobierno local, La Directiva de servicios. Contratación Local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, págs. 268 y 269: «El urbanismo y el dominio público son los principales ámbitos en los que desarrollan competencias los municipios. Respecto a ellos es fácilmente invocable la existencia de las llamadas razones imperiosas de interés general que justifican el mantenimiento de los regímenes autorizatorios y también una configuración negativa del silencio administrativo, contraria a la regla general establecida por la DS y el Ordenamiento jurídico español (...) La exclusión de las licencias urbanísticas del ámbito de aplicación de la DS podría quedar justificada con la sola invocación de estas razones de interés general, fundadas en consideraciones de seguridad jurídica o protección del medio ambiente y entorno urbano, por poner un par de ejemplos. Sin embargo, la Doctrina coincide en señalar que también quedan fuera por el hecho de que la norma comunitaria se aplica respecto a los requisitos que afectan el acceso a una actividad. Las licencias urbanísticas no atañerían directamente a dicho acceso, a pesar de imponer condiciones que deben ser respetadas en el desarrollo previo de la misma».

(48) JIMÉNEZ ASENSIO (2010: 137), crítico con que las normas urbanísticas estén excluidas, señala, citando a TORRES COBAS, F. (2009), que «una cosa es que a las normas urbanísticas no se les apliquen los principios y reglas comunitarios, pero otra muy distinta es que aquellas disposiciones que regulen el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio (por mucho que se encuentren insertas

Pese a ello, y echando en falta mayor seguridad jurídica y mejor técnica legislativa, lo cierto es que el legislador balear empieza a introducir cambios en el campo del urbanismo en una clara tendencia hacia la simplificación administrativa y la incorporación de mecanismos de intervención menos restrictivos. Así, la Disposición adicional tercera de la Ley 13/2012 balear, siguiendo la senda iniciada por la normativa estatal y en aplicación concreta de la Ley 12/2012, establece una serie de reglas de aplicación a las declaraciones responsables y comunicaciones previas en determinadas obras, de acuerdo en todo caso con el régimen jurídico previsto en la propia Ley 12/2012 y en la LRJ-PAC. En concreto, establece que en los casos en que no sea exigible la licencia de obras (prevista en los casos de acondicionamiento de los locales inferiores a 300 metros que no requieran proyecto de obra), ha de presentarse una declaración responsable relativa a las obras realizadas, junto, si procede, con la declaración responsable relativa al inicio y ejercicio de la actividad correspondiente. Pero también se prevé en la referida Disposición que los municipios puedan exigir, antes de la realización de las obras, la presentación de una comunicación previa con el fin de conocer la localización y las circunstancias de la obra que haya de realizarse, y facilitar su control. En estos casos, la comunicación previa sustituye a la declaración responsable relativa a las obras, sin perjuicio de la obligación de presentar, si procede, la declaración responsable relativa al inicio y ejercicio de la actividad.

La sustitución de una licencia municipal por una comunicación previa o declaración responsable plantea no pocos problemas, y si hay que destacar uno es el olvido de los terceros interesados, ya sean titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos, al eliminarse los derechos de participación en el procedimiento administrativo de otorgamiento o no de la licencia, en concreto, los trámites de información pública, información vecinal y audiencia (FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ, 2011: 18) (49). Pero la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas y declaraciones responsables comporta otro problema aún mayor: cómo controlar la legalidad de la actividad iniciada sin resolución administrativa previa al ser trasladada la intervención municipal a un momento posterior. Como ya se ha dicho, todo queda en manos de las importantes fun-

---

en «Normas urbanísticas») queden también fuera de la aplicabilidad de la Directiva. La cobertura formal (en este caso Ley de Urbanismo, pero podría ser también un instrumento de planeamiento) no puede servir de excusa para huir materialmente de la aplicabilidad de los principios y reglas de la Directiva».

(49) Para FONT I LLOVET, PEÑALVER I CABRÉ, una posible solución podría pasar por articular trámites participativos previos a la presentación de la declaración responsable o la comunicación previa, abriéndose un campo muy atractivo para las ordenanzas municipales para poder crear y regular estos. La STS de 17 de noviembre de 2009 establece que estos trámites participativos son ajustados a derecho y no son contrarios a las finalidades de reducir las cargas administrativas ni desproporcionados vista su finalidad de garantizar la participación de los terceros interesados, en 2011: 18.

ciones de comprobación, control e inspección, cuyo ejercicio, además, no queda en exclusiva en manos de las Administraciones Públicas, sino que empieza a ser desempeñado por personas jurídicas privadas, entidades colaboradoras, produciéndose un proceso de administrativización de las relaciones privadas entre el titular de la actividad y estas entidades privadas colaboradoras legalmente acreditadas de la Administración (*Ibidem*: 21) (50). El impulso de la colaboración privada de estas entidades en el ámbito local para que pueda llevarse a cabo la gestión de la actividad de comprobación e inspección viene recogido expresamente en la Disposición adicional segunda de la Ley 12/2012 estatal así como también en la Ley 13/2012 balear, cuya Disposición final cuarta ha modificado el apartado 1 del artículo 104 de la LLIA al objeto de determinar que «las inspecciones municipales podrán ser efectuadas directamente por los ayuntamientos o por agentes de inspección debidamente acreditados».

Entre las medidas destacadas que van a poder permitir ejercer con efectividad las funciones municipales de control e inspección y garantizar de forma real los derechos de los terceros interesados, cabe mencionar la que se ha denominado «eficacia diferida de la declaración responsable y la comunicación previa», que consiste en tener que esperar el acuse de recibo de la declaración o comunicación para iniciar una actividad o para ejercerla (51). Medidas de este estilo ya han sido incorporadas mediante la Ley 25/2009 en varios ámbitos sectoriales por parte de la normativa estatal, como por ejemplo en el artículo 37 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de pesca marítima del Estado, y en el artículo 16.1 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo de vías pecuarias (*Ibidem*: 19).

Un buen control necesita además que la Administración local pueda adoptar inspecciones de forma planificada y con sometimiento a plazo, como así se ha indicado en la legislación balear para los entes locales en el apartado 1 del artículo 104 de la LLIA —introducido por el apartado 6 de la Disposición final cuarta de la Ley 13/2012—, que establece que «los ayuntamientos deben planificar en el primer mes de cada año las inspecciones de actividades que hayan de ejecutar anualmente de oficio. El plan debe incluir, como mínimo, un 50 % de las actividades permanentes mayores y un 10 % de las restantes respecto del ejercicio anterior. Las inspecciones han de realizarse en el período de un año desde la presentación de la declaración responsable correspondiente que las habilita para funcionar, sin perjuicio de que cualquier actividad pueda ser inspeccionada en cualquier otro momento». Y un buen control precisa asimismo que las entidades locales puedan adoptar medidas administrativas en caso de incumplimientos, como también ha sido introducido en la legislación balear referida (apartado 8 de la Disposición final cuarta de la Ley 13/2012); el nuevo apartado 2 del

---

(50) Véase, además, MUÑOZ MACHADO, 2011a: 713-723.

(51) Téngase en cuenta que el apartado 39 de Exposición de Motivos de la Directiva de Servicios al definir la eficacia diferida sólo se refiere a la declaración, lo cual plantea si incluye también las comunicaciones previas, en FONT I LLOVET, PENALVER I CABRÉ (2011: 15).

artículo 123 de la LIA, de medidas cautelares de paralización y de clausura de la actividad, impone a la autoridad competente el deber de «notificar a la persona titular de la actividad presuntamente ilegal las anomalías observadas y le debe otorgar un plazo de cinco días para que acredite la legalidad de la actividad. Se entiende que la falta de respuesta implica la aceptación de las irregularidades señaladas y permite dictar el acuerdo, de manera inmediata, de la paralización y la clausura cautelar del ejercicio de la actividad, en los casos en que se infrinjan manifiestamente los límites de la contaminación acústica o haya un peligro grave e inminente para la seguridad de las personas o del medio ambiente. En los demás supuestos, se puede conceder un plazo de seis meses para regularizar su situación, sin perjuicio de las actuaciones sancionadoras que establece la ley».

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, V. (2012): «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona.
- EMBED IRUJO, A. (2012): «El derecho público de la crisis económica», en A. BLASCO ESTEVE (coord.) *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo (Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo)*, Instituto Nacional de Administración Pública.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2011): «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista Catalana de Derecho Público*, 42.
- FONT I LLOVET, T., PEÑALVER I CABRÉ, A. (2011): «La incidencia de la Directiva de servicios en los entes locales», *Revista Catalana de Derecho Público*, 42.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2009): «La transposición de la Directiva de servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo*, 32.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2010): «El impacto de la transposición de la Directiva de servicios en el Derecho local», en E. MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la transposición de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Monografías de esta REVISTA, XII.
- LÓPEZ MENUENDO, F. (2010): «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Pública*, 14.

- LÓPEZ RAMÓN, F. (2011): «Políticas ante la fragmentación del mapa municipal», en J. M. GIMENO FELIU (coord.), *La organización local. Nuevos Modelos*, Civitas-Thomson Reuters.
- LOZANO CUTANDA, B. (2010): «Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa», *Diario La Ley*, 7339.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011a): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, IV, Iustel, Madrid.
- (2011b): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, 3º ed., Iustel, Madrid.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2009): «Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios. ¿Hay espacio para los derechos lingüísticos», *Revista de Lengua i Dret*, 52.
- (2011): «La termita Bolkestein», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 22.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La Directiva Bolkestein y la Ley Paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado "autoritativo"», *Revista Española de Derecho Europeo*, 32.
- (2010): «Problemas actuales del Derecho administrativo», en *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid.
- (2012): *Transformaciones y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, INAP/Global Law Press.
- DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010): «Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2011): «Mercado interior y Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Derecho Público*, 42.
- REBOLLO PUIG, M. (2011): «Reforma de las estructuras municipales: régimen jurídico y posibilidades», en J. M. GIMENO FELIU (coord.), *La organización local. Nuevos Modelos*, Civitas-Thomson Reuters.
- RIVERO ORTEGA, R. (2009): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters.
- (2010): «Repercusiones económicas de la reforma del sector servicios. En especial, su impacto en el sector del comercio», en E. MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la transposición de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Monografías de esta REVISTA, XII.
- (2012): *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, Madrid.

- RODRÍGUEZ FONT, M. (2009): «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN (dir.), *Anuario del Gobierno local, La Directiva de servicios. Contratación Local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2012): «El impacto de la Directiva de Servicios en la Administración Local: una reflexión general», en V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona.
- TORRES COBAS, F. (2009): «Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales», *Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, 4.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2011): «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local: Sistema de Fuentes*, Marcial Pons, Madrid.
- VILLALBA PÉREZ, F. (2010): «Nuevo marco jurídico para la gestión pública local», en E. MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la transposición de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Monografías de esta REVISTA, XII.



# LA DESCLASIFICACIÓN DE BIENES CULTURALES. PÉRDIDA DE VALORES, ERROR O DESVIACIÓN DE PODER<sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

BLANCA SORO MATEO

**SUMARIO:** I. POSTULADOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.– II. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL COMO POTESTAD DEBER Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: 1. Los principios inspiradores de la actuación administrativa en el ámbito de la protección del patrimonio cultural: precaución, prevención, no regresión y responsabilidad. 2. El alcance de la potestad deber de protección del patrimonio cultural: una discrecionalidad limitada por la presencia del valor cultural. 3. La formación del acto administrativo de declaración de bienes culturales: procedimientos de declaración de bienes culturales y discrecionalidad sobre la presencia de valor cultural: A) La formación del acto administrativo de declaración: problemática jurídica. B) Una propuesta: la necesidad de elaboración de inventarios de categorías de bienes culturales, de formulación normativa de criterios sobre el valor cultural de los bienes y la democratización del patrimonio cultural.– III. EL PROCEDIMIENTO INVERSO A LA DECLARACIÓN DE BIENES CULTURALES: 1. Antecedentes: la desprotección del patrimonio natural: A) El tratamiento de la desprotección de espacios naturales por la normativa básica estatal. B) La regulación autonómica de la descatalogación de espacios naturales. C) Nuestra propuesta: la instauración de una reserva de Administración para la clasificación y desclasificación de espacios naturales. 2. El control de la desclasificación de los bienes integrantes del patrimonio cultural: pérdida de valores, error y desviación de poder.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El estudio aborda la problemática jurídica que plantea la desprotección de bienes culturales, la formación del acto de declaración así como las posibilidades de control de la desprotección de bienes culturales previamente protegidos.

**Palabras clave:** bienes de interés cultural; desprotección del patrimonio cultural; control de la desclasificación de bienes de interés cultural; procedimiento de declaración de bienes de interés cultural.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 19 de noviembre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de marzo de 2013.

(\*\*) La presente publicación se realiza en el marco del Proyecto 11880/PHCS/09 financiado con cargo a la convocatoria «Ayudas a la realización de proyectos de investigación en Humanidades y Ciencias Sociales» —integrada en el programa Séneca 2009— (2010-2013).

*ABSTRACT: The study approaches the legal problematic of desprotection law cultural heritage and the possibilities of control the desprotection cultural heritage protected*

*Key words: cultural heritage; legal problematic of desprotection cultural heritage; control desprotection law cultural heritage.*

## **I. POSTULADOS CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL**

Hablar en nuestro sistema jurídico español de protección o desprotección del patrimonio cultural nos obliga a partir del art. 46 de nuestro Texto Constitucional, según el cual «*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, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra el patrimonio*». Dicho precepto se sitúa entre los denominados principios rectores de la política social y económica, de modo que será el legislador, estatal o autonómico, el que precisará su alcance, en la medida en que se trata de una materia compartida normativamente entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Dicho lo anterior, y antes de adentrarnos en el análisis de la compleja cuestión objeto de análisis, resulta necesario al menos de modo esquemático, aludir al diseño competencial en la materia instaurado por la Constitución y desarrollado posteriormente por los propios Estatutos de Autonomía, así como a las diversas insuficiencias detectadas en la primera norma estatal postconstitucional sobre patrimonio cultural, entre las que se encuentra el silencio respecto a la descatalogación de bienes culturales que será objeto de estudio seguidamente.

En relación a la primera de estas cuestiones, y por lo que hace al Estado, éste ostenta competencia exclusiva sobre la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental contra la exportación y expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.28° CE). Además, el art. 149.2 de la CE, como complemento del anterior, establece que el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas. Por su parte, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre patrimonio monumental de interés para las mismas (art. 148.1.16° CE) y sobre Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma (art. 148.1.15° CE). Asimismo, en los términos de los arts. 143 y 151, y en virtud del art. 149.3, las materias no atribuidas expresamente al Estado, como es de sobra conocido, podrán corresponder a las Comunidades Autónomas de conformidad con los correspondientes Estatutos de Autonomía (1).

---

(1) ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ed. Ministerio de Cultura, Tomo II, 1994, pp. 656 a 660. Cfr., BALLARÍN IRIBARREN, J.: «Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, número 3, (1999), p. 220.

Bajo el manto de todos estos preceptos y con fundamento expreso en los arts. 149.1.28º y 149.1.1º de la CE, según interpretó nuestro TC (2), el legislador estatal dictó hace cerca de treinta años la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, modificada en diversas ocasiones y parcialmente desarrollada por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero. No nos vamos a detener demasiado en el análisis de la cuestión competencial, pero sí resaltaremos, al menos algunos de los más importantes aspectos abordados por la STC 17/1991, de 31 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra esta norma. Esta STC 17/1991, aunque no llega a declarar inconstitucional ninguno de los preceptos de la Ley 16/1985, lleva a cabo una interpretación de sus arts. 2.3, 9.1 y 49.5 de gran importancia, considerando que el art. 9 ha de ser entendido en el sentido de que son las Comunidades Autónomas las instancias competentes para declarar bienes de interés cultural, categoría de protección más importante que prevé la norma. Así, declara constitucional dicho precepto, que atribuía al Estado la competencia para declarar los bienes de interés cultural, siempre que sea leído en el sentido de que esta competencia le corresponde a las Comunidades Autónomas. Se afirma, y esto es lo importante, lo cual se deduce de la interpretación literal del art.149.1.28º de la CE, que las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre patrimonio cultural, siempre que no invadan las competencias atribuidas constitucionalmente en exclusiva al Estado que, si recordamos, solo se refiere a la defensa del patrimonio cultural frente a la exportación y expoliación.

Dicho lo anterior, y para contextualizar la problemática que abordaremos seguidamente, nos referiremos también de modo previo a diversos problemas destacados en la aplicación de la normativa estatal sobre patrimonio cultural y a ciertas insuficiencias materiales y formales que la misma ha presentado. En primer lugar, y por lo que se refiere a su objeto, la Ley 16/1985, de Patrimonio

---

(2) La paradigmática STC 17/1991, de 31 de enero declaró constitucional hace ya más de veinte años la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, en su totalidad. Se trata de una resolución interpretativa que compatibiliza el contenido de dicha Ley con la competencia exclusiva que las Comunidades Autónomas ostentan en esta materia. Por otra parte, y de conformidad con la Constitución, así lo entendió también la STC 49/1984, en la medida que el art. 149.2 de la CE permite al Estado legislar sobre la preservación del patrimonio cultural común, sobre los aspectos que precisen tratamientos generales y definición unitaria. Más recientemente, también la STC 71/1997 afirma con rotundidad que corresponde al Estado la preservación del patrimonio cultural común, así como lo que precise de tratamientos generales o que no pueda lograrse desde otras instancias, pudiendo desempeñar también una actividad genérica de fomento y apoyo a las diversas manifestaciones culturales.

A estas tres Sentencias habría que añadir la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, que afirma la constitucionalidad del art. 127.1 del Estatuto catalán de 2006, sobre el que considera que es constitucional si se hace una interpretación conforme, esto es, sin enervar las competencias concurrentes del Estado contempladas en el art. 149.2 CE. *Vid.*, sobre esta cuestión, CARRASCO I NUALART, R., «Competencia en materia de cultura», *Revista catalana de dret públic*, num. extra 1 (Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), pp. 322-327.

Histórico español sólo se refiere a los bienes muebles e inmuebles, de forma que no daba cabida a la protección del patrimonio cultural inmaterial. Otra laguna destacable se concreta en el silencio que guardaba la Ley sobre el denominado interés industrial como valor de naturaleza cultural, lo que había dificultado durante años la protección de bienes de este carácter que en cambio carecieran de valor técnico o científico, valores sí contemplados por la norma. En tercer lugar, no confería la importancia que se merece al patrimonio paleontológico, aludiendo sólo al valor paleontológico, pero sin dispensar un tratamiento singular a las actuaciones paleontológicas que, no cabe duda, necesitaban de una ordenación, al igual que las actuaciones arqueológicas.

En cuanto a las insuficiencias formales, pueden ser destacadas tres de ellas. En primer lugar, en la regulación del procedimiento de declaración de bienes de interés cultural, se mantenía la denominada denuncia de mora previa a la caducidad del procedimiento, que desaparece, como es sabido, a partir de la LRJPAC. Y, por otra parte, una vez caducado el expediente, la ley prohibía volver a iniciarlo en los tres años siguientes, salvo a instancia del particular, prohibición que en la práctica ha perjudicado la protección del patrimonio cultural, como fácilmente puede colegirse. Es cierto que la duración del procedimiento resulta muy dilatada según la Ley estatal (veinte meses), pero ello se encuentra plenamente justificado, en la medida en que en la mayor parte de los casos resultaba imposible localizar a todos los propietarios afectados, sobre todo en el mundo rural, y tramitar en plazo el procedimiento de declaración (3). Finalmente, y esta es la cuestión angular de nuestro estudio, la Ley 16/1985 guardaba silencio sobre el procedimiento para dejar sin efecto la declaración de los bienes de interés cultural. En fin, éstas y otras insuficiencias detectadas, así como la aún hoy controvertida cuestión competencial antes aludida, han motivado el progresivo dictado de leyes autonómicas sobre patrimonio cultural (4), pudiéndose afirmar a día de hoy que todas las Comunidades Autónomas cuentan con su Ley propia (5).

---

(3) Al servicio de estos problemas es verdad que se encuentra la posibilidad legal de suspensión del procedimiento, pero a pesar de ello, en mi opinión, no existen razones suficientes para hacer alzaprimar los intereses particulares de los eventuales titulares de derechos reales sobre el bien sobre el interés general de protección del patrimonio cultural.

(4) Las Comunidades Autónomas, en sus respectivas leyes, mantienen plazos muy dilatados por la común y general dificultad que plantea la tramitación de estos procedimientos de declaración de bienes culturales. Así, la Ley vasca 7/1990, Ley castellanomanchega, 4/1990, Ley andaluza 1/1991, Ley catalana 9/1993, Ley gallega 8/1995, Ley aragonesa 12/1997, Ley balear 12/1998, Ley madrileña 10/1998, Ley cántabra 11/1998, Ley valenciana 4/1998, Ley canaria 4/1999, Ley extremeña 2/1998, Ley asturiana 1/2001, Ley castellanoleonesa 12/2002, Ley riojana 7/2004, Ley navarra 14/2005 y Ley murciana 4/2007.

(5) La mayor parte de estas normas autonómicas no se refieren ya al *patrimonio histórico* sino al *patrimonio cultural*, concepto más ajustado a la amplitud de los valores que definen el patrimonio que constituye su objeto, cuya naturaleza no se agota en lo puramente histórico o artístico. De este modo, se tienen en cuenta las nuevas arquitecturas y se acoge la tradición jurídica de la legislación

El objetivo común de estas normas autonómicas sobre protección del patrimonio cultural ha consistido en conferir una cumplida respuesta a las necesidades que presenta la protección de este cualificado patrimonio, superando las insuficiencias del marco legal estatal hasta entonces vigente y adecuando el régimen jurídico del patrimonio cultural a las necesidades actuales. En la mayor parte de los casos, podemos destacar la frecuente reproducción de algunos de los postulados de la Ley estatal. Y no se trata, en este caso, de la habitual práctica seguida en relación con materias sobre las que el constituyente se ha servido de la técnica bases más desarrollo para articular las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, supuestos en los que estas últimas, al efectuar el desarrollo, tienden a reproducir las bases (6). El caso que nos ocupa es bien distinto, pues estas normas autonómicas sobre patrimonio cultural no se ocupan de desarrollar unas bases estatales, sino que encuentran su encuadre constitucional en los arts. 148.1.15º y 16º y 149.1. 28º de la CE, además de en los correspondientes preceptos de los Estatutos de Autonomía. A la luz de dichos preceptos, y teniendo en cuenta que el legislador estatal carece de título competencial al respecto, excepción hecha de las posibilidades normativas ex art. 149.2 de la CE, todas las Comunidades Autónomas a día de hoy ostentan la competencia exclusiva, salvo en los aspectos a que alude el art. 149.1.28º de la CE (exportación y expoliación), en materia de patrimonio cultural, de forma que la Ley estatal queda desplazada a partir del momento en que han ido entrando en vigor estas normas autonómicas (7).

---

española actual, las nuevas tendencias, así como la denominación empleada por diversos protocolos y convenios internacionales, como la Convención de la Haya sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1974), la Convención de París sobre medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales (1970) y la Convención de París para la protección del patrimonio natural y cultural (1972). Además, el vocablo cultural indica el carácter complementario de esta Ley con respecto a la normativa sobre patrimonio natural.

(6) Se trata, por lo demás, de un modo ciertamente frecuente y sintomático de ejercicio de competencias por parte de ciertas Comunidades Autónomas y, en consecuencia, de una técnica de escasa operatividad. Resulta más razonable y útil acudir, en estos casos, a la técnica de la remisión que, aunque igualmente innecesaria, resultaría a todas luces más económica y formalmente más respetuosa. Además, y es lo relevante a estos efectos, el propio TC ha tachado de inconstitucional este modo de operar reproductivo de las bases estatales por parte de las Comunidades Autónomas.

(7) Es cierto que las Comunidades Autónomas no tenían por qué dismantelar el régimen jurídico existente, a no ser que las técnicas de intervención previstas se hubieran mostrado inoperantes e inadecuadas en orden a la ordenación del sector cultural. Hay que tener en cuenta que en el ejercicio de las competencias autonómicas, no se trata necesariamente de innovar *in toto*, sino de, tras la experiencia adquirida con la aplicación de la Ley estatal —que de acuerdo con la doctrina constitucional se excedió competencialmente, salvo en lo que se refiere a competencias exclusivas del Estado derivadas del art. 149.1 de la CE—, adecuarla a la realidad autonómica, aprovechando la regulación de aquella en lo que resulte conveniente, así como la interpretación que de dichos preceptos ha llevado a cabo la doctrina administrativista y la jurisprudencia. No se trata, pues, de una reproducción del contenido de la norma estatal, cuestión que constituye una clara expresión del

Por otra parte, estas normas autonómicas, por lo general, ponen a disposición de las Administraciones Públicas competentes distintos grados de protección de los bienes culturales que se corresponden con las categorías de bienes de interés cultural, bienes catalogados por su relevancia cultural y bienes inventariados, creando además nuevas categorías de bienes inmuebles de interés cultural como las zonas paleontológicas y los lugares de interés etnográfico y posibilitando la vinculación de bienes muebles e inmuebles a los bienes inmateriales. De este modo, se regulan expresamente los distintos procedimientos de clasificación de los bienes culturales de acuerdo con los postulados básicos previstos en el Título VI de la LRJPAC y se crean en ciertas Comunidades Autónomas los denominados Planes de Ordenación Cultural (8).

Para concluir el presente epígrafe introductorio sobre postulados constitucionales de la protección del patrimonio cultural, y en relación con el objeto angular del presente estudio, resulta obligado determinar el alcance de la obligación que se deriva del art. 46 de la CE para los poderes públicos, para descubrir si en materia cultural podríamos considerar que queda ampliado el sistema de Responsabilidad de las Administraciones Públicas al que se refiere el art. 106.2

---

caótico modo de legislar llevado a cabo por ciertas Comunidades Autónomas que, al reproducir las bases estatales, conculcan aunque sólo sea formalmente el orden constitucional de competencias, sino de ejercer una competencia exclusiva, a la luz de una preexistente norma estatal.

(8) Queremos dejar constancia de que el deber constitucional y legal que corresponde a las Administraciones Públicas en relación con conservación y acrecentamiento del patrimonio cultural debe partir de una planificación de éste, del mismo modo que la ordenación racional del suelo ha de partir de un previo instrumento de planeamiento urbanístico. La virtualidad y beneficios que a la ordenación de un objeto comporta la planificación es sin duda la racionalidad de ésta, que implicará la observancia de otros objetos relevantes e indesdeñables distintos del bien u objeto que se planifica. Así, BETANCOR RODRÍGUEZ ha destacado, en este sentido, el esfuerzo racionalizador que en relación con el conflicto desarrollo-naturaleza comporta la actividad planificadora, en BETANCOR RODRÍGUEZ A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, p. 856. En relación con ello, y teniendo en cuenta la problemática de gestión que, por ejemplo, plantean los denominados parques arqueológicos y la enorme extensión que en ocasiones afecta a los estratos geológicos de interés paleontológico, es aconsejable también en el ámbito de la preservación de los bienes culturales generar figuras de ordenación adecuadas para su protección. Entendiendo que las medidas de protección tradicionales, y que se aplican a los bienes que pertenecen a la categoría de interés cultural, establecen un régimen jurídico singular de protección y tutela que sería demasiado rígido para todas estas zonas, como señalamos en el texto, ciertas Comunidades Autónomas han creado un instrumento planificador más adecuado y flexible, pero que a su vez dota a las zonas afectadas de una protección jurídica adecuada. Se trata de los denominados los Planes de Ordenación Cultural. La finalidad de dichos planes se concreta en la preservación de los valores culturales de los parques arqueológicos, de los parques paleontológicos y de los paisajes culturales, para facilitar su estudio y garantizar su disfrute por parte de las generaciones presentes y futuras. Una de las virtualidades de estos planes se concreta, como en el caso de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales hoy regulados en la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, en su naturaleza prevalente, en la medida en que sus determinaciones constituirán un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial preexistentes. En este sentido, pueden contrastarse los arts. 61-64 de la Ley 4/2007, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia.

de la CE, cuando por acción u omisión se producen daños a los bienes culturales. En este sentido, será imprescindible determinar el alcance de la discrecionalidad que ostenta la Administración a la hora de decidir sobre eventual protección y sólo después de esta operación nos encontraremos en condiciones de conocer la actuación que es posible someter a control. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes, de modo que baste, por ahora, adelantar que nuestros tribunales han reconocido un amplio margen de discrecionalidad a las Administraciones Públicas como consecuencia del carácter técnico, especializado y multidisciplinar de cualquier decisión sobre el patrimonio cultural, sea su protección, sea la autorización de su restauración, traslado o intervención. Veremos que los criterios técnicos de intervención que tuvieron entrada en el art. 39 de la Ley estatal van a ser aplicados como parámetro de control de la discrecionalidad técnica referida a intervenciones que afectan a bienes de interés cultural (9). En cambio, no se han formulado criterios que puedan funcionar como parámetros de control de la discrecionalidad en la clasificación de bienes culturales y, en su caso, en su desprotección.

## **II. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL COMO POTESTAD DEBER Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA**

### **1. Los principios inspiradores de la actuación administrativa en el ámbito de la protección del patrimonio cultural: precaución, prevención, no regresión y responsabilidad**

Antes de abordar la necesidad de formular criterios que nos sirvan para la reducción del margen de discrecionalidad con el que cuentan las Administraciones competentes en el ámbito de la protección del patrimonio cultural, resulta importante traer a colación los que consideramos son los principios de deben inspirar la actuación de las potestades de los poderes públicos en este ámbito: prevención, precaución, no regresión y responsabilidad.

Por lo que hace al primero de ellos, la dimensión funcional o finalista de la potestad deber de proteger el patrimonio cultural va a fundamentar la incorporación a las normas sobre protección del patrimonio cultural de instrumentos preventivos que adelanten los efectos de la protección a momentos incluso anteriores a la decisión sobre la presencia de valores culturales. En este sentido, a la vista de la normativa vigente, puede constatarse el incipiente reconocimiento legal de

---

(9) *Vid.*, sobre esta cuestión, SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L.J. «Una palabra más sobre el Teatro Romano de Sagunto: los límites de la discrecionalidad técnica en la intervención sobre bienes culturales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 2007, pp. 399 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, C., «La intervención en los bienes del patrimonio histórico. La interpretación del art. 39.2 de la ley de patrimonio histórico español por la Sentencia del tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del proyecto de restauración y rehabilitación del teatro romano de Sagunto», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, pp. 313-324.

la posibilidad de adoptar medidas provisionales con anterioridad a la iniciación de los procedimientos de declaración de bienes culturales, de conformidad con el art. 72 de la LRJPAC (10). Asimismo, resulta común, y así lo dispuso el art. 11.1 de la Ley estatal 16/1985, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes ya declarados a partir de la incoación del expediente de declaración de bienes culturales, previsión que reproducen, con variado alcance, las normas autonómicas que lo desplazan (11).

Otras manifestaciones de este principio preventivo en el ámbito de la protección del patrimonio cultural pueden encontrarse en algunas normas de contenido predominantemente ambiental. Así, el legislador, consciente de la virtualidad de las técnicas preventivas de intervención ambiental en orden al conocimiento, estudio y protección del patrimonio cultural establece la obligación de que el órgano ambiental recabe informe preceptivo y vinculante del órgano con competencias en materia de patrimonio cultural con carácter previo a la emisión de la *declaración de impacto ambiental* o con carácter previo al otorgamiento de la *autorización ambiental integrada de actividades, obras, proyectos, planes o programas que afecten al territorio* (12).

---

(10) Dispone el precepto lo siguiente: «Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas».

(11) El art. 11.1 de la Ley estatal 16/1985, establece que «La incoación de expediente para la declaración de un bien de interés cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los declarados de interés cultural».

En el ámbito autonómico, como se advierte en el texto, lo más común es contemplar la aplicación provisional de las medidas de protección previstas para los bienes ya declarados a partir de la incoación del procedimiento de declaración. Así lo hacen las siguientes: Ley cántabra 11/1998 (art. 17.3), Ley castellanoleonesa 12/2002 (art. 10.2), Ley catalana 9/1993 (art. 9.2), Ley Extremeña 2/1999 (art. 10.2), Ley riojana 7/2004 (art. 13.5), Ley vasca 7/1990 (art. 22.1), Ley navarra 14/2005 (art. 19.1 c.), Ley gallega 8/1995 (art. 10.3), Ley andaluza 14/2007 (art. 8.d), Ley aragonesa 3/1999 (arts. 19.2, 24.4 y 29.2), Ley asturiana 1/2001 (art. 15.3) y Ley canaria 4/1999 (art. 20.1). Por su parte, la Ley murciana 4/2007 resulta más garantista, al extender la posibilidad de aplicar el régimen de protección propio de los bienes ya declarados a un momento anterior al acuerdo de incoación, de conformidad con el art. 72.2 de la LRJPAC (art. 13.2 de la Ley 4/2007). Por el contrario, las Comunidades Autónomas de Madrid (Ley 10/1998), Castilla-La Mancha (Ley 4/1990), Navarra (Ley 14/2007), Baleares (Ley 12/1998) y Valencia (Ley 7/1990) guardan silencio al respecto.

(12) Así, por ejemplo, la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de la Región de Murcia, establece en su art. art. 83.2 (que constituye una reproducción del art. 1 del Real Decreto-Legislativo 1/2008, de 11 de enero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos) que «La evaluación ambiental de proyectos identificará,



En segundo lugar, el *principio de precaución* también ha inspirado la formulación de los instrumentos de naturaleza jurídica puestos al servicio de la conservación de los bienes culturales. Ya nos referíamos *supra* a la formulación del postulado de «mínima intervención», que tuvo entrada en nuestro ordenamiento de la mano del art. 39 de la Ley 16/1985 y que hoy se encuentra incorporado en todas las normas autonómicas sobre patrimonio cultural (13), cuestión que entronca con la problemática de la idoneidad técnica de las intervenciones y, por ende, con la problemática de la discrecionalidad técnica.

En tercer término, y como complemento al principio de progresión, el principio de no regresión en el ámbito del derecho ambiental, que supone la prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la actual lucha de intereses y que tiene su última justificación en la irreversibilidad del daño ambiental y en el derecho de las generaciones actuales y futuras a disfrutar de un medio ambiente adecuado, debe también inspirar la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la protección del patrimonio cultural y erigirse como uno de sus principios (14). Aunque todavía resulta muy incipiente su formulación a nivel normativo y jurisprudencial, la doctrina ya ha dado la

---

*describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los siguientes factores: a) El ser humano, la fauna y la flora. b) El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje. c) Los bienes materiales y el patrimonio cultural. d) La interacción entre los factores anteriores».*

(13) Transcribimos a continuación el texto del art. 39 de la LPHE: «1. Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario general a que alude el artículo 26 de esta Ley. Los bienes declarados de interés cultural no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de la Ley. 2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas. 3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedaran debidamente documentadas».

(14) *Vid.*, en relación con ello, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 3 de febrero de 2009). Se trata de una infraestructura pública de carácter sanitario la que entra en conflicto con la preservación del suelo rural, concluyendo el TS que «sin que ello tenga necesariamente que hacerse a costa de otros intereses generales igualmente dignos de protección ... el Tribunal de instancia no ha efectuado una correcto juicio de ponderación entre los intereses en conflicto y, a pesar de reconocer que, si no se suspende la ejecutividad de la modificación puntual del planeamiento, difícilmente será posible ejecutar la sentencia estimatoria que pudiera recaer». En el mismo sentido, resolviendo a favor de la prevalencia de valores ambientales y culturales se encuentran las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de octubre de 2010 y de 9 de julio de 2012.

voz de alerta sobre la importancia de este principio en materia ambiental (15). Y como manifestación del principio de *no regresión del derecho del patrimonio cultural* ya encontramos la interpretación que nuestros Tribunales llevan a cabo del derecho social a la cultura reconocido al más alto nivel por el art. 46 de la CE, el cual «*presenta unas tan acusadas cualidades de esencialidad e importancia que hacen inexcusable aplicar la legislación protectora ... en el sentido más favorable a los fines de conservación de los bienes culturales a que se refiere* (16).

La viabilidad de este principio de no regresión también puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo. Así, a nivel comunitario, aunque por el momento sólo en relación con el patrimonio natural, el Tratado de la Unión Europea consolidado tras el Tratado de Lisboa señala que «*La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente... En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta ...*» (art. 3). Por otra parte, en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea consolidado tras el Tratado de Lisboa advierte que el Medio Ambiente es una competencia compartida con los Estados Miembros, imponiéndose que «*Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*» (art. 11). De modo más explícito, y más recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo de 29 de septiembre de 2011 formula una posición común de la UE en la preparación de la Conferencia de naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible (Río + 20) e invoca la necesidad de reconocer el principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente, como superador del concepto de desarrollo sostenible (17).

---

(15) Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., «Introducción general: regresiones del derecho ambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011, pp. 1 y ss. y del mismo autor, «El principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el Derecho español», *RADA*, núm. 20, 2011, pp. 13-27. El autor, en este último estudio explica el proceso de incorporación del principio de no regresión al régimen de desclasificación de los espacios naturales protegidos en el ordenamiento jurídico español, desde el régimen de las primeras normas conservacionistas del siglo XX hasta la vigente Ley 42/2007.

(16) Así lo sostuvo hace años nuestro Alto Tribunal, en SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 13 de abril de 1981 y de 6 de abril de 1992.

(17) Dicha resolución puede consultarse en la siguiente web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0430+0+DOC+XML+V0//ES>. A nivel jurisprudencial, en el ámbito comunitario, sólo se encuentran referencias expresas al principio en relación con la protección de los derechos de los trabajadores. En este sentido, pueden consultarse la STJCE (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010 y Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de abril de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Athinon – Grecia) – Archontia Koukou / Elliniko Dimosio, (Asunto C-519/08).

A nivel interno, el principio de no regresión puede ser deducido del art. 46 de la CE y sobre todo del TRLS de 2008, que impone a las diversas políticas públicas «relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo» la obligación de proceder a la utilización del mismo «conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible»; por tanto, el principio de no regresión debe actuar como límite, dadas las consecuencias irreversibles de la eventual desprotección, e implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de los bienes culturales (18).

Finalmente, de parte de la jurisprudencia, nuestro Tribunal Supremo también ha hecho eco de este nuevo principio de no regresión, y ha sostenido que el mismo implicaría la imposibilidad de no regresar —de no poder alterar— una protección especial del terreno, ... desde luego incompatible con su urbanización, pero también directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades de gestión de tales suelos tanto por aplicación de su legislación específica como por el planificador urbanístico. Este principio ha sido considerado como una «cláusula de statu quo» ... con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental (19). No obstante, existe ya jurisprudencia anterior que, sin referirse expresamente al principio de no regresión, llega a las mismas conclusiones al calificar la potestad de clasificar el suelo especialmente protegido de carácter reglado y, por ello, aunque es posible su modificación, tal actuación requiere acreditar que han desaparecido aquellas condiciones y características que dieron lugar, en su día, a la clasificación de especialmente protegido de un determinado lugar, por lo que mientras no se acredite la pérdida de tales valores, la desclasificación no es posible (20).

En cuarto y último lugar, como cláusula de cierre de este cuarteto de principios que deben enmarcar la actuación de los poderes públicos en el ámbito

---

(18) LÓPEZ RAMÓN ha efectuado un completo estudio del principio de no regresión en el régimen jurídico de la desclasificación de espacios naturales en LÓPEZ RAMÓN F. «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en Derecho español», RADA, núm. 20, 2011, pp. 13-27.

(19) SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 10 julio 2012 (f. j. 7 y 8), de 24 de febrero y de 20 de abril de 2012. En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 3297/2002, que si bien referido a modificación de zonas verdes, señala que «la modificación no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula stand still propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga».

(20) Vid. entre otras muchas, SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de febrero de 2003 y de 3 de julio de 2007.

de la tutela y protección del patrimonio cultural, se erige el principio de responsabilidad. Las obligaciones que se derivan del art. 46 CE imponen una política de defensa, restauración y puesta en valor de los bienes culturales, de manera que cualquier actuación que implique carta de naturaleza a la desprotección debe ser tenida por antijurídica, fundamentando la puesta en marcha de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ex arts. 139 y ss. de la LRJPAC, como ocurre en relación con las leyes desclasificadoras de los espacios naturales. En este sentido, la doctrina más autorizada ha sostenido que no cabría admitir la posibilidad de suprimir la protección otorgada a un espacio natural, salvo en los casos de degradación natural irreparable o irreversible (21). Esta degradación irreparable a la que se refería LÓPEZ RAMÓN hace más de tres décadas, y que hoy, como se verá a continuación, se encuentra contemplada en la mayoría de normas autonómicas sobre protección de la naturaleza so pena de inconstitucionalidad, como requisito inexcusable para la posibilidad jurídicamente lícita de la descatalogación de espacios naturales previamente declarados, salvo en casos de fuerza mayor o de exclusiva responsabilidad de un tercero, nos obliga a entroncar la degradación de los bienes culturales también en este caso con la institución de la responsabilidad de los poderes públicos (22).

## **2. El alcance de la potestad deber de protección del patrimonio cultural: una discrecionalidad limitada por la presencia del valor cultural**

La iniciativa tuitiva o protectora de los diversos bienes cuya tutela tienen encomendada los poderes públicos parte de distinto grado de discrecionalidad

---

(21) LÓPEZ RAMÓN, F., *La conservación de la naturaleza ...*, cit., pp. 190-191. GARCÍA URETA considera igualmente que la supresión de la calificación previamente otorgada presupone la existencia de una degradación que hiciera físicamente imposible su reparación. Para fundamentar dicha postura, el autor trae a colación tanto la inexistencia de previsiones sobre descatalogación de espacios en Derecho Internacional —reducción de Humedales en el marco del Convenio Ramsar o descatalogación de Reservas de Biosfera y Zonas de Especial Interés para el Mediterráneo, derivadas del Protocolo de Barcelona de 1995— como el Derecho Comunitario, y alude concretamente la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la Directiva 79/409, en la que sostiene el Tribunal que «*si bien es cierto que los Estados miembros disponen de cierto margen al escoger los territorios más apropiados para calificarlos como zonas de protección especial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, por el contrario no pueden disponer del mismo margen de apreciación, en el ámbito del apartado 4 del artículo 4 de la Directiva, para modificar o reducir la superficie de dichas zonas, ya que ellos mismos reconocieron en sus declaraciones que dichas zonas reúnen las condiciones de vida más apropiadas para las especies enumeradas en el Anexo I de la Directiva*» [STJCE C-57/88 (1991)]. *Ver.*, GARCÍA URETA, A., *Espacios naturales...* cit., p. 313.

(22) GARCÍA URETA también ha advertido contundentemente que «*no se puede aceptar, sin mayor discusión, un retorno a la situación previa a la declaración, sobre todo si la justificación de ese retorno no tiene base natural*», en GARCÍA URETA, A. *Derecho Europeo de la Biodiversidad*, Gómez Acebo y Pombo-iustel, 2010, p. 264.

administrativa según los supuestos, lo que implica también una graduación de la intensidad de dicha obligación o deber. En el ámbito que nos ocupa, tanto la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio histórico español, como las normas autonómicas que desplazan a ésta en sus respectivos territorios ex art. 149.1. 28ª CE, se ocupan de desarrollar los deberes de los poderes públicos que derivan del art. 46 CE en relación con el patrimonio cultural, que se concretan en garantizar la conservación y promover su enriquecimiento. Así, el empleo de diversas fórmulas imperativas obliga a las Administraciones Públicas a *garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él* (23).

Una de las instituciones más complejas del Derecho Administrativo es la discrecionalidad predicable de ciertas potestades y actos administrativos. Se trata de una cualidad presente cuando nos acercamos a ámbitos de la actividad administrativa condicionados por la coyuntura social, económica, política y cultural. Dicha cualidad, además, puede revestir varias formas, y así podemos hablar de discrecionalidad a secas como antónimo de potestad reglada o de discrecionalidad técnica, como veremos a continuación.

Ahora bien, la atribución legal de una potestad discrecional, como ocurre en el caso que abordamos, hace depender parcialmente su ejercicio de la apreciación subjetiva de la propia Administración, pero no presupone la inexistencia de elementos integrantes de la potestad que sí que pueden ser sometidos a control a través de diversas técnicas que reconoce nuestro ordenamiento jurídico tendentes a evitar la desviación de poder y la arbitrariedad. Además, las potestades administrativas tiene sentido en función de los intereses generales a los cuales las Administraciones Públicas sirven con objetividad, tal y como reza el art.103.1 de la CE. Esta funcionalidad condiciona, en consecuencia la validez de su ejercicio, el cual puede llegar a ser incluso obligado cuando el interés general así lo demande (24). De este modo, la potestad de protección de los bienes culturales puede ser considerada como debida o, lo que es lo

---

(23) Así, el art. 2.1. de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico español establece que *Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1.1º, y 149.2 de la Constitución, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.28º de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación.*

(24) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Potestad administrativa», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994, p. 4955. Sobre la consideración de la actividad planificadora de los recursos naturales como instrumento funcional para cumplir la obligación de las Administraciones Públicas de velar por el mantener y conservar los recursos naturales, vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, LaLey, Madrid, 2001, p. 869.

mismo, como potestad-deber, en razón del interés cultural como interés protegido a nivel constitucional (25).

La declaración de un bien de interés cultural, como la declaración de un espacio natural protegido, consiste en la materialización de una potestad-deber de los poderes públicos contemplada por nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando concurren las circunstancias previstas en las normas, las correspondientes Consejerías con competencias en materia de patrimonio cultural deben incoar el procedimiento enderezado a la salvaguarda y protección del bien en cuestión. De otro lado, el derecho albergado por el art. 46 incorpora la posibilidad de que los ciudadanos y los grupos sociales exijan a los poderes públicos la realización de sus obligaciones en relación con el patrimonio cultural, siendo pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-administrativos el cumplimiento de estas obligaciones (26).

Partiendo de que las Administraciones Públicas tienen una potestad-deber de proteger los bienes de interés cultural, lo complicado será entonces determinar cuándo concurre ese valor cultural que demandará la actuación administrativa tendente a su protección. En este sentido, la normativa autonómica, como lo haría en su día el art. 39 de la Ley 16/1985, ha juridificado criterios válidos para las intervenciones en bienes culturales, cuya aplicación sirve para reducir el ámbito de la discrecionalidad técnica cuando se trata de autorizar, por ejemplo una restauración. Aunque su formulación resulta compleja y no se encuentran exentos de subjetividad, y por tanto no sirven para eliminar de modo absoluto la presencia de discrecionalidad en la actuación administrativa en el ámbito de las autorizaciones, sí la reducen en gran medida, pues sirven como parámetro para enjuiciar su adecuado ejercicio. Además, nos permiten perfilar con mayor nitidez los contornos entre la discrecionalidad y la oportunidad (27).

---

(25) Estos deberes genéricos presentes adquieren una importancia fundamental en relación con la posibilidad de imputar responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, cuando éstos tengan su origen en una falta de diligencia en la actividad protectora, por dejación o por omisión.

(26) Así se desprende del art. 8.2 de la Ley 16/1985, previsión que reproduce la normativa autonómica. *Vid.*, art. 5.1 de Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha; el art. 3.1 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; el art. 9.1 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; el art. 3.2 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; el art. 3.1 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; el art. 5.1 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León y el art. 8.1 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra; art. 5.1 de la Ley 10/1998 de Madrid; y art. 67 de la Ley 4/2007, de patrimonio cultural de la Región de Murcia. Un ejemplo paradigmático del ejercicio de esta acción podemos encontrarlo en el asunto resuelto por la Sentencia, de 8 de mayo de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Huesca.

(27) Recordemos las diversas controversias resueltas por nuestros Tribunales en aplicación del art. 39 de la Ley 16/1985, cuando se trataba de determinar si una concreta restauración debía o no ser autorizada. El art. 39 de la LPHE establece que *Los poderes públicos procurarán por todos*

Pero, a diferencia de lo que sucede en relación con la restauración, donde hemos visto que las normas positivizan criterios más o menos objetivos que reducen el margen de discrecionalidad de las Administraciones competentes a la hora de autorizar las intervenciones en los bienes de interés cultural, cuando se trata de discernir sobre la protección o desprotección, esto es, sobre la presencia o ausencia de valor cultural, las normas guardan silencio, y no encontramos la formulación de criterios objetivos que evidencien dicha presencia y que puedan servir para reducir el margen de apreciación de la Administración competente.

En cambio, en el ámbito de la protección de otros bienes de distinto valor, como sucede en relación con ciertos bienes ambientales como los hábitats y las especies, la cuestión ha sido bien distinta. En efecto, en el ámbito de la protección de los espacios naturales y de las especies se reproduce esta problemática, aunque con alcance distinto, en la medida en que las normas tuitivas en este caso sí incorporan, como lo haría por primera vez el Derecho comunitario (28),

---

*los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario general a que alude el artículo 26 de esta Ley. Los bienes declarados de interés cultural no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de la Ley. 2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas. 3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que tratan de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedaran debidamente documentadas.*

Debe aclararse que Las Comunidades Autónomas han incorporado también a su articulado disposiciones en este sentido, por lo que precepto transcrito ha quedado desplazado en todas ellas.

(28) En este sentido operan la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la Conservación de las aves silvestres, hoy derogada y sustituida por la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, la cual incorpora un anexo de especies que serán objeto de medidas de conservación especiales en cuanto a su hábitat, con el fin de asegurar su supervivencia y su reproducción en su área de distribución (art. 4). En el mismo sentido apuntado, la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la Conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres establece obligaciones de protección de los hábitats naturales que figuran en su Anexo I y de hábitats de especies que figuran en el Anexo II, deberá garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural. La red Natura 2000 incluirá asimismo las zonas de protección especiales designadas por los Estados miembros con arreglo a las disposiciones de la Directiva 79/409/CEE. Por otra parte, y esto resulta muy interesante, establece que tomando como base los criterios que se enuncian en el Anexo III (etapa 1) y la información científica pertinente, cada Estado miembro propondrá una lista de lugares con indicación de los tipos de hábitats naturales de los enumerados en el Anexo I y de

catálogos de especies y de hábitat cuya presencia exige la actuación de los poderes públicos tendente a su protección e incluso a la desprotección.

En la esfera comunitaria, la Directiva 2009/147/CE Aves establece en su art. 4 la obligación de adopción de medidas de conservación especiales en relación con las especies relacionadas en el anexo I así como criterios de clasificación de las ZEPAS en función de las especies ornitológicas, extensión o superficie, número e inclusión en otros inventarios. El Tribunal de Justicia se ha referido al «margen de apreciación» de los Estados miembros a la hora de designar las ZEPAS, afirmando que los Estados miembros carecen de discrecionalidad a la hora de clasificar las ZEPAS (29). La doctrina, encabezada por GARCÍA URETA, ha

---

las especies autóctonas de las enumeradas en el Anexo II existentes en dichos lugares (art. 3). En el Anexo III se contienen los criterios de selección de los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria y designarse zonas especiales de conservación. En una primera etapa, debe llevarse a cabo una evaluación a nivel nacional de la importancia relativa de los lugares para cada tipo de hábitat natural del Anexo I y cada especie del Anexo II (incluidos los tipos de hábitats naturales prioritarios y las especies prioritarias). Los criterios de *evaluación del lugar para un tipo dado de hábitat natural del Anexo I son los siguientes*: a) Grado de representatividad del tipo de hábitat natural en relación con el lugar; b) Superficie del lugar abarcada por el tipo de hábitat natural en relación con la superficie total que abarque dicho tipo de hábitat natural por lo que se refiere al territorio nacional; c) Grado de conservación de la estructura y de las funciones del tipo de hábitat natural de que se trate y posibilidad de restauración; d) Evaluación global del valor del lugar para la conservación del tipo de hábitat natural en cuestión. Por otra parte, los *criterios de evaluación del lugar para una especie dada del Anexo II son los siguientes*: a) Tamaño y densidad de la población de la especie que esté presente en el lugar en relación con las poblaciones presentes en el territorio nacional. b) Grado de conservación de los elementos del hábitat que sean relevantes para la especie de que se trate y posibilidad de restauración. c) Grado de aislamiento de la población existente en el lugar en relación con el área de distribución natural de la especie. d) Evaluación global del valor del lugar para la conservación de la especie de que se trate. Con arreglo a estos criterios, los Estados miembros clasificarán los lugares que propongan en la lista nacional como lugares que pueden clasificarse «de importancia comunitaria», según su valor relativo para la conservación de cada uno de los tipos de hábitat natural o de cada una de las especies que figuran en los respectivos Anexos I o II, que se refieren a los mismos. Dicha lista incluirá los lugares en que existan los tipos de hábitats naturales prioritarios y especies prioritarias que hayan sido seleccionados por los Estados miembros con arreglo a los criterios enumerados en los puntos A y B. Para la evaluación de la importancia comunitaria de los demás lugares incluidos en las listas de los Estados miembros, es decir de su contribución al mantenimiento o al restablecimiento en un estado de conservación favorable de un hábitat natural del Anexo I o de una especie del Anexo II y/o a la coherencia de Natura 2000, se tendrán en cuenta los criterios siguientes: a) el valor relativo del lugar a nivel nacional; b) la localización geográfica del lugar en relación con las vías migratorias de especies del Anexo II, así como su posible pertenencia a un ecosistema coherente situado a uno y otro lado de una o varias fronteras interiores de la Comunidad; c) la superficie total del lugar; d) el número de tipos de hábitats naturales del Anexo I y de especies del Anexo II existentes en el lugar; e) el valor ecológico global del lugar para la región o regiones biogeográficas de que se trate y/o para el conjunto del territorio a que se hace referencia en el artículo 2, tanto por el aspecto característico o único de los elementos que lo integren como por la combinación de dichos elementos.

(29) Así, SsTJCE de 19 de mayo de 1998 (Asunto C-3/98) y de 28 de junio de 2007 (Asunto C-235/2004).



criticado que la Comisión, para iniciar un procedimiento por incumplimiento y, del mismo modo, el TJCE al condenar a los Estados miembros, utilicen listados no publicados oficialmente y en cuya elaboración no ha habido intervención pública ni transparencia. (30) El Tribunal Europeo, en sentido contrario, y a pesar de afirmar que no son jurídicamente vinculantes para los Estados, considera que estos inventarios han de ser tenidos en cuenta como «*mejores conocimientos científicos disponibles*» y tienen un valor probatorio importante pero relativo, en la medida en que pueden destruirse con estudios científicos que rebatan los contenidos de los inventarios (31).

---

(30) GARCÍA URETA, A., *Derecho europeo ... cit.*, pp. 218 y 227. En el mismo sentido, *vid.*, REVUELTA PÉREZ, I., «Las zepas: discrecionalidad de la Administración y alcance de los inventarios Birdlife», *REDA*, núm. 149, 2011, p. 203.

(31) Similar problemática se plantea en relación con aplicación de la Directiva 92/43 en relación a la declaración de ZEC y de la Directiva 91/271, en relación a la designación de Zonas sensibles a la eutrofización». El TJCE, en este caso, apela al contenido de una tesis doctoral para cuestionar el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica en este ámbito (STJCE de 23 de septiembre de 2004).

Descendiendo a nivel autonómico, resulta ilustrativa la Ley canaria 4/2010, de 4 de junio, del Catálogo Canario de Especies Protegidas regula en su art. 5 los *criterios para la catalogación, descatalogación o cambio de categoría* de una especie, subespecie o población catalogada «en peligro de extinción» o como «vulnerable». Su art 5 establece que la evaluación del grado de amenaza de una especie, subespecie o población, a efectos de su consideración como «en peligro de extinción» o «vulnerable», podrá hacerse en atención a los cambios en su distribución, cambios en el tamaño de las poblaciones y probabilidad de extinción en Canarias. Así, por ejemplo, en relación a las especies catalogadas o catalogables como «en peligro de extinción» y en lo relativo a la distribución de la especie o población, en cuanto que el factor de amenaza principal incide sobre los individuos, deberá darse al menos uno de los dos supuestos siguientes: a) El ritmo de reducción del área de ocupación resulta ser superior al 75%, medido por un período máximo de 10 años o el tiempo de duración de tres generaciones de la especie. b) El área de ocupación deberá encontrarse en declive a partir del año 1970 y haber disminuido por debajo de los siguientes umbrales: 40 km<sup>2</sup> en el caso de tratarse de especies marinas; 20 km<sup>2</sup> en caso de tratarse de especies presentes en más de una isla; 5 km<sup>2</sup> en caso de tratarse de especies presentes en una sola isla; o 2,5 km<sup>2</sup> en caso de tratarse de un endemismo local. En los casos en que no pueda determinarse con claridad la tendencia del área de ocupación, podrá recurrirse al área de presencia como método complementario para determinar la tendencia en la distribución. Por lo que se refiere al tamaño de la población, deberá darse al menos uno de los dos supuestos siguientes: a) El ritmo de reducción de las poblaciones resulta ser superior al 75%, medido por un período máximo de 10 años o el tiempo de duración de tres generaciones de la especie. b) El declive estimado en el tamaño poblacional debiera haber sido continuo, año tras año, y alcanzar al menos el 20% al cabo de los últimos diez años o tres generaciones, y en la actualidad el tamaño de la población no debería ser superior a 250 ejemplares maduros. En torno a la probabilidad de extinción, deberán cumplir alguno de los siguientes requisitos: a) Su probabilidad de extinción es igual o superior al 20% en los próximos 20 años o cinco generaciones. b) Cuentan sólo con 25 individuos maduros o menos y una tasa media de crecimiento poblacional negativa. c) Cuentan sólo con 25 individuos maduros o menos, una tasa media de crecimiento poblacional positiva y una fluctuación poblacional de, al menos, un 10% de promedio. La norma continúa estableciendo criterios en relación con las especies catalogadas o catalogables como «vulnerables».

El núcleo esencial de la problemática que abordamos, en ambos casos, se traslada al campo de la discrecionalidad técnica, en la medida en que serán necesarios juicios técnicos que justifiquen, en aplicación de dichos criterios —formulados o no normativamente—, la presencia o no de los valores a proteger. La Administración competente, pues, no elige de entre dos o más soluciones igualmente justas, como en el caso de la discrecionalidad ordinaria, sino que debe, asumiendo o formulando por sí un juicio técnico, adoptar una única solución justa. En la formulación de su decisión, la Administración encontrará dificultades a la hora de distinguir entre lo que sería la valoración objetiva del significado cultural del bien de la valoración subjetiva de los mismos. Y en orden al control, será relevante determinar si en el ámbito de la protección del patrimonio cultural nos encontramos en un supuesto en el que la Administración se auxilia de informes técnicos para formular su decisión o si, por el contrario, se trata del ejercicio de una discrecionalidad técnica pura. Y a nuestro juicio, se impone con toda evidencia la segunda situación, en la medida en que la Administración, como se verá al analizar los procedimientos para la declaración de bienes de valor cultural, no solicita los informes técnicos de las instituciones consultivas para coadyuvar a su decisión, sino que se trata de informes preceptivos y vinculantes que funcionan como presupuesto y a la vez condicionante del sentido del acto administrativo de declaración de los bienes culturales.

Como es sabido, los informes preceptivos y vinculantes pueden referirse a apreciaciones de oportunidad o a constataciones de hechos relevantes. Y en nuestro caso, los informes que la Administración cultural solicita en el curso del procedimiento para la declaración de un bien de valor cultural se refieren a la concurrencia de unos valores a los que se apareja un resultado concreto, luego podemos afirmar que nos encontramos en supuesto de discrecionalidad técnica pura (32).

Antes de analizar que tipo de vinculación ejercen los informes que solicita la Administración cultural en el seno del procedimiento de declaración de bienes protegidos, veamos los distintos tipos de vinculación que pueden presentarse. De parte de la doctrina, CIERCO SEIRA se ha referido a dos supuestos de vinculación distinta en función de la incidencia de los informes vinculantes en las decisiones administrativas (33). El grado de incidencia de los informes en la conformación del acto administrativo es predeterminada por el legislador, según la importancia de los intereses en juego, la complejidad, la tecnicidad o la especialidad de la materia, o bien por la necesidad de coordinación interorgánica o intersubjetiva,

---

(32) En contra, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O., «El control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa», *Actualidad Administrativa*, núm. 21-22, 2011, p. 2688. Considera el autor que no se trata de discrecionalidad técnica, en el entendimiento de que cuando se trata de declarar un edificio histórico, aunque los técnicos aprecien dicha cualidad, la Administración tiene la facultad de declararlo como tal en función de otras circunstancias de ubicación, tiempo, estilo, etc.

(33) CIERCO SEIRA, C., «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 21, 2002, p. 237-244.

sobre todo, en este último caso, en aras de la simplificación administrativa (34). Distingue el autor, además, entre eficacia integradora y eficacia impeditiva. La primera se produce en los casos en que *el órgano decisor habrá de conformar la decisión conclusiva a partir de lo dispuesto en el contenido del informe*, esto es, en los supuestos en que el contenido del informe forma parte de la resolución. En el segundo caso, informes habilitantes u obstativos, la adopción de la resolución requiere la conformidad del órgano consultado, *pero resulta que si el informe es favorable, la Administración no estará obligada entonces a resolver de manera favorable o estimatoria*. De este modo, concluye el autor afirmando que en el caso de que el informe resulte adverso, la fuerza vinculante será radical, pero en el caso de que resulte favorable, quedará una libertad de acción a la Administración (35). Esta libertad de acción la explica como consecuencia de la parcialidad de los informes, que no liquidan la función resolutoria que corresponde al órgano decisor quien, por razones distintas de las indicadas por el órgano asesor, puede llegar a una resolución de contenido distinto al sentido del informe.

En nuestro caso, tanto la Ley estatal 16/1985 como la normativa autonómica sobre protección del patrimonio cultural exigen informe o informes favorables de las instituciones consultivas de la Administración cultural, que suelen ser las Reales Academias, las Universidades, los colegios profesionales y demás entidades cuando así se determine reglamentariamente (36). Dichas instituciones, al emitir su informe favorable o no a la protección del bien en cuestión, se pronuncian sobre la totalidad de las cuestiones sobre las que la Administración tiene que resolver, luego no nos encontramos en presencia de estos últimos informes a que se refería CIERCO SEIRA, informes habilitantes u obstativos que no se pronuncian sobre la totalidad de cuestiones sobre las que tiene que resolver la Administración (37). En efecto, cuando la Administración cultural acuerda la incoación de

---

(34) Piénsese, por ejemplo, en el carácter de los informes que contempla la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, que corresponde emitir a las Confederaciones Hidrográficas y a los Ayuntamientos en el seno de un procedimiento que se sustancia ante y resuelve la administración autonómica.

(35) CIERCO SEIRA, C., «Algunas reflexiones... cit.», 245-252.

(36) El art. 3.2. de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico español dispone que «Sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo del Patrimonio Histórico, son instituciones consultivas de la Administración del Estado, a los efectos previstos en la presente Ley, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, las Reales Academias, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria, y en lo que pueda afectar a una Comunidad Autónoma, las instituciones por ella reconocidas. Todo ello con independencia del asesoramiento que, en su caso, pueda recabarse de otros organismos profesionales y entidades culturales».

(37) Nótese la patente diferencia del caso previsto en el texto, con los supuestos en que los informes vinculantes proceden de otros órganos de la misma o distinta Administración, en cuyo caso hacen las veces de instrumento de coordinación y simplificación administrativa. En estos casos, el informe se referirá a extremos sobre los que el órgano emittente ostenta competencias que no comparte con la Administración competente para resolver el procedimiento.

los procedimientos de clasificación de bienes culturales es el momento en el que, en el ejercicio de una potestad-deber, como afirmábamos *supra*, se determina que se dan razones objetivas dentro de su actuación discrecional. A partir de entonces, lo relevante para la conformación del contenido del acto finalizador del procedimiento será el contenido de los informes que se hayan podido aportar al expediente para avalar la propuesta de declaración, sin que puedan ser legítimamente tenidas en cuenta otras circunstancias a la hora de conformar el contenido del acto finalizador del procedimiento y sin existir margen para apreciar la oportunidad o no de la eventual protección. De este modo, al igual que para justificar la desclasificación de bienes culturales, como veremos *infra*, sólo se deberá tener en cuenta la pérdida de valores no intencionada y no otras motivaciones como pudieran ser la ejecución de un plan o proyecto incompatible, en este caso sólo se deberán observar las razones culturales. Así, cuando se trata de decidir sobre la clasificación de un bien cultural, la Administración sólo debe tener en cuenta el pronunciamiento de las instituciones consultivas y su apreciación sobre el valor del bien, no resultando legítimo tener en cuenta otras circunstancias. Así, de emitirse informe favorable a la preservación, a la Administración no le queda otra opción que declarar la protección del bien.

A estas alturas, hay que advertir que la posición que mantenemos no se encuentra exenta de problemas, en la medida en que puede darse el caso de que la Administración, en lugar de solicitar un informe solicite varios informes para prevenir y evitar en la medida de lo posible los perjuicios derivados de la falta o retraso en la emisión de los mismos por parte de la concreta entidad consultiva elegida. En estos supuestos, podemos encontrarnos simultáneamente con informes favorables y desfavorables respecto al valor cultural del mismo bien, circunstancia que, en principio, permitiría a la Administración cultural sujetarse a cualquiera de los dos sentidos. Esta frecuente situación no está resuelta por las Leyes. Y al contrario, dada la redacción actual de las normas, es perfectamente posible que se de la misma circunstancia en el seno de un procedimiento de desclasificación. Sobre esta posibilidad jurídica abundamos en el siguiente epígrafe. No obstante, conviene traer a colación la a nuestro juicio cuestionable doctrina sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo), en Sentencia de 28 de abril de 2006. Se trataba de la impugnación de la Orden de 21 de octubre de 2002, de la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 14 de mayo de 2002, de la Dirección General de Cultura, que deja sin efecto la incoación del expediente de declaración de bien de interés cultural, con categoría de monumento, a favor del Casino de Águilas (Murcia). En el expediente administrativo constaban dos informes de las instituciones consultivas favorables a la protección y uno que sostenía la absoluta carencia de interés cultural del bien en cuestión. Pues bien, el Tribunal afirma que en este caso la Administración hace uso de lo que es una facultad discrecional, por lo que no cabe hablar de arbitrariedad. Y continúa afirmando que «*la Administración*

*practica una determinada política pública de protección del patrimonio histórico de cada Comunidad, frente a la cual nada tiene que objetar en el caso que nos ocupa esta sala (f.j. 5)».* Es cierto que las políticas públicas en materia de patrimonio cultural pueden ser más o menos proteccionistas, y ello va a incidir en el número de declaraciones de bienes culturales en una u otra época. Esta es la discrecionalidad presente en este ámbito, a salvo en casos extremos, en los que se pueda imputar una omisión de la Administración en la declaración de un bien con evidentes valores culturales. Mas a partir del momento en que la Administración decide incoar un procedimiento de declaración, a partir del cual se van a aplicar provisionalmente las medidas de protección que se aparejan a la eventual declaración, va a ser la discrecionalidad técnica la que va a dirigir los derroteros del resultado del procedimiento. De este modo, la oportunidad no va a tener cabida, como sostenemos en el epígrafe del presente trabajo dedicado a la desprotección del patrimonio cultural.

### **3. La formación del acto administrativo de declaración de bienes culturales: procedimientos de declaración de bienes culturales y discrecionalidad sobre la presencia de valor cultural**

#### **A) La formación del acto administrativo de declaración: problemática jurídica**

Para la formación del acto administrativo de declaración de un bien de interés cultural es necesario tramitar un procedimiento administrativo que se inicia mediante acuerdo de incoación. La apreciación de las circunstancias o del valor cultural a la hora de tomar la decisión de incoar un procedimiento de declaración de un bien cultural conforme a una de las categorías de protección previstas en la normativa aplicable, como ya hemos apuntado *supra*, supone el recurso a lo que viene denominándose discrecionalidad técnica, la cual sólo admite una única solución legal, esto es, existe unidad de solución conforme a Derecho, con lo que no cabe, *a priori*, margen de valoración por la Administración Pública de otros intereses públicos. En cambio, debe señalarse que resulta muy difícil reducir a un concepto ambivalente las categorías previstas en la normativa sobre patrimonio cultural (bienes de interés cultural, catalogados, inventariados, entre otros), dada la variedad del tipo de bienes que pueden ser merecedores de estas calificaciones —desde un traje regional, hasta una obra pictórica, o una técnica de labranza—, de forma que es cierto que se dota a la Administración de alto grado de discrecionalidad a la hora de decidir la categoría con que corresponde calificar a cada tipo de bien. Así, teniendo en cuenta la variedad del tipo de bienes susceptibles de ser declarados y la imposibilidad de describir en la norma el nivel de relevancia cultural respecto de cada uno de ellos, se otorga discrecionalidad a la Administración para determinar si un bien queda o no subsumido en una u otra categoría. Además, como sucede en relación con otras categorías o clasificaciones, como pueden ser las derivadas de la norma-

tiva sobre espacios naturales, en relación con los bienes del patrimonio cultural, salvo por lo que se refiere a la tipología de bienes inmuebles —perfectamente detallada en las normas autonómicas y en la propia Ley estatal (monumento, conjunto, sitio, lugar de interés etnográfico, entre otros)— la clasificación en una u otra categoría tiene lugar en función de la valoración cultural del bien.

No obstante, debe observarse que la iniciación de los procedimientos de declaración puede instarse por los particulares, amén de la intervención de los órganos asesores, de las instituciones consultivas, de los afectados—particulares y Ayuntamientos— así como del público en general en el trámite de información pública. Por ello, el juicio de los mismos también puede condicionar la categoría del bien en cuestión, por lo que es perfectamente posible que durante la tramitación se decida un cambio de categoría respecto de la inicialmente propuesta por la Administración cultural en el acuerdo de incoación (38).

Una vez iniciado el procedimiento, la Administración debe justificar el sobresaliente valor cultural del bien que se propone someter a clasificación, incorporando a estos efectos el o los informes correspondientes de las instituciones consultivas según lo dictaminado por la normativa autonómica (39). Y así se hace en la práctica, esto es, como parte de la motivación del acto administrativo de declaración de un bien cultural se incluye la valoración que a este respecto efectúan las instituciones consultivas referidas, recogida en el informe favorable a su declaración. Dicho informe hará constar las razones que justifican su declaración como bien cultural, así como la enumeración de los valores del bien que

---

(38) Artículo 6. Deberes de cooperación y colaboración

«1. Las Administraciones Públicas cooperarán para contribuir a la consecución de los objetivos de la presente Ley, sin perjuicio de las competencias que correspondan a cada una de ellas. 2. Las Entidades Locales conservarán, protegerán y promoverán la conservación y el conocimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia que se ubiquen en su ámbito territorial. Los Ayuntamientos comunicarán inmediatamente a la Dirección General competente en materia de patrimonio cultural cualquier hecho o situación que ponga o pueda poner en peligro la integridad o perturbar la función social de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, adoptando, en su caso, las medidas cautelares necesarias para su defensa y conservación, sin perjuicio de las competencias que expresamente se les atribuya por la presente Ley y de lo establecido en la normativa urbanística, medioambiental y demás normas que resulten de aplicación en materia de protección del patrimonio cultural. 3. La Iglesia Católica y las Cofradías y Hermandades Pasionarias y de Gloria, como titulares de una parte importante del Patrimonio Cultural de interés para la Región de Murcia, velarán por su protección, conservación y difusión con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, en los Acuerdos suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede y en los convenios que se formalicen entre la Diócesis de Cartagena y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. 4. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que observaren peligro de destrucción o deterioro, la consumación de tales hechos o la perturbación de su función social respecto de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Región de Murcia deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ayuntamiento correspondiente o de la Dirección General competente en materia de patrimonio cultural».

(39) A éstas alude, por ejemplo, el art. 7 de la Ley 4/2007, de Patrimonio cultural de la Región de Murcia.

constituyen aspectos fundamentales a proteger (40). Si en el plazo de tres meses no es emitido dicho informe, el art. 9. 2 de la Ley estatal establece que *se entenderá que el dictamen requerido es favorable a la declaración de interés cultural*. Esta previsión resultó contraria al art. 83.3 de la LRJPAC, según el cual, en estos casos se podrán proseguir las actuaciones, salvo que el informe fuera preceptivo y vinculante, como es el caso del que corresponde emitir a las instituciones consultivas. Por otra parte, dispone la norma estatal que *el expediente deberá resolverse en el plazo máximo de veinte meses a partir de la fecha en que hubiere sido incoado. La caducidad del expediente se producirá transcurrido dicho plazo si se ha denunciado la mora y siempre que no haya recaído resolución en los cuatro meses siguientes a la denuncia. Caducado el expediente no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancia del titular*.

Como podía esperarse, las Comunidades Autónomas fueron regulando la cuestión de conformidad con la LRJPAC y en la mayoría de los casos con mayor acierto. Así, por poner un ejemplo, la Ley 4/2007, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia dedica sus capítulos I, II y III del Título I a regular los procedimientos de declaración de bienes culturales conforme a tres categorías, bienes de interés cultural, bienes catalogados por su relevancia cultural y bienes inventariados por su valor cultural. Conviene que nos detengamos en destacar algunas cuestiones procedimentales que resultan de interés al tema que nos ocupa.

En cuanto a la duración de los procedimientos, el art. 18 de esta norma regional establece los plazos en relación con el procedimiento de declaración de los bienes de interés cultural, distinguiendo entre inmuebles, muebles e inmateriales. Así, el procedimiento de declaración de un bien inmueble de interés cultural deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de tres años, cuando se trate de *conjuntos históricos, jardines históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas, zonas paleontológicas y lugares de interés etnográfico* y de dos años en el caso de monumentos. Por otra parte, el procedimiento de declaración de *un bien mueble y de un bien inmaterial* de interés cultural deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de un año (41). Estos plazos se computarán a partir del día

---

(40) En efecto, la Ley estatal 16/1985 reguló este procedimiento estableciendo que debería constar en el expediente administrativo el informe favorable de una de las instituciones consultivas a que se refería su art. 3., esto es, *«la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, las Reales Academias, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria, y en lo que pueda afectar a una Comunidad Autónoma, las instituciones por ella reconocidas. Todo ello con independencia del asesoramiento que, en su caso, pueda recabarse de otros organismos profesionales y entidades culturales*. Por su parte, la Ley 4/2007 de Patrimonio cultural de la Región de Murcia, establece en su art. 7 que *«son instituciones consultivas de la Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural las Reales Academias, las Universidades de la Región de Murcia, los Colegios Profesionales y cualesquiera otras, cuando así se determine reglamentariamente»*.

(41) Nótese la laxitud de los plazos, que encuentra su justificación en la complejidad del estudio y documentación del valor cultural del bien en cuestión.

siguiente de la publicación del acuerdo de incoación. Como puede observarse, se han adecuado los plazos a la presumible complejidad de los procedimientos en función del tipo de bien.

En relación a la caducidad, transcurridos los plazos de duración de los procedimientos sin haberse publicado la resolución que ponga fin al procedimiento se producirá la caducidad del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la suspensión o la ampliación del plazo para resolver y notificar, en los términos dispuestos en la normativa estatal sobre procedimiento administrativo común (42). Se establece expresamente, frente a lo contemplado por la Ley estatal 16/1985, que *caducado el expediente por el transcurso de los plazos a que se ha hecho referencia, sin que haya recaído resolución expresa, se podrá volver a iniciar el mismo, en los términos establecidos en el artículo 13 del mismo texto legal*. En este sentido, el art. 44.2 de la LRJPAC se limita a expresar que la caducidad llevará consigo el archivo de las actuaciones, lo que, por otra parte, en absoluto puede entenderse como causa impositiva de la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, toda vez que este último precepto remite a los efectos previstos en el art. 92 cuando se declare la caducidad, ordenando el archivo de las actuaciones, y así es reconocido por nuestro Tribunal Supremo, cuya doctrina acoge la normativa autonómica sobre protección del patrimonio cultural (43).

Para finalizar estas precisiones procedimentales, y por lo que se refiere a los trámites preceptivos del procedimiento de declaración de bienes culturales, las Comunidades Autónomas reproducen la necesidad de que en el expediente consten al menos un informe favorable a la protección de una de las instituciones consultivas, a imagen y semejanza de cómo lo haría la Ley estatal. Ya nos hemos referido al carácter de estos informes, así como a su alcance o vinculación, al abordar los límites de la discrecionalidad en este ámbito, pero en esta sede conviene que reparemos en la propia configuración o diseño del procedimiento, que —como anunciábamos— en la práctica permite que se den situaciones a las que las normas aún no han conferido una respuesta adecuada. Pues bien, en cada Comunidad Autónoma se designan, legal o reglamentariamente, algunas instituciones consultivas que van a desempeñar esta función consistente en informar en los procedimientos de declaración de bienes culturales. Pero, la decisión sobre a cuál de estas instituciones se solicitará informe y sobre qué informe, en el caso de que se emitan varios en sentido contrario o no, va a formar parte del expediente queda en manos de la Administración Autonómica,

---

(42) En relación con la petición de informes y la suspensión del plazo para resolver y notificar, *vid.* CIERCO SEIRA, C., «La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver en el procedimiento administrativo», *REDA*, núm. 145, 2010, págs.163-198.

(43) *Vid.* entre muchas otras, las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 5 de diciembre de 2001, 17 de abril de 2002, 29 de mayo de 2007, sobre la normativa aplicable al procedimiento de declaración de bienes de interés cultural, y de 22 de noviembre de 2011, sobre caducidad del expediente para la declaración de bienes de interés cultural.



la cuál, como ya adelantábamos y para evitar retrasos en la tramitación, solicita de ordinario varios.

La regulación del procedimiento, en este punto y a nuestro juicio, no resulta acertada, en la medida en que las instituciones consultivas no están ejerciendo una competencia propia como ocurre cuando los informes, en el seno de otros procedimientos, se solicitan a órganos especializados de Administraciones Públicas con competencias sectoriales en la materia de que se trate, y algunas de ellas van a tener una consideración de la realidad muy sesgada, piénsese, sobre todo en el caso de los Colegios profesionales. Lo anterior, sin obviar la problemática enunciada *supra* y no resuelta por las normas derivada de la situación que se produce en caso de contradicción del sentido de los diversos informes emitidos en el seno del mismo procedimiento de declaración. Más acertado, desde luego, nos parece la exigencia de al menos dos informes favorables para garantizar la objetividad en la apreciación del valor cultural.

### **B) Una propuesta: la necesidad de elaboración de inventarios de categorías de bienes culturales, de formulación normativa de criterios sobre el valor cultural de los bienes y la democratización del patrimonio cultural**

Ya hemos destacado la necesidad de incorporación de inventarios de categorías de bienes culturales que faciliten el control de las potestades administrativas en torno a la protección del patrimonio cultural. Por otra parte, y en relación con ello, hemos destacado la ausencia normativa de criterios homogéneos de cuantificación del valor cultural, atendiendo a todas sus dimensiones, artística, histórica, estética y contextual de evaluación del valor cultural que nos sirvan como herramientas conceptuales cuya aplicación por parte de los poderes públicos nos permita, como el mayor de los rigores, la selección de los bienes a proteger. Hasta el momento, ello sólo se ha conseguido, también, en el ámbito de la protección del patrimonio natural.

A pesar de las dificultades que estas tareas de formulación implican, el valor histórico, estético, simbólico y social que para las generaciones pasadas, presentes y futuras representan ciertos bienes debe obligarnos a hacer un ejercicio de abstracción a todos los actores implicados, para contribuir en esta compleja tarea.

A continuación enumeramos algunos criterios que podrían resultar válidos, algunos de ellos presentes y por tanto extraídos de la motivación de los actos de declaración de bienes culturales: buen estado de conservación, origen, fecha y antigüedad, representatividad histórica, vinculación a actividades o acontecimientos de la comunidad, integración con el paisaje natural o urbano, autor, materiales y técnicas, forma, tendencia artística y origen, estética, valor popular, valor de contexto e integración con el paisaje. Se trata, en la mayoría de los casos, de criterios objetivos que podrían concretarse aún más en función de las

características histórico-culturales de cada lugar o región. Sin embargo, la apreciación que se efectúe sobre algunos de ellos, como el valor popular, de contexto e integración con el paisaje, se encuentran enormemente teñidos de subjetividad. En estos casos, cuando conforme a los criterios objetivos no quede constatado el valor cultural del bien, las normas entonces deberían garantizar la participación colectiva en la apreciación de los lazos de memoria y valor simbólico, a través de encuestas y otros medios de valoración que atiendan a la mayor disposición a pagar por la preservación (44). Recordemos que nuestro Tribunal Constitucional en la paradigmática STC 102/1995 (f.j. 6º) acoge esta concepción que pasa por tener en cuenta la apreciación, percepción, consideración o aprecio del patrimonio cultural como paisaje, como bien colectivo democratizado, y así ha calado en el art. 3 de la Ley 42/2007 y en cierta normativa autonómica sobre paisaje natural y cultural (45).

Como consecuencia de todo lo anterior, proponemos la creación de cauces de participación de los ciudadanos para que contribuyan en la formación del acto de declaración de los bienes culturales, además de la prevista información pública, como puede ser la creación de una Junta de participación sobre patrimonio cultural. Esta propuesta, que supone superar el «coto privado» de los expertos que hasta ahora han participado en las políticas de protección del patrimonio cultural, que resulta sin duda un avance en la democracia directa y una contribución al bienestar social, se encuentra avalada por el del *Convenio de Aarhus* de 25 de junio de 1995 que obliga a las partes del Convenio a establecer procedimientos para la participación pública de autoridades y de otras partes interesadas en la formulación y aplicación de las políticas de paisaje (art. 5 C), así como por el *Convenio Europeo del paisaje* de 2000, ratificado por España el 26 de noviembre de 2007, cuyo art. 1 señala que por paisaje,

---

(44) Las aportaciones de la economía y de la antropología del patrimonio cultural, como ramas disciplinares en auge, puede resultar muy valiosas en este ámbito. Vid., SANZ LARA, J.A., Valoración de bienes públicos relativos al patrimonio cultural. Aplicación comparada de métodos de estimación y análisis de segmentación de la demanda» *Hacienda Pública española*, núm. 178, 2006, pp. HERRERO PRIETO, L.C., BEDATE CENTENO, A.M. y SANZ LARA, J.A., «Valoración económica de bienes públicos e relación al patrimonio cultural de castilla y León. Propuesta metodológica y aplicación empírica», *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*, núm. 6, 2003.

(45) Vid., sobre esta cuestión, el Decreto valenciano 120/2006, de 11 de agosto (art. 4), la Ley gallega 7/2008, de 7 de julio y la Ley extremeña 5/2010, de 23 de junio, la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de Valencia. Esta última establece en su art. 89, sobre principios de gobernanza que la toma de decisiones para una ordenación equilibrada y sostenible del territorio que «se fundamentará en procesos basados en los siguientes principios: Ejercicio responsable de las competencias atribuidas por los diferentes órganos de las administraciones públicas, con garantía del principio de información recíproca. Coherencia en las acciones de la administración pública que tengan incidencia sobre la ordenación del territorio dentro de un sistema complejo. Eficacia en la toma de decisiones de ordenación territorial. Participación de los ciudadanos en las fases de los procesos de decisión sobre políticas, planes y programas territoriales. Accesibilidad a la información territorial de todos los ciudadanos».

natural y cultural, se entenderá *cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos*.

### **III. EL PROCEDIMIENTO INVERSO A LA DECLARACIÓN DE BIENES CULTURALES**

#### **1. Antecedentes: la desprotección del patrimonio natural**

##### **A) El tratamiento de la desprotección de espacios naturales por la normativa básica estatal**

Como es sabido, los legisladores tratan de contemplar instrumentos jurídicos que faciliten la resolución de los conflictos que se producen entre las diversas políticas que inciden sobre el territorio, marcados, por lo general, por el principio de prevalencia del interés ambiental y/o cultural, como la adaptación del planeamiento vigente a los regímenes de protección sobrevenidos o la necesidad de incorporación de informes favorables de la Administración cultural en los procedimientos de elaboración de planes urbanísticos o de revisión del planeamiento (46). Asimismo, se establecen normativamente las obligaciones de colaboración y coordinación entre todas estas políticas que confluyen sobre el mismo espacio, al señalarse que las exigencias de tutela del patrimonio cultural deberán integrarse en la definición y en la realización de las restantes políticas públicas, en especial en materia educativa, ordenación del territorio, urbanismo, agricultura, industria, turismo y medio ambiente.

Si en el ámbito de la protección parece que la prevalencia del interés ambiental y cultural se encuentra asumida ya por todos, cuando se trata de la operación inversa, esto es, en el ámbito de la desclasificación de espacios naturales, de especies y de bienes de interés cultural, al principio de no regresión le queda mucho camino por recorrer. A esta cuestión dedicamos las siguientes líneas, para dar cuenta de la evolución normativa en el ámbito de los espacios naturales, para abordar, a continuación, el escaso, difuso y somero tratamiento que dispensa la legislación cultural a esta trascendente cuestión, por tratarse de sectores que, a nuestro juicio, merecen un tratamiento similar.

Remontándonos a la Ley 4/1989, de Conservación de la naturaleza y de la flora y fauna silvestre —hoy derogada por la vigente Ley 42/2007, de Patrimonio natural y Biodiversidad—, como ya en su día denunció LÓPEZ RAMÓN (47),

---

(46) Así, en los procedimientos para la declaración de espacios naturales, así como en los de elaboración de Planes de Ordenación de Recursos Naturales y Planes Rectores de Uso y Gestión será preceptivo el informe de la Dirección General con competencias en materia de patrimonio cultural (Ley 42/2007).

(47) LÓPEZ RAMÓN, F., *La Conservación de la Naturaleza: los Espacios Naturales Protegidos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, 1980, pp. 190-191.

la normativa básica postconstitucional sobre espacios naturales guardó silencio sobre el procedimiento inverso a la clasificación de espacios naturales, el cual supone sustraer de un régimen protector a un espacio previamente sometido al mismo, constituyendo ésta una de las lagunas más importantes de la normativa sobre espacios naturales (48). Ante dicho silencio, podía sostenerse que para operar una desclasificación de un espacio natural sería necesario seguir el mismo procedimiento previsto en la para su clasificación; como consecuencia de ello, habrían de ser rigurosamente respetados los trámites de *audiencia a los interesados*, *información pública* y *consulta* que contemplaba el art. 6 de la Ley 4/1989. Del mismo modo, sería necesario que dicha desclasificación tuviera lugar, como mínimo, a través del mismo instrumento formal en que se instrumentó la declaración del espacio, bien por ley, bien mediante norma reglamentaria o bien a través de acto administrativo. Esta postura se reducía a la aplicación estricta de los principios de jerarquía normativa, legalidad e inderogabilidad singular de los reglamentos, según los casos y, además, no condicionaba materialmente la desclasificación (49).

Frente a esta interpretación formal que se derivaba de la normativa básica sobre protección de los espacios naturales protegidos, y siguiendo ciertos precedentes a nivel internacional y comunitario, la conocida Directiva Hábitat 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo, sí que contempló expresamente el cambio de una categoría de una Zona de Especial Conservación cuando así lo justificara la evolución natural registrada como resultado de la vigilancia por parte del Estado (art. 9). GARCÍA URETA propuso entonces una interpretación que a su juicio podría poner en entredicho la desclasificación. Como puede observarse, la Directiva parecía prever sólo el cambio en la categoría y no la absoluta desprotección, que sólo podría venir motivada por una desnaturalización del espacio (50). Recientemente, el autor ha abundado sobre la temática de la desclasificación de espacios de la Red Natura 2000, afirmando rotundamente que no cabe la desclasificación de LIC, ZEC y ZEPAS salvo en el supuesto de evolución natural contrastada científicamente, pero «no por causa de otras motivaciones como pudiera ser la ejecución de un plan, programa o proyecto, es decir, una justificación intencional y por obra de una decisión adoptada por las autoridades

---

(48) Sobre la denuncia de esta laguna, vid. SORO MATEO, B., *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio Ambiente, 2005, pp. 208-209. Es más, la Ley 4/1989 ni siquiera preveía trámite preceptivo alguno para la ampliación de un espacio natural preexistente. La normativa autonómica, por el contrario sí ha abordado las ampliaciones de espacios. Es el caso de la Ley castellano-leonesa 8/1991, de 10 de mayo (art. 19) que remite como regla general al procedimiento y requisitos de la declaración de espacios para operar dicha ampliación. Esta regla general se completa con la siguiente excepción: sólo en dos concretos supuestos no será necesario seguir dicho procedimiento, esto es, cuando los terrenos a incorporar sean de propiedad de la Comunidad Autónoma y cuando éstos sean aportados voluntariamente por los propietarios para tal finalidad.

(49) Cfr. GARCÍA URETA, A., *Espacios naturales ...*, cit., p. 327.

(50) SORO MATEO, B., u.o.c., p. 325.

*correspondientes*. Para reforzar su postura, trae a colación, en el caso de la ZEPAS, la STJCE 44/1995 (*The Queen v. Secretary of state for environment ex parte: Royal Society for the protection of birds*). A lo sumo, sostiene, es posible una reducción mínima de superficie pero no una desclasificación absoluta, por tratarse, esta última, de un mecanismo excepcional (51). Como puede deducirse, la interpretación que avanzábamos sobre el silencio de la Ley 4/1989, a partir del Derecho comunitario y de la jurisprudencia del TJCE, podía ser matizada y condicionada a la concurrencia de las circunstancias apropiadas, esto es, a la pérdida acreditada de valores dignos de protección o que al menos avalaran una degradación en la categoría del bien.

A día de hoy, la vigente Ley estatal 42/2007, de Patrimonio natural y Biodiversidad sí ha regulado el cambio de categoría (52) y la alteración de los límites de los espacios protegidos (53), supeditando ambas operaciones, ahora sí y en la línea avanzada por el derecho comunitario, a la concurrencia de un requisito material. De este modo, se supedita la desclasificación o el cambio de categoría a la existencia de cambios provocados en el espacio derivados de la evolución natural de los mismos, científicamente demostrada (art. 51 LPNB) (54).

---

(51) *The Queen v. Secretary of state for environment ex parte: Royal Society for the protection of birds*, *aps.* 37-38. Se trata de una Sentencia que estudia el supuesto en el que se plantea tener en cuenta exigencias económicas, en la medida en que obedecieran a razones imperiosas de interés público de primer orden, como las contempladas en el art. 6.4 de la Directiva hábitat. GARCÍA URETA, A., *Derecho Europeo de la Biodiversidad*, Gómez Acebo y Pombo-iustel, 2010, pp. 497-498.

(52) El art. 48 regula los cambios de categoría en los siguientes términos:

*«La descatalogación total o parcial de un espacio incluido en Red Natura 2000 solo podrá proponerse cuando así lo justifiquen los cambios provocados en el mismo por la evolución natural, científicamente demostrada, reflejados en los resultados del seguimiento definido en el artículo anterior. En todo caso, el procedimiento incorporará un trámite de información pública, previo a la remisión de la propuesta a la Comisión Europea».*

(53) Por su parte, el art. 51 de la LPNB sobre la alteración de la delimitación de los espacios protegidos dispone lo siguiente:

*«1. Sólo podrá alterarse la delimitación de espacios naturales protegidos o de la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. En el caso de alteraciones en las delimitaciones de espacios protegidos Red Natura 2000, los cambios debidos a la evolución natural deberán aparecer debidamente reflejados en los resultados del seguimiento previsto en el artículo 47.*

*2. Toda alteración de la delimitación de áreas protegidas deberá someterse a información pública, que en el caso de los espacios protegidos Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación».*

*3. El cumplimiento de lo previsto en los párrafos anteriores no eximirá de las normas adicionales de protección que establezcan las Comunidades autónomas.*

(54) Sobre los límites a la desprotección derivados del art. 13.4 del TRLS de 2008 y de la normativa urbanística autonómica, *vid.* LÓPEZ RAMÓN, F., «El principio de no regresión ...», *cit.* pp. 21 y 25 y JORDANO FRAGA, J., *La reclasificación del suelo no urbanizable*, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, núm. 21, 2009.

## **B) La regulación autonómica de la descatalogación de espacios naturales**

El Estado de las Autonomías permite que las omisiones por parte del legislador estatal sean colmadas por los diecisiete legisladores autonómicos. Demostrada la insuficiencia de la regulación dada por la Ley 4/1989 a la descatalogación de espacios naturales, se hacía necesario indagar si la normativa autonómica siguió esta tendencia omisiva en relación con la regulación de la desprotección de espacios previamente protegidos o si, por el contrario, como medidas adicionales de protección ex art. 149.1.23<sup>a</sup> *in fine* CE, introduce previsiones procedimentales de obligatorio cumplimiento para operar tal modificación del régimen jurídico de los espacios o, al menos, ciertos requisitos materiales y/o condiciones previas a la descatalogación que garantizaran la constitucionalidad de tales medidas.

Pues bien, han sido ocho las Comunidades Autónomas que han abordado esta cuestión en sus leyes de conservación de la naturaleza, en concreto Andalucía, Castilla la Mancha, Extremadura, Aragón, Navarra, Galicia, Valencia y Cantabria.

La Ley andaluza 2/1989, de 18 de julio, de Espacios Naturales fue la primera norma española que abordó la disciplina de la descatalogación de espacios. En este sentido, estableció que la modificación en la clasificación del suelo no urbanizable en los Parques Naturales requeriría informe favorable de la Agencia de Medio Ambiente (art. 15.3). También supeditó a dicho informe la modificación de la clasificación del suelo afectado por el régimen de protección de los Monumentos Naturales —como figura básica— y de los Parques Periurbanos —figura de protección autonómica— (art. 15.4). No obstante, la regulación dada resultó ciertamente limitada, pues ni contemplaba procedimiento ni trámite alguno que garantizara la participación pública, aunque al menos incorporaba en el procedimiento decisivo el juicio vinculante de un órgano especializado, la Agencia de Medio Ambiente. Además, y exclusivamente en relación con los Monumentos Naturales, unos años más tarde el Decreto andaluz 225/1999, de 9 de noviembre, de Regulación y Desarrollo de la figura de Monumento Natural de Andalucía sí reguló el procedimiento administrativo para la descatalogación de estos espacios naturales, que se promoverá por la Consejería de Medio Ambiente y que será resuelto por el Consejo de Gobierno (art. 13.1 y 4). La decisión administrativa de desprotección, lejos de ser discrecional, ha de venir motivada en la desaparición de hecho de las circunstancias que fundamentaron su declaración (art. 13.2 y 3). A su vez, si la descatalogación se debiera a causas no naturales, el que produzca la destrucción o alteración estará obligado, según el precepto, a reponer los elementos de la naturaleza a su estado y ser anterior. En nuestra opinión, no cabía duda que estas previsiones contenidas en un Decreto autonómico debieron ser incorporadas a la Ley 4/1989 en su momento. Más recientemente, el Decreto andaluz 23/2012, de 14 de febrero, por el que se regula la conservación y el uso sostenible de la flora y la fauna

silvestres y sus hábitats regula en su art. 40 el procedimiento de inclusión, cambio de categoría o exclusión de especies en el Listado y en el Catálogo, ya a la luz del Derecho comunitario y de la propia Ley 42/2007 (55).

---

(55) «1. La Consejería competente en materia de medio ambiente, a propuesta del Comité de Flora y Fauna del Consejo Andaluz de Biodiversidad iniciará de oficio el procedimiento de inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie, subespecie, raza o población en el Listado y en el Catálogo, con fundamento en la información técnica o científica que así lo aconseje, y en especial cuando lo determinen los resultados de los Planes de Recuperación, Conservación o Manejo. 2. Cualquier ciudadano u organización podrá solicitar a la Dirección General competente en materia de conservación de la flora y la fauna silvestres la iniciación del procedimiento de inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie en el Listado y en el Catálogo, acompañando dicha solicitud de la información científica justificativa, al menos, en relación con el valor científico, ecológico, cultural, singularidad, rareza o grado de amenaza de la especie propuesta, así como las referencias de los informes y publicaciones científicas utilizadas, a través del modelo incluido en el Anexo IX. Dicha solicitud podrá ser presentada en la forma establecida en el art. 38.4 de la LRJPAC, incluidos los medios electrónicos, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. En caso de que la solicitud fuera defectuosa o incompleta, se requerirá al solicitante para que subsane los defectos advertidos o aporte la documentación complementaria en el plazo de 10 días. Transcurrido dicho plazo sin que el particular subsane dichos defectos o presente la documentación complementaria, se acordará el archivo del expediente notificándose al solicitante. En el caso de que el solicitante subsane los defectos o presente la documentación complementaria en el tiempo previsto, se procederá a tramitar la solicitud correspondiente de acuerdo con el procedimiento indicado en el siguiente apartado. La Dirección General competente en materia de conservación de la flora y la fauna silvestres, una vez valorada la solicitud, notificará su decisión sobre la iniciación o no del procedimiento de forma motivada al solicitante en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de recepción de la solicitud en la Dirección General, poniendo fin a la vía administrativa. Transcurrido dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa, se entenderá estimada su petición. 3. En caso de iniciación del procedimiento, la Consejería competente en materia de medio ambiente remitirá al Consejo Andaluz de Biodiversidad para su informe una memoria técnica justificativa, que contendrá al menos: a) Información adecuada sobre el tamaño de la población y distribución del taxón o taxones evaluados. b) Un análisis de los factores que inciden sobre su conservación o sobre la de sus hábitats. c) De acuerdo con esa información, una evaluación de su estado de conservación y de sus tendencias poblacionales. d) De acuerdo con la evaluación señalada, la propuesta de catalogación, descatalogación o cambio de categoría de amenaza, y en su caso la relación de medidas específicas de conservación que procedan. 4. La decisión para la inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie subespecie, raza o población en el Listado y en el Catálogo se basarán en los siguientes criterios: a) El tamaño, la estructura y la tendencia de las poblaciones. b) El área de distribución, considerando su fragmentación y tendencia. c) Los factores de amenaza identificados, sean éstos actuales o potenciales. d) La probabilidad de extinción de acuerdo con la información técnica o científica disponible. e) El valor científico, ecológico o cultural, para las especies del Listado. 5. La inclusión, cambio de categoría o exclusión de una especie, subespecie, raza o población en el Listado y en el Catálogo se realizará mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de medio ambiente, que se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. 6. La inclusión o cambio de categoría de una especie, subespecie o población en el Listado y en el Catálogo conllevará la aplicación de lo establecido en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, en la Ley 8/2003, de 28 de octubre, y en este Decreto, así como su inclusión en el plan de recuperación o conservación correspondiente, reintroducción o manejo en su caso».

En segundo lugar, la Ley aragonesa 6/1998, de 19 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos estipuló que tanto para la ampliación como para la disminución del ámbito espacial de los lugares protegidos sería necesaria una norma de igual o superior rango a la norma de declaración (art. 19.1), siendo suficiente el acuerdo del Consejo de Gobierno, cuando se trate de ampliación de espacios, en los siguientes casos: cuando los terrenos a incorporar sean de la Comunidad Autónoma y cuando sean voluntariamente aportados por los propietarios para tal finalidad, siempre que se reúnan las características del espacio. Se trata de una previsión acertada, y que evita la problemática derivada de las clasificaciones *ex lege* en sede de daños y perjuicios de los afectados por las limitaciones derivadas de la protección ambiental de su propiedad, que también debería haberse incorporado a la normativa básica estatal. Ahora bien, el régimen jurídico que la norma aragonesa dispensa a la descatalogación propiamente dicha difiere del anteriormente expuesto al referirnos al caso andaluz. En efecto, la pérdida de la categoría de protección se somete a los siguientes requisitos. En primer término, y por lo que hace al aspecto formal, será necesario que tenga lugar a través de una norma de igual o superior rango a la norma de declaración. Esta disposición, a nuestro juicio, nada añade a la aplicación rigurosa del principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos. En segundo lugar, desde la óptica material, será necesario que hayan desaparecido los fundamentos que motivaron su protección, salvo cuando esta desaparición hubiera sido intencionada. Hasta aquí, nada nuevo respecto a la solución conferida por el legislador andaluz. En tercer término, cuando la pérdida de categoría del espacio natural tenga lugar por Decreto, la descatalogación se supedita al cumplimiento de un requisito formal esto es, al trámite de información pública e informe previo del Consejo de Protección del medio ambiente y del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón (art. 22). A diferencia del resto de normas autonómicas, la Ley aragonesa ciñe la aplicación de estos últimos condicionantes a la declaración decretal, por otra parte realista con el sistema de fuentes de nuestro Estado, en la medida en que como consecuencia de la inexistencia de una reserva de administración en nuestro derecho una eventual ley posterior podría desatender estos requerimientos. En efecto, si la declaración ha tenido lugar a través de instrumento legal, de nada serviría una obligación impuesta por una norma de igual rango, pues podría ser desatendida por el legislador que pretendiera descatalogar el espacio.

Por su parte, la Ley gallega 9/2001, de Conservación de la Naturaleza, también aborda la regulación de la descalificación de los espacios naturales protegidos, supeditando la potestad descatalogadora al cumplimiento de una serie de condiciones que pueden ser sistematizadas en dos grandes grupos: condicionamientos ordinarios y condicionamientos extraordinarios (disp. adic. 7ª). Por lo que hace al primer grupo, se refiere la norma a la aplicación de los principios de jerarquía y de vigencia temporal de las normas. De acuerdo con ello, un espacio natural completo o parte del mismo sólo puede ser descalificado a través de una norma de igual o superior rango a la de su declaración.



Parece quedar sentado, pues, que el instrumento de declaración puede adoptar forma legal o reglamentaria (56). Además, será de aplicación el principio de jerarquía interreglamentaria. Y, en tercer término, a igualdad de rango, norma posterior deroga a anterior.

En cuanto a los condicionamientos extraordinarios, la Ley supedita la desclasificación a la concurrencia de una serie de requisitos de fondo o materiales y de forma o formales. En este sentido, la validez de la desclasificación de los espacios naturales dependerá del cumplimiento de los requisitos procedimentales aplicables a la declaración. Dicho procedimiento declaratorio se encuentra disciplinado en la sección 1ª del capítulo IV de la Ley (arts. 20 y ss.). La iniciación del procedimiento podrá tener lugar de oficio y a instancia de parte (art. 22). La iniciativa de oficio corresponderá, en todo caso, a la Consejería de Medio Ambiente, sin excepcionar la Ley de este carácter administrativo la iniciación de los procedimientos de declaración legal, esto es, las declaraciones de Reservas Naturales que, aunque tengan lugar a través de instrumento legal, tendrán que comenzar a tramitarse en vía administrativa. En segundo término, la iniciativa para la declaración, a instancia de parte, puede provenir de un particular o de una Administración local de la propia Comunidad Autónoma. En esta ocasión, el instrumento formal de declaración será la Orden de la Consejería. Dicho lo anterior, se ha de advertir que, en todo caso, es decir, en ambos supuestos, el órgano competente para tramitar el procedimiento de declaración será la Consejería de Medio Ambiente (art. 23.1). La regulación del procedimiento queda aquí, a salvo que el art. 23.2 de la Ley prevé que *en cualquier caso, los instrumentos de planificación de los espacios naturales protegidos serán sometidos a información pública*, trámite que no queda claro que resulte preceptivo cuando se trate de procedimientos de declaración y no de instrumentos de planificación propiamente dichos. Varias cuestiones controvertidas suscita la regulación expuesta.

En relación con las Reservas Naturales, la iniciativa de la declaración, como en cualquier procedimiento de iniciación de oficio de los previstos por la Ley, corresponde a la Consejería de Medio Ambiente. Ahora bien, parece que la Ley gallega está acuñando una figura desconocida hasta el momento en nuestro ordenamiento y ciertamente discutible según la cual el Parlamento Gallego no podría iniciar ni tramitar el procedimiento de declaración de una Reserva Natural. En nuestro sistema dicha opción ha de ser descartada, habida cuenta de que la ley posterior —ley de declaración— puede hacer caso omiso de las prescripciones procedimentales contenidas en esta Ley general de conservación de la naturaleza. Pero, conectemos el procedimiento de declaración previsto en la sección 1ª del cap. IV de la Ley gallega con lo que al respecto dispone su disp. adic. 7ª, pasando entonces a considerar los condicionamientos excepcionales de

---

(56) Así se deriva del art. 24 de la Ley, que positiva como instrumento de declaración de Reservas, la ley, y, para el resto, el reglamento —Decreto u Orden, según los casos—.

carácter material o de fondo. En este caso se establece que la desprotección o descalificación de un espacio natural ha de venir motivada exclusivamente por la desaparición de las circunstancias que originaron la protección. Además, incluso cuando hubieran desaparecido las circunstancias que motivaron su declaración la descatalogación encuentra otros límites que se exponen a continuación.

En primer lugar, no podrá llevarse a cabo cuando dichas circunstancias desaparecidas no fueran susceptibles de restauración o reparación. Esta medida legal resulta un tanto ambiciosa, aunque muy loable desde el punto de vista ambiental, ya que su aplicación no se encuentra sometida a condicionamientos económicos, pudiendo, por este motivo, resultar inviable en la mayoría de los casos. Además, al suponer una especie de «hipoteca ambiental de un espacio», cuando respecto del mismo precede una declaración, podría producir el efecto contrario al que pretende, desincentivando declaraciones de espacios *ad cautelam* de su conversión en vinculaciones *sine die* proscritas por nuestro ordenamiento jurídico. En segundo término, tampoco cabe la descalificación si la desaparición de dichas circunstancias fue intencionada. Por último, no será posible la desprotección de espacios previamente protegidos, aunque desaparezcan las circunstancias que motivaron su declaración, cuando dicha desaparición hubiere sido originada por un incendio forestal, supuesto para el que la ley positiva una presunción *iure et de iure* de intencionalidad (57).

Respecto de los dos últimos condicionamientos de fondo enunciados, cabe formular las mismas consideraciones que se vertieron sobre los formales, cuando la instancia competente para efectuar la declaración resulta ser el poder legislativo. Ahora bien, no podemos afirmar lo mismo respecto de las prescripciones de la disp. adic. 7ª.3 *in fine*, según la cual *serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de descalificación y exclusión que fueran en contra de este precepto*. Parece que el legislador gallego se olvida de los límites de la potestad legislativa, precisamente en relación a los espacios más ricos en valores naturales como son las Reservas; pero pronto nos sorprende que la Ley sí haya tenido en cuenta esta circunstancia, pues la misma disposición se refiere, simultáneamente,

---

(57) Cfr. disp. adic. 3ª de la Ley extremeña 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y de Espacios Naturales sobre medidas en el supuesto de destrucción de los espacios naturales protegidos, que prevé lo siguiente:

«En ningún caso la destrucción total o parcial de un Espacio Natural Protegido por acciones contrarias a esta Ley supondrá la alteración de su calificación y régimen jurídico en un plazo inferior a treinta años desde que se produjera dicha destrucción. A tal efecto, y sin perjuicio de la restauración por los sujetos responsables, la Administración competente podrá adoptar, a costa de estos, las medidas necesarias para devolver a los terrenos afectados la condición más parecida a la que tenían con anterioridad a su deterioro.

Los responsables, directos o a través de terceros, de la destrucción total o parcial de productos o elementos extraídos de los Espacios Naturales Protegidos no podrán obtener de su posesión rentabilidad económica alguna. En estos casos, corresponde a la Administración competente establecer el destino de estos productos o elementos, sin que ello pueda suponer beneficio económico para su titular»

al carácter normativo del instrumento de declaración en virtud de una norma con rango legal o reglamentario, según los casos (disp. adic. 7.1), y a su carácter de acto administrativo (disp. adic. 7.3. *in fine*).

A la luz de lo expuesto, queda patente la asunción, por parte del legislador gallego, de la confusión acerca del carácter normativo o no de las declaraciones de espacios naturales así como de las desclasificaciones. No obstante, parece inclinarse más bien a su consideración como acto administrativo, habida cuenta de que sanciona con nulidad de pleno derecho los actos administrativos de descalificación contrarios a la referida disp. adic., es decir, aquéllos que no cumplan con los requisitos formales y materiales antes enunciados. Ahora bien, no se entiende entonces el reconocimiento de la posibilidad de que el legislador declare Reservas Naturales, pues la eventual ley desclasificadora, en su caso, no incurrirá, como es sabido, en nulidad; a lo sumo habría que buscar y encontrar un fundamento constitucional que pudiera permitir sostener su invalidez ante el Tribunal Constitucional (58).

Por su parte, la Ley extremeña 8/1998, de 26 de junio, de Conservación de la Naturaleza y Espacios Naturales se refirió también al régimen jurídico de la desclasificación de espacios naturales (art. 31). Al igual que ha quedado visto en relación con la Ley gallega, la norma extremeña somete a requisitos de naturaleza formal y material la posibilidad de descatalogar espacios naturales previamente declarados. Por lo que hace a los requisitos formales, la modificación del régimen jurídico de los espacios naturales habrá de tener lugar a través de una norma de igual o superior rango a aquella por la que se procedió a su declaración y de acuerdo con el procedimiento previsto para la misma. En cuanto a los límites o condicionamientos materiales, señala el precepto que será necesario que hayan desaparecido las circunstancias que motivaron la protección del espacio, que esta desaparición sea susceptible de recuperación o restauración y que no haya sido originada intencionadamente ni por incendio —durante los 30 años posteriores a éste— (59). Añade el precepto que serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de descalificación que no se ajusten a dichos requisitos formales o materiales. En principio, las previsiones referidas de la Ley extremeña sólo serán vinculantes respecto de las declaraciones no legales, esto es, respecto de todas las figuras de espacios naturales salvo los parques naturales, siempre que no se utilice exceso de rango para la declaración del resto de figuras, como lamentablemente ocurre en la práctica. Las mismas con-

---

(58) No obstante, como sabemos, existe una criticable doctrina constitucional sobre este extremo, estudiada en SORO MATEO, B., «Omisiones de la Administración en sede de espacios naturales», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 249, 2009, pp. 195 y ss.

(59) En este mismo sentido, la Ley foral 9/1996, de 7 de junio, de Espacios Naturales, introduce una medida fundamental de protección de éstos, que se traduce en la prohibición de la modificación de la naturaleza jurídica del suelo afectado por la destrucción total o parcial del espacio natural en él ubicado, con contravención de la Ley, en un plazo de 30 años (art. 41).

sideraciones vertidas sobre la disp. adic. 7ª *in fine* de la Ley gallega merece, pues, este inciso final del art. 31 de la Ley extremeña.

También la Ley castellanomanchega 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza se refirió expresamente a la anulación del régimen de protección de los espacios naturales protegidos (art. 39). A este respecto establece que sólo se podrá realizar *por razones de interés público relevante que lo justifiquen y mediante ley*. En este caso, y en cuanto al primer condicionante referido, no cabría una descalificación no motivada en razones de interés público. En cuanto al segundo, de carácter formal, se positiva una reserva de ley para anular la protección de un espacio, independientemente del instrumento jurídico utilizado para su declaración. Además, para garantizar que el legislador autonómico no desatienda el primer requisito de fondo enunciado, será necesario que en el trámite de elaboración del Anteproyecto de Ley de descalificación figure el informe del Consejo Asesor de Medio Ambiente. Resulta cuestionable esta llamada a «razones de interés público relevante», como circunstancias que habilitan la desprotección, referencia que a día de hoy ha de ser entendida como contraria a lo establecido en la normativa básica estatal.

Finalmente, destacan la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de Patrimonio Arbóreo Monumental de la Comunitat Valenciana, que se refiere a la descatalogación o pérdida de la condición de árbol catalogado que procede por la *muerte o desaparición del ejemplar* (art. 8.4) y la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Cantabria, que también supedita a los mismos trámites que para la catalogación de especies su desclasificación, exigiendo un informe científico sobre su estado fundamentado (art. 50).

A la luz de esta normativa autonómica sobre espacios naturales parece que quiere acuñarse una nueva categoría de leyes cuyo contenido responde a un acto administrativo que, revistiendo sólo formalmente la indumentaria de la ley, encuentra los mismos límites formales y materiales propios de las manifestaciones reglamentarias. Ello plantea el gran problema que supone discernir sobre la Jurisdicción en la que se residenciarían estas normas cuando incurrieran en algún vicio de invalidez distinto del de inconstitucionalidad. Sobre este extremo existen opiniones doctrinales enfrentadas. Un reconocido sector doctrinal entiende que todo acto que adopta la forma de Ley es una Ley en cuanto a su eficacia, esto es, en cuanto a la fuerza de Ley (60). Estos autores justifican su tesis en tres razones fundamentales. En primer lugar, porque no hay acto administrativo sin Administración. Hemos visto cómo, de parte de la normativa autonómica —la Ley gallega 9/2001 de Conservación de la Naturaleza, entre otras— parece imponerse un procedimiento mixto de elaboración de leyes que comienza a tramitarse en vía administrativa y sólo una vez obtenida la declaración como acto administrativo, éste es dotado del revestimiento formal de ley. El problema

---

(60) Son de esta opinión GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R., *Curso...*, cit., vol. I., pp. 122 y 123.

de sostener esta argumentación se concreta en la discrecionalidad del legislador a la hora de abordar la declaración sin que previamente haya tenido lugar un procedimiento administrativo.

El segundo argumento aducido para fundamentar la afirmación antes referida supone que una ley singular —la desclasificación sin la observancia de los requisitos establecidos en la ley general sobre espacios naturales— exceptúa el ámbito de aplicación de una norma general. En tercer lugar, se alude a dos supuestos en los que generalmente encajan las leyes singulares. Se afirma que éstas responden, normalmente, a la posibilidad de excepcionar previsiones legales expresamente previstas en las leyes y reservadas al legislador. Otras veces la ley singular constituye aplicación de la general y, por tanto, su complemento. A estos dos supuestos adjuntaremos nosotros la previsión del rango legal de la declaración de espacios naturales en leyes generales sobre espacios naturales (61). No se trata en este caso de una *ley general prohibitiva* que puede ser excepcionada, porque así lo prevé la propia ley, a través de instrumento normativo del mismo rango —cosa que por otra parte no tiene mucho sentido cuando la ley anterior no vincula a la posterior— sino de *leyes ordenadoras* que establecen unas pautas generales que la ley singular plasma o ejecuta respecto de un supuesto de hecho concreto. En puridad ejecutan la ley general y la complementan, pero en línea con lo afirmado respecto de la eficacia de la ley singular posterior a una ley general, éstas primeras pueden no complementar ni ejecutar, sino, más bien establecer un régimen jurídico distinto al derivado o desprendido de la ley general. La conclusión a estas consideraciones evidencia que de nada sirve la ley general y que el objeto de la regulación mejor pudiera encontrarse disciplinado en normas singulares, evitando así la confianza en la aplicación de la ley general que puede obviarse en cualquier caso con el sólo límite de los postulados constitucionales.

### **C) Nuestra propuesta: la instauración de una reserva de Administración para la clasificación y desclasificación de espacios naturales**

Para salvar la constitucionalidad de las desclasificaciones de espacios no sometidas a un procedimiento que garantice su admisión sólo en supuestos en los que exista degradación irreversible, para garantizar los derechos constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva y, como no, el respeto al preciado derecho a un medio ambiente adecuado, así como en aras al cumplimiento por parte de los Poderes Públicos de las obligaciones que se derivan del art. 45 de la CE, tiene sentido que en este ámbito de la desprotección de espacios previamente declarados se instaure una *reserva de Administración*, de modo que, en todo caso, sea necesaria la tramitación de un procedimiento administrativo que garantice la participación

---

(61) *Vid. ad. ex. art. 24 de la Ley gallega 9/2001, de 21 de agosto, de Conservación de la Naturaleza.*

de todos los afectados y se posibilite, en su caso, su control ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Sin embargo, como es sabido, la Ley 42/2007 sigue posibilitando, como lo haría la Ley 4/1989, la declaración legal de espacios naturales, al no predeterminar el instrumento formal de declaración de los mismos. En consecuencia, al guardar silencio al respecto, cabría la desafectación a través de instrumento legal, en el caso de declaraciones legales y reglamentarias.

Nuestra propuesta se circunscribe a la instauración de una reserva de Administración para la desclasificación de espacios naturales en la propia Ley 42/2007, que garantice, como norma básica sobre protección del medio ambiente, ex art. 149.1.23 de la CE y, por tanto, de obligada observancia por parte de las Comunidades Autónomas, las posibilidades de control de la legalidad de la actividad administrativa descatalogadora por la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Otra opción, menos conveniente, pero que ha sido finalmente la que ha sido acogida por el legislador estatal, supone incluir en la normativa básica ciertos requisitos que deben cumplir las descatalogaciones, independientemente del instrumento jurídico formal utilizado para ello, so pena de inconstitucionalidad por contravención de las bases sobre protección del medio ambiente. En este sentido, como señalábamos supra, a día de hoy, la Ley 42/2007 es categórica al afirmar que sólo podrá alterarse la delimitación de espacios naturales protegidos o de la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. En el caso de alteraciones en las delimitaciones de espacios protegidos Red Natura 2000, los cambios debidos a la evolución natural deberán aparecer debidamente reflejados en los resultados del seguimiento previsto en el art. 47 (art. 51.1). La descatalogación se supedita a la concurrencia de cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada, quedando excluidos los supuestos de daños intencionados, incluidos incendios forestales. Asimismo, se establecen un requisito formal, en la medida en que toda alteración de la delimitación de áreas protegidas deberá someterse a información pública, que en el caso de los espacios protegidos Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal desclasificación (art. 51.2 LPNB) (62). Ahora bien, se ha de destacar que la contravención de esta norma básica por parte de las Comunidades Autónomas, o incluso por parte del Estado a través de una norma singular, será controlada por el Tribunal Constitucional o por la Jurisdicción contencioso-administrativa, según el vehículo formal que adopte la decisión desclasificadora y, como advierte LÓPEZ RAMÓN, adicionalmente por las instituciones europeas, cuando ello suponga la contravención de la Directiva Habitat (63).

---

(62) Un análisis del régimen de las desclasificaciones de espacios naturales en la legislación básica puede consultarse en LÓPEZ RAMÓN, F., *El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos ... cit.*, pp. 24 y 25.

(63) LÓPEZ RAMÓN, *Ibidem*, p. 5.

## 2. El control de la desclasificación de los bienes integrantes del patrimonio cultural: pérdida de valores, error y desviación de poder

La operación inversa a la declaración de bienes culturales no ha ocupado la atención por parte de la doctrina. Sin embargo, como se comprobará, la normativa autonómica, inspirada quizás en la experiencia en el ámbito de la protección de la naturaleza (64) así como en el Derecho comunitario, ha regulado más acertadamente estas situaciones, para evitar que queden reducidas, como lo ha sido en la práctica, a la materialización de decisiones de oportunidad difícilmente controlables e instrumentadas a través de Ley (65).

La normativa autonómica sobre patrimonio cultural desde el principio ha abordado la regulación de los procedimientos para dejar sin efecto o modificar

---

(64) En el ámbito de los espacios naturales, la desclasificación o descatalogación es una cuestión que ocupó poca atención por parte de la Ley 4/1989. En cambio, la normativa preconstitucional sobre espacios naturales, esto es, la Ley de espacios naturales protegidos de 1975 y su Reglamento de desarrollo (arts. 12 y 15, respectivamente) sí preveía expresamente la regulación del cese de la declaración en su art. 12, según el cual podría quedar sin efecto la declaración siempre que mediara causa justificada.

(65) El Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo establece en su art. 13.4 que *«No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice. Sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación. El cumplimiento de lo previsto en los párrafos anteriores no eximirá de las normas adicionales de protección que establezca la legislación aplicable»*.

Resulta interesante a este respecto las consideraciones vertidas por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo), en la reciente Sentencia de 10 de julio de 2012, *«Por otra parte, debemos destacar el intento del legislador estatal (artículo 13.4) de establecer una serie de exigencias a la normativa autonómica que pretenda una alteración de la delimitación de espacios naturales protegidos; alteraciones que quedarían limitadas a los supuestos de «cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada»*. Por último, *debemos hacer referencia (artículo 15) a la necesidad de evaluación ambiental, tanto en relación con planes y programas, como en relación con los proyectos, señalando el precepto que el Informe de Sostenibilidad Ambiental (ISA) de los instrumentos de ordenación deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación. ISA, hoy, regulado en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que, en su Exposición de Motivos describe el citado Informe como el «instrumento a través del cual se identificarán, describirán y evaluarán los probables efectos significativos sobre el medio ambiente que puedan derivarse de la aplicación del plan o programa, así como las alternativas razonables, incluida entre otras la alternativa cero, que podrían suponer la no realización de dicho plan o programa»*.

la declaración de bienes culturales. Y, además, ha predeterminado el vehículo formal de declaración de los mismos, aunque ciertamente con escasa fuerza vinculante, en la medida en que se corre el riesgo de que el legislador posterior desatienda, como ha tenido lugar en sede de espacios naturales (66), dicha prescripción.

A día de hoy, el art. 21 de la Ley 4/2007, de Patrimonio Cultural de la Región de Murcia, acogiendo las críticas doctrinales vertidas en relación con el silencio de la anterior normativa en materia de espacios naturales, sí regula expresamente el procedimiento administrativo para modificar o dejar sin efecto la declaración de un bien cultural con las mismas garantías que para la declaración, estableciendo expresamente, y en relación con los BIC, que *la declaración de un bien de interés cultural sólo podrá dejarse sin efecto o ser modificada por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y siguiendo los mismos trámites y requisitos establecidos en la presente Ley para su declaración*, sin que puedan invocarse como causas para dejar sin efecto la declaración de un bien de interés cultural las que se deriven del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la misma (art. 21). En consonancia con ello, es necesario cumplir con los trámites preceptivos contemplados por la norma con ocasión de la regulación del procedimiento de declaración de bienes de valor cultural, esto es, el trámite de audiencia a los interesados, en su caso audiencia al Ayuntamiento afectado, e información pública (art. 16). Asimismo, y también en relación con los bienes de interés cultural, será necesario que conste un informe de una de las instituciones consultivas a que se refiere el art. 7 de la Ley, favorable en este caso a la desprotección. De igual modo, aunque a veces exigiendo más de un informe de las instituciones consultivas, operan la Ley catalana (art. 14), la Ley vasca (art. 15), Ley valenciana (art 30), las Ley gallega (art. 16), la Ley castellano-leonesa (art. 16), La Ley asturiana (art 21), la Ley cántabra (art. 21), la Ley navarra (art. 23), la Ley extremeña (art. 11), la Ley castellano-manchega (art. 6) y la Ley balear (art. 10).

Determinemos entonces hasta dónde llega la discrecionalidad de la Administración a la hora de desproteger un bien cultural sobre el que años antes se ha desplegado la actividad administrativa dirigida a su protección. Cuando se trata de la reconsideración de los actos administrativos de declaración de bienes de interés cultural, como es sabido, ésta puede tener lugar a través de las fórmulas generales de revisión de los actos administrativos, incluida la revisión de oficio por motivos de legalidad (ex art. 62 LRJPAC), procedimiento en el que habría que estar a lo dispuesto en el art. 105 de la LRJPAC y en el que resulta

---

(66) Recuérdese, por ejemplo, la desclasificación y clasificación *ex novo* de ciertos espacios naturales a través de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley 1/2001 de Suelo de la Región de Murcia, declarada recientemente inconstitucional por STC 234/2012. Sobre este extremo, cfr. SORO MATEO, B., «Aspectos jurídicos de los espacios naturales de la Región de Murcia en el Siglo XXI», *RADA*, núm. 23, 2012, pp. 383.



preceptivo el informe del Consejo consultivo correspondiente. Ahora bien, también es posible reconsiderar estos actos administrativos de declaración de bienes culturales a través de un procedimiento *ad hoc* que de ordinario contemplan, como ya hemos notado, las normas autonómicas de patrimonio cultural, que se enderezan al control del ejercicio de la discrecionalidad técnica materializada en la declaración (67).

Debe quedar claro, a renglón seguido, que ni en el primer caso —revisión de oficio— ni en el segundo —procedimiento para dejar sin efecto la declaración de un bien cultural— cabe esgrimir razones de oportunidad. Así, en hipotético caso de que la Administración decidiera reconsiderar el contenido del acto de declaración de un bien cultural, a través del pertinente procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos, sólo sería posible argüir motivos de legalidad, como puede ser el error en la apreciación del interés cultural del bien (68). Y, por el contrario, en el supuesto de que la Administración decidiera iniciar el procedimiento para dejar sin efecto la declaración de un bien de interés cultural contemplado en las normas autonómicas, la Administración no podría legítimamente esgrimir razones de oportunidad ni de legalidad, sino sólo aquellos que justifiquen la pérdida de valores que motivaron su protección conforme a la categoría correspondiente (69).

Los problemas surgen cuando la Administración no pondera adecuadamente las circunstancias culturales del bien en cuestión y, transcurrido más o menos tiempo desde su declaración como bien de interés cultural, insiste en que el bien en cuestión debe quedar desprotegido. Estas iniciativas desprotectoras llaman la atención, aún más, cuando el bien de que se trata no ha sufrido ninguna transformación, es decir, cuando sus valores, aquéllos que motivaron su protección, siguen intactos. ¿Cómo puede justificarse jurídicamente entonces este cambio de criterio en la apreciación del interés cultural de un bien? ¿Nos encontramos ante un supuesto de arbitrariedad de los poderes públicos?

Pues bien, estas situaciones no hacen sino poner en evidencia que, o bien la declaración como bien cultural fue equivocada, supuesto en el cual debería procederse a su revisión de oficio, o bien es equivocada la desclasificación que se pretende ahora, por estar basada en motivos de oportunidad o de capricho de la Administración. Y ello porque sobre un mismo bien no pueden hacerse valoraciones o ponderaciones dispares sin que hayan acaecido cambios evidentes en el bien.

---

(67) Así tiene lugar a través del art. 21 de la Ley murciana 4/2007.

(68) En este sentido, la STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Cataluña, de 25 de enero de 2002, considera que si permanecen los valores arquitectónicos que justificaron su protección, no puede desclasificarse el bien incluso aunque se haya producido un error de hecho de la apreciación de los motivos que justificaron en su día la catalogación.

(69) En este sentido, *vid.* arts. 21 y 7.2 de la Ley 4/2007, de Patrimonio cultural de la Región de Murcia.

Para resolver la cuestión pueden traerse a colación diversas Sentencias de nuestro Alto Tribunal, que vienen a sostener que en estos casos es necesario acreditar que han desaparecido las circunstancias y condiciones que dieron lugar en su día a la clasificación como bien de interés cultural. Así lo entiende, en un supuesto similar al que abordamos, la STS de 17 de febrero de 2003. Afirma el TS que

*«las potestades urbanísticas se han actuado no para adecuar los terrenos litigiosos a su verdadera naturaleza sino para posibilitar una actividad y una construcción que era imposible en ellos.*

*Desde esta perspectiva, es evidente que la Sala de instancia no ha infringido la doctrina sobre la discrecionalidad del autor del planeamiento, pues en la modificación del suelo ‘no urbanizable especialmente protegido’ el autor del planeamiento no dispone de una plena discrecionalidad, no siendo posible el cambio de clasificación del suelo cuando no concurren las circunstancias físicas que lo hacen posible. Mientras no se acredite que se han perdido los valores agrícolas, forestales, ambientales, o, de otro tipo que justificaron la adscripción original el cambio no es posible. Estas modificaciones, y como se ha dicho, no han resultado acreditadas en este recurso.*

*Del mismo modo, el ius variandi del autor del planeamiento tiene el límite que supone los valores agrícolas, forestales, y ambientales, cuya existencia y permanencia adscriben de modo ineludible un determinado suelo a la categoría de no urbanizable especialmente protegido.*

*De la misma manera que no hay ius variandi en el suelo urbano (a los efectos de clasificación del suelo, no de su calificación), tampoco hay ius variandi cuando del suelo especialmente protegido se trata, a menos que se produzca la pérdida de los valores que en su día justificaron la clasificación, lo que no ha sucedido en este recurso» (70).*

Queda claro, pues, que entre tanto no se acredite la desaparición de los valores culturales, no es posible la desclasificación, pues dichos valores suponen un límite a la discrecionalidad técnica, cuya existencia y permanencia adscriben de modo ineludible un determinado bien a la categoría de bien protegido por sus valores culturales, no siendo válidos argumentos de oportunidad —mejora de la calidad de vida de los habitantes, previsiones de desarrollo, necesidad de suelo para desarrollos urbanísticos (STS de 3 de julio de 2007)— (71).

La importante STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de abril de 2010, para evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad

---

(70) En el mismo sentido que la anterior, las SsTS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 25 de octubre de 2006 y de 3 de julio de 2007.

(71) Sobre las limitaciones a la reclasificación urbanística, *vid.* AGUDO GONZÁLEZ, J., Mecanismos jurídicos para la limitación del suelo. Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente, núm. 258, 2010, GONZÁLEZ VARAS, S., «Garantías jurídicas frente a las clasificaciones, calificaciones y desclasificaciones del suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 213, 2004. JORDANO FRAGA da cuenta de la vinculación del planificador en la revisión por la clasificación previa del suelo en JORDANO FRAGA, J., *La reclasificación del suelo...* cit., págs.315-338.

en este ámbito, extiende la revisión de la actuación administrativa consistente en la degradación de la protección de un bien de interés cultural a la verificación de los hechos, a la coherencia lógica con aquellos y a la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto. Entiende el Tribunal que no quedan demostradas las razones de interés cultural y artístico que hayan justificado la degradación de la protección de un bien cultural, no bastando las razones de oportunidad, so pena de arbitrariedad, en la medida en que *la preservación del patrimonio artístico y cultural español no puede quedar a merced de cualquier contingencia*.

La Administración consideró necesario proteger un bien que ahora desprotege y no debe, por no disponer de una potestad meramente discrecional sino reglada, desprotegerlo sin más, por la constancia de intereses privados o de la opinión de una institución consultiva distinta a la que emitió el informe tenido en cuenta para la protección, debiendo justificar que aquella desprotección no conculca las normas jurídicas que rigen la clasificación de los bienes de interés cultural.

La lógica, la coherencia, la racionalidad y la congruencia han sido criterios tenidos en cuenta por nuestros Tribunales a la hora de enjuiciar la conformidad a derecho de reclasificaciones urbanísticas desde hace años (72), sin que quepa invocar discriminación o infracción del principio de igualdad derivadas de las vinculaciones singulares que pueda conllevar la catalogación de edificios merecedores de protección por su valor histórico, cultural y arquitectónico (73). Así, ni la clasificación ni la desclasificación de bienes culturales puede ser no motivada, arbitraria o carente de lógica (74). Y sólo la constancia de datos científicamente demostrados que acrediten la pérdida de valores culturales permitiría operar la desprotección de un bien cultural que, en principio, se presume acertada. Sin embargo, si se pudiera demostrar el error en el ejercicio de la potestad de declarar, por haberse basado en informes que, contrastados después, desvirtuarían la categoría del bien, entonces la Administración cultural debería iniciar el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, sin bastar, a nuestro juicio, para probar dicho error, el mero informe de una institución consultiva. Esto es, en este caso, los Tribunales deberían ser más cautelosos a la hora de valorar la prueba.

---

(72) Vid., SsTS de 22 de mayo de 1990, de 21 de enero de 1997, de 4 de septiembre de 2006, de 23 de diciembre de 2008, de 28 de octubre de 2009, de 5 de enero de 2010. Asimismo, resultan ilustrativas la reciente STSJ de Extremadura, de 19 de mayo de 2011 y la SAP de las Palmas, de 26 de marzo de 2012, que aprecia prevaricación en funcionario que interviene en la declaración de un bien cultural y autoriza años después una intervención contraria a su régimen de protección.

(73) STS de 4 de septiembre de 2006 (f. j. 6)

(74) Vid. STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Galicia, de 1 de diciembre de 2011, STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Murcia, de 1 de julio de 2011, STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Madrid, de 21 de mayo de 2010.

Una desclasificación en la que se tuviera en cuenta un informe en sentido desfavorable a la desprotección emitido por otra de las instituciones consultivas distinta de la autora del informe en que la Administración cultural se apoyó para operar la declaración del bien cultural constituye un proceder de la Administración en fraude de ley.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABAD LICERAS J.M.: «*La problemática del ejercicio de la acción pública en defensa del patrimonio histórico: el ejemplo de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio cultural valenciano*», Universidad Valenciana, núm. 4, 2000.
- AGUDO GONZÁLEZ, J.: Mecanismos jurídicos para la limitación del suelo. *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 258, 2010, pp. 71-112.
- ALEGRE AVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ed. Ministerio de Cultura, Tomo II, 1994.
- ÁLVAREZ CABALLERIZO, C.: Algunos principio del derecho ambiental y la STSJ (Sala de lo contencioso-administrativo) del País Vasco, de 17 de octubre de 2011, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, Vol II, núm. 2, 2011, págs.1-16.
- BALLARÍN IRIBARREN, J.: «Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 3, 1999, pp. 217-248.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «La intervención en los bienes del patrimonio histórico. La interpretación del art. 39.2 de la Ley de Patrimonio Histórico español por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del proyecto de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, pp. 313-324.
- BETANCOR RODRÍGUEZ A.: *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001.
- CARRASCO I NUALART, R.: «Competencia en materia de cultura», *Revista catalana de dret públic*, número extraordinario 1, 2010 (Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), pp. 322-327.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: «Potestad administrativa», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994.
- CIERCO SEIRA, C.: «El principio de precaución» en Juan de Dios Ruano Gómez (ed.): *Riesgos Colectivos y situaciones de crisis: el desafío de las incertidumbres*, Servicio de Publicaciones de la Universidad da Coruña, A Coruña, 2005, pp. 17-63.
- La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver en el procedimiento administrativo, *REDA* núm. 145, 2010, pp. 163-198.
  - «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», en esta REVISTA, núm. 21, 2002, pp. 233-279.

- El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español, *RAP* núm. 163, 2004, pp. 73-125.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y SORO MATEO, B.: *La articulación del ordenamiento ambiental en el Estado autonómico*, Atelier, Barcelona, 2001.
- GARCÍA URETA, A.: *Espacios naturales Protegidos*, IVAP, Oñati, 1999.
- *Derecho Europeo de la Biodiversidad*, Gómez Acebo y Pombo-lustel, 2010.
- «Urbanismo y Red Natura 2000. Ley 8/2007 y alteración de zonas protegidas», *RVAP*, núm. 78, 2007, pp. 113-152.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R.: *Curso de derecho Administrativo*, vol. I., Civitas, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O.: «El control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa», *Actualidad Administrativa*, núm. 21-22/2011, pp. 2681-2699.
- GONZÁLEZ VARAS, S.: «Garantías jurídicas frente a las clasificaciones, calificaciones y desclasificaciones del suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 213, 2004, pp. 101-132.
- HERRERO PRIETO, L.C., BEDATE CENTENO, A.M. y SANZ LARA, J.A.: «Valoración económica de bienes públicos en relación al patrimonio cultural de Castilla y León. Propuesta metodológica y aplicación empírica», *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*, núm. 6, 2003.
- JORDANO FRAGA, J.: *La reclasificación del suelo no urbanizable*, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, núm. 21, 2009.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La Ley valenciana de patrimonio cultural: Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico-artístico, normas reguladoras del patrimonio cultural valenciano*, Tirant lo Blanch, 1999.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *La Conservación de la Naturaleza: los Espacios Naturales Protegidos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980.
- Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la Conservación de la biodiversidad, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- «Introducción general: regresiones del derecho ambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011.
- «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el derecho español», *RADA*, núm. 20, 2011, pp. 13-27.
- PEÑA, M.: «El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense», en <http://es.scribd.com/doc/78280655/Principio-de-No-Regresion-a-La-Luz-de-La-Jurisprudencia-Constitucional-Costarriense-2011> (fecha última consulta 18 de marzo de 2013).
- REVUELTA PÉREZ, I.: «Las zepas: discrecionalidad de la Administración y alcance de los inventarios birdlife», *REDA* núm. 149, 2011, pp. 199-229.

- SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, L.J. «Una palabra más sobre el Teatro romano de Sagunto: los límites de la discrecionalidad técnica en la intervención sobre bienes culturales», *Revista de la Facultad de Derecho de Universidad de Granada*, núm. 10, 2007, pp. 351-413.
- SANZ LARA, J.A.: Valoración de bienes públicos relativos al patrimonio cultural. Aplicación comparada de métodos de estimación y análisis de segmentación de la demanda», *Hacienda Pública española*, núm. 178, 2006, pp. 113-133.
- SORO MATEO, B.: *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio Ambiente, 2005.
- «Omisiones de la Administración en sede de espacios naturales», *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 249, 2009, pp. 173-208.
  - «Aspectos jurídicos de los espacios naturales de la Región de Murcia en el Siglo XXI», *RADA*, núm 23, 2012.

# **LAS OPORTUNIDADES DE LA CRISIS ECONÓMICA EN EL DERECHO AMBIENTAL. EN CONCRETO, EL FONDO DE CARBONO<sup>(\*)</sup>**

MIREN SARASÍBAR IRIARTE

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. LA FUNCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN LA CRISIS ECONÓMICA.– III. TEORÍA ECONÓMICA Y MEDIO AMBIENTE.– IV. CRISIS ECONÓMICA Y SU RELACIÓN CON EL MEDIO AMBIENTE.– V. ¿PUEDEN EXISTIR EFECTOS POSITIVOS DE LA CRISIS ECONÓMICA?: 1. El ambiente natural como beneficiado de la crisis. 2. Algunas medidas anticrisis que favorecen el ambiente natural: A) Sector energético. B) Sector de los transportes.– VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA POLÍTICA AMBIENTAL: LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.– VII. EL FONDO DE CARBONO: UNA MEDIDA PARA CONSEGUIR UNA ECONOMÍA SOSTENIBLE EN EL ÁMBITO DEL CAMBIO CLIMÁTICO: 1. Ámbito jurídico. 2. Tipos de Fondos: A) Fondos multidonante (creados con aportaciones de varios países). B) Fondos españoles.– VIII. CONCLUSIÓN FINAL.

**RESUMEN:** Este estudio versa sobre las afecciones de la crisis económica en el Derecho Ambiental. Por un lado, se estudian las medidas anticrisis dirigidas al ahorro económico que pueden beneficiar al medio ambiente, como por ejemplo, el sector de los transportes. Y por otro lado, se analiza la Ley de Economía Sostenible y el Fondo de Carbono como medio para conseguir una economía sostenible en el ámbito del cambio climático.

**Palabras clave:** crisis económica; medio ambiente; economía sostenible; cambio climático; Fondo de Carbono.

**ABSTRACT:** *This study is about the repercussions of the economic crisis in the Environmental Law. First of all, the study analyses the measures against the crisis to achieve the economic saving that can benefit the environment, as for example, the transport sector. And secondly, the study analyses the Law of Sustainable Economy and the Carbon Fund as a resource to achieve a sustainable economy in the climate change field.*

**Key words:** *economic crisis; environment; sustainable economy; climate change; Carbon Fund.*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 4 de febrero de 2013 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de marzo de 2013.

## I. INTRODUCCIÓN

Comenzar este artículo diciendo que la situación por la que atraviesa España es muy grave y que el contexto actual está caracterizado por una gran crisis económica no es nada nuevo que el lector no conozca (1). ¿Cómo se ha llegado a esta situación? ¿Cuáles han sido las causas de tan tremenda situación? ¿Cuáles deben ser las alternativas que se deben adoptar para solucionar esta crisis? Podría continuar con un sinnúmero de preguntas a las que cuesta dar solución.

Parece que la desigualdad se ofrece como el principal causante de las crisis económicas. Hace ya unos años que el sistema económico internacional entró en una fase de desaceleración. En un principio todo parecía apuntar al *shock* bursátil más severo desde la Gran Depresión como principal responsable de la situación que se avecinaba.

El epicentro de la recesión se localizó en EE.UU. en 2006, pero sus efectos se fueron extendiendo al resto de las economías del mundo, poniendo en riesgo a la totalidad del entramado financiero internacional. Pese a que la Globalización parece sugerir un fenómeno novedoso, la realidad demuestra que no se ha conseguido todavía si se analiza la evolución del capitalismo en perspectiva histórica. La globalización como tal, no ha variado, lo que sí lo ha hecho, es el sistema económico y social en el que ha tenido lugar. Por tanto, cada proceso globalizador ha estado directamente supeditado a la lógica del sistema en el que se encontraba inmerso, el cual ha condicionado tanto su interacción como sus efectos (2).

El panorama económico actual resulta desolador, sólo basta ojear las noticias que dan los medios de comunicación para advertir que nuestra economía está atravesando momentos muy complicados a los que resulta difícil hacer frente.

La crisis sigue yendo más deprisa que las decisiones políticas. Por otra parte, con una crisis tan complicada que resulta de difícil comprensión incluso para los economistas financieros, se le añaden ingredientes políticos, con lo cual el resultado es una gran desconfianza política por parte de la sociedad.

Ahora estamos en un ciclo descendente mundial. El gasto público está para atender las necesidades sociales y para incrementar la productividad, aumentando la inversión en infraestructuras y educación. Pero no se puede sobrepasar un cierto nivel de déficit público, porque la desconfianza de todo el mundo, en un planeta globalizado, es catastrófica para la actividad nacional.

---

(1) Este estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación «Cambio climático y energías renovables: hacia un nuevo marco de regulación» (DER2010-18677) concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

(2) GARCÍA QUERO, F. J., «Aproximación crítica a la crisis económica mundial: Sistema capitalista, política monetaria y globalización financiera», *Pecunia*, 10, 2010, pp. 75-94.



Esta crisis es compleja y las soluciones propuestas caminan con retraso respecto de su dinámica. Los diferentes bancos centrales tendrán que seguir suministrando la liquidez necesaria para evitar el colapso del sistema financiero, el cual habrá de recapitalizarse vía una mayor ayuda pública, al igual que habrán de proseguir con su inyección directa de capital y operaciones de descuento directo de papel comercial. Habrán de dotar a la economía de aquellos mecanismos que aseguren la provisión de los medios de pago y crédito.

## **II. LA FUNCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN LA CRISIS ECONÓMICA**

Esta visión tan pesimista de la realidad económica actual puede proceder de la sociedad en general pero no debe ser excusa para los poderes públicos. Es decir, el poder público no se puede amparar en lo desastrosa que es una situación concreta para evadir respuestas ni, desde luego, responsabilidades. La Administración pública debe encontrar las maneras para mejorar nuestro sistema económico y, de esa forma, poder salir de la crisis actual. La Administración debe establecer las pautas de actuación de forma clara para que los operadores jurídicos las conozcan previamente al ejercicio de cualquier medida que lleven a cabo y también debe adoptar las medidas correctoras para aminorar y, si es posible, eliminar los problemas que vayan surgiendo.

Esto no es tarea fácil y de hecho la realidad es buena prueba de ello, ya que si fuera sencillo crear y aplicar este tipo de medidas, en el momento actual no estaríamos hablando de crisis económica. Por ello, afirmar que es grande la responsabilidad de los que tienen que pensar qué es lo que se debe hacer en este contexto es, desde todos los puntos de vista, un ejercicio de honestidad.

La tendencia actual por parte del poder público es buscar instrumentos nuevos que satisfagan las demandas de la sociedad entre las que se encuentra como una de las más importantes la solución a la crisis económica, propiciado en buena medida por el fenómeno de la globalización como anteriormente se ha mencionado.

Al referirnos a una crisis económica que ha marcado notablemente a lo largo de la historia, nos viene a la memoria indudablemente la crisis económica de 1929, tras el crack bursátil acaecido. Fue como consecuencia de la misma, cuando surgieron dos corrientes de pensamiento fundamentalmente. Una que se inclinaba por la inacción o abstencionismo del Estado en materia económica y otra, que defiende que para salir de esa crisis y no volver a esa misma situación caótica, el Estado debe aumentar su intervención en materia económica ya que el mercado, analizado bajo ese prisma, ha resultado ineficaz. Con el paso de los años, ha quedado evidenciado que ambas posturas no han servido para solucionar absolutamente una crisis económica. Y por ello, se ha apostado por otra tercera vía de solución que es la de la regulación.

El concepto de regulación no resulta tan intenso como el de intervención por parte del poder público. Se refiere al conjunto de medidas económicas y jurídicas que los poderes públicos de forma aislada o coordinada adoptan para asegurar el correcto funcionamiento de los mercados sin que haya intervención directa por parte de la Administración. De esta forma, el Gobierno a través de las entidades instrumentales procede a la regulación de un sector económico concreto pero sin que haya intervención directa ni posición privilegiada respecto de la iniciativa privada. Con estos organismos, se consigue una huida del Derecho Administrativo que siempre supone la existencia de formalismos y rigideces procedimentales y, al mismo tiempo, se evita la influencia política de los gobiernos.

Sin embargo, esta tercera vía de solución, la de la regulación, tampoco ha ofrecido unos instrumentos o medidas que orienten al mercado hacia un óptimo desarrollando para que no se produzcan situaciones de crisis como la actual. Por la magnitud del panorama actual, es casi imposible pensar en una solución que aplicada en cada sector mejorase la situación presente. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, si nos fijamos en la función clásica que desarrolló, es decir, la actividad de ordenación o de policía, parece que cuesta situar a la Administración pública como un agente económico más que participe en el mercado con sujeción a las mismas reglas de mercado aplicables al sector privado.

Sin embargo, el devenir de los hechos ha obligado a que la Administración se adapte a las nuevas realidades. Es más, se ha evolucionado también respecto a que antes se consideraba que la Administración estaba legitimada a intervenir en un sector siempre que se demuestre que el mercado no era operativo o porque se consideraba que si la Administración era la titular respecto de un sector concreto, el servicio se gestionaba de una forma más eficiente.

Ahora ya, la Administración y las empresas privadas intervienen de forma conjunta y coordinada en la regulación de un sector económico concreto estando los dos en igualdad de condiciones y sometidos a las mismas reglas de funcionamiento, de tal forma que la Administración funciona como una empresa más (3). Las distintas reuniones que se han ido celebrando han ido lanzando ideas acerca de las posibles medidas que se deben adoptar ya que las consecuencias están siendo tremendas y, a día de hoy, nadie se atreve a predecir cuándo va a finalizar esta crisis económica. Se trata de una crisis global, hecho que ya es indicativo de la magnitud de la misma simplemente por la afección cuantitativa que está teniendo.

---

(3) En la Cumbre de Washington entre otras cosas, también se hizo referencia a la regulación. Se decía: «Mejora de la regulación: nos comprometemos a fortalecer y examinar prudentemente nuestros regímenes regulatorios según convenga. Ejercitaremos una fuerte vigilancia sobre las agencias de crédito, con el desarrollo de un código de conducta internacional. También haremos regímenes regulatorios más efectivos a lo largo del ciclo económico, mientras que nos aseguramos de que la regulación es eficiente, sin ahogar la innovación, y anima el crecimiento del comercio de productos financieros y servicios. Nos comprometemos a evaluar de forma transparente nuestros sistemas regulatorios nacionales».

El Neoliberalismo alemán, destacando la figura de Walter Eucken, defiende que el Estado se haga responsable de la tarea de dar un marco regulatorio para la libertad económica. Su teoría considera al Estado como un ente que debe colaborar a la formación de un orden económico en vez de dirigir procesos económicos.

Según esta corriente, el Estado en una economía de mercado debe adoptar una serie de funciones. «En primer lugar, el fomentar la competencia empresarial, porque la tendencia es llegar a acuerdos entre sí a costa de los consumidores. En segundo lugar, invertir en lo relacionado con los valores de la persona humana, concretamente en el mercado de trabajo, o bien relacionado con la vivienda, el urbanismo, y el paisaje urbano y rural. El tercer motivo de intervención era el mercado agrícola, porque su curva rígida de demanda origina que una buena cosecha signifique, paradójicamente, la ruina de todo el sector. El cuarto era la industria de armamentos. Y el quinto, el ámbito financiero, un sector basado en la confianza. Por eso, si se engendra una crisis surgen de inmediato situaciones de pánico incompatibles con el buen funcionamiento de la economía. De ahí lo ineludible del control de sus transparencia y seriedad» (4).

También sería conveniente apelar a las políticas de estímulo fiscal y presupuestario. Sin embargo, puede que mayores transferencias a los hogares podrían alimentar una mayor propensión al ahorro en un contexto de fuerte desaceleración de los precios. Así, el gasto público tendría que centrarse en las infraestructuras socioeconómicas y tecnológicas, medioambiente, gastos de I+D+I y, en definitiva, en todas aquellas partidas susceptibles de incidir positivamente a largo plazo en la productividad del trabajo. Se trata de medidas ineludibles para contrarrestar la destrucción de empleo (5).

### III. TEORÍA ECONÓMICA Y MEDIO AMBIENTE

Desde el punto de vista de los economistas, la naturaleza está contemplada como un elemento que debe ser expulsado de la economía porque consideran que debe ser así para respetar el dogma de la armonía natural de los intereses (6).

---

(4) VELARDE FUERTES, J., «La gestión de la crisis económica», *Temas para el debate*, 168, 2008, p. 57.

(5) Véase a RODRÍGUEZ ORTIZ, F., *Europa: entre la integración monetaria y la crisis económica mundial*, Libros de La Catarata, Madrid, 2004; «La gobernanza económica: una necesidad para el crecimiento y la profundización de la integración europea», *Revista de Economía Mundial*, 18, 2008, pp. 437-450; *Incertidumbres económicas mundiales y gobernanza económica europea*, Libros de La Catarata, Madrid, 2008 y «Crisis económica global y nuevos paradigmas económicos», *Revista de Economía Mundial*, 26, 2010, pp. 177-201.

(6) LATOUCHE, S., «La mundialización de la economía y sus efectos sobre el medio ambiente», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 32, 1995, pp. 17-32.

A esta conclusión llegan los economistas porque consideran que «las riquezas naturales son inagotables porque si no fuese así no las obtendríamos gratuitamente. No pudiendo ser ni multiplicadas ni agotadas, no son objeto de la ciencia económica» (7). Por ello, según esta teoría, mantienen que los recursos naturales son recursos ilimitados y que, en consecuencia, no son bienes económicos.

En la misma línea, Solow afirma que «es muy fácil sustituir los recursos naturales por otros factores. En realidad no hay en principio problema alguno para ello. El mundo, puede, en efecto, continuar sin recursos naturales: así, el agotamiento de aquéllos es simplemente una peripecia no una catástrofe» (8).

Los modelos económicos ignoran la entropía, es decir, la degradación de las formas de energía y de la materia por lo que las medidas contempladas desde el Derecho Ambiental no son tomadas en consideración y la consecuencia es el despilfarro de los recursos naturales.

La búsqueda de la armonía de los intereses también tiene sentido si se considera la naturaleza como enemigo del ser humano. Descartes en su *Discurso del método* sitúa al hombre como dueño de la naturaleza. En esta misma línea, Ferry expone que la esencia de la modernidad, desde Descartes, no es otra sino la de la *Ratio* que se puede definir como «razón instrumental del capitalismo que busca sólo la rentabilidad económica, o (versión heideggeriana) como «mundo de la técnica» que consagra la actividad de los hombres a la dominación de la tierra» (9).

Sin embargo, este poder que tiene el hombre de hacer y deshacer lo que quiera con la naturaleza tampoco parece que sea la solución tal como expone Lévi-Strauss. Establece que «se comenzó por coartar al hombre de la naturaleza, y por constituirlo en un reino soberano; se creyó, así, borrar su más irrecusable carácter: a saber, que es un ser viviente. Y permaneciendo por ello ciego a esta propiedad común, se ha dado campo libre a todos los abusos... Arrogándose el derecho de separar radicalmente la humanidad de la animalidad, otorgando a una todo lo que le retiraba a la otra, el hombre occidental abrió un ciclo maldito. La misma frontera, constantemente retrasada, ha servido para separar unos hombres de otros hombres, y para reivindicar, en beneficio de minorías siempre más limitadas, el privilegio de un humanismo corrompido, tan pronto como nació, por haber tomado prestado al amor propio su principio» (10).

Este punto de vista no es compartido por otros profesionales, entre los que se encuentran, los ambientalistas, como es lógico. Desde el prisma del Derecho

---

(7) SAY, J., «Cours d'économie politique», citado por René Passet en «Une économie respectueuse de la biosphère», *Le Monde diplomatique*, mayo 1990.

(8) SOLOW, R. M., «The Economic of Resources or the Resources of Economics», *The American Economic Review*, 64, 1974, pp. 1-14.

(9) FERRY, L., «Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'homme» Grasset, *Livre de poche*, 1992, pp.93-94.

(10) LEVI-STRAUSS, C., *Antropologie structurale*, 1973, p. 53.

Ambiental, los elementos naturales son limitados si no procedemos a una adecuada política ambiental que proceda a preservarlos y protegerlos porque si no, un mal uso o un uso abusivo de los mismos, puede traer, como consecuencia, un perjuicio irreparable o incluso su desaparición.

Es cierto que la exigencia de un ambiente adecuado crece con el nivel de vida. Por ello, en los países subdesarrollados es más urgente combatir el hambre que sufren y no tanto preocuparse por vivir en un ambiente contaminado. Por ello, en estas circunstancias la economía es la que impone su ley.

La parte esencial del medio ambiente se sitúa fuera de la esfera de los intercambios mercantiles ya que el mercado puede provocar efectos desastrosos sobre el ambiente. Para que éste pueda ser incluido en la racionalidad de la economía, es necesario atribuirle un precio o coste externo. Sin embargo, además de que esto no es suficiente, no es el camino deseable ya que atribuir un coste a un elemento ambiental cuando éste ha sido lesionado para que se proceda a su reparación, pueda conllevar a que esos daños sean difícilmente reparables. Por ello, en el Derecho ambiental el concepto de la prevención adquiere tanta importancia y hay que idear las formas para evitar que el ambiente natural se lesione por la actuación humana.

Como expone Latouche (11), la integración en la economía de los elementos naturales contabilizados artificialmente no modifica la naturaleza de la economía de mercado ni la lógica de la modernidad.

El Profesor Martín Mateo explica que el ecosistema se ha visto afectado en gran medida por el sistema de producción moderno ya que no se ha tenido en consideración su compatibilidad con el medio ambiente ni la necesidad de realizar un uso eficiente de los recursos (12). De la misma manera, critica el mercado que se ha creado en relación con la energía y afirma que «el hecho de que la luz del sol no se pueda comprar, vender o poseer, ni tenga un valor inherente, lo que se contrapone a la tiranía económica impuesta por la producción centralizada de energía, constituyendo así no sólo un medio para poner fin a los incrementos de precio y la dependencia de las fuentes no renovables, sino también una vía para evitar los múltiples peligros que corre la humanidad, y por medio de ella, su ambiente que es la Tierra y la vida que está habitada» (13).

Por ello, para el autor, maestro ambientalista, sólo puede salvar a la Humanidad una nueva ética ecológica. NAESS igualmente mantiene una visión crítica al respecto ya que según él existe un «aumento exponencial, parcial o totalmente irreversible, del deterioro o devastación ambiental perpretados a través de formas

---

(11) LATOUCHE, S., «La mundialización de la economía y sus efectos sobre el medio ambiente», cit., p. 31.

(12) MARTÍN MATEO, R., «El medio ambiente y la crisis económica: consecuencias jurídicas», *Documentación Administrativa*, 190, 1981, p. 386.

(13) MARTÍN MATEO, R., «El medio ambiente y la crisis económica: consecuencias jurídicas», cit., p. 387.

firmemente establecidas de producción y consumo, así como una falta de políticas adecuadas en relación con el crecimiento de la población humana» (14).

#### IV. CRISIS ECONOMICA Y SU RELACION CON EL AMBIENTE

La crisis económica puede contribuir a abrir nuestras mentes a otras formas de vida que hasta ahora no se contemplaban o han sido minusvaloradas por adaptarnos a una sociedad industrializada dominada por la técnica y el consumo. Si no cambiamos el modelo económico, se puede producir la ecocatástrofe. Una crisis de las condiciones de vida en la Tierra es más grave si cabe que la crisis económica actual, porque sin vida no tiene ningún sentido plantearse nada más. Con lo cual, esa crisis puede ayudar a buscar nuevos criterios de progreso, eficiencia y acción racional. El progreso y la técnica no son incompatibles con el ambiente, hay que lograr la coexistencia de ambos elementos y sobre todo buscar el modo de controlar dicha técnica.

El binomio economía y ecología no deben contraponerse y ante una situación de crisis económica como la actual, se debe proceder a la búsqueda de soluciones en todos los ámbitos de la sociedad considerando asimismo el punto de vista ambiental, velando en todo momento por el bienestar y el interés general.

La inclusión del ingrediente ambiental en el ámbito de la economía se produjo con el Informe del Club de Roma sobre el crecimiento según el cual se decía que si el mundo occidental continuaba llevando el tren de vida tan despilfarrador, la mayoría de las reservas de materias primas se agotarían rápidamente.

Por ello, el actual modelo económico que se fundamenta en el crecimiento económico sin límites está obsoleto ya que hay que recordar que nuestros recursos son limitados. Los economistas animan a introducir la contabilidad ecológica para analizar y evaluar adecuadamente los impactos que generan determinadas actividades productivas.

Las políticas ambientales pueden convertirse en un camino apropiado para establecer las bases de nuestro sistema económico y al mismo tiempo esta época de crisis puede poner en práctica nuevas medidas hacia la sostenibilidad. Esta idea ya se recogió en el Informe del Club de Roma donde se establece que «las ideas de límite, sostenibilidad, suficiencia, equidad y eficiencia, no son ni barreras, obstáculos ni amenazas. Son guías hacia un mundo nuevo».

Se trata de apostar por la calidad frente a la cantidad y de diseñar un sistema productivo que respete los ciclos naturales de renovación de materiales y energía y tienda hacia el residuo cero. El economista STERN considera que la crisis económica puede propiciar momentos de transformación en diferentes ámbitos, siendo uno importante, el sector ambiental.

---

(14) NAESS, A., «La crisis del medio ambiente y el movimiento ecológico profundo», *Naturaleza y valor: una aproximación a la ética ambiental*, UNAM, México, 2004, p. 213.

## V. ¿PUEDEN EXISTIR EFECTOS POSITIVOS DE LA CRISIS ECONÓMICA?

### 1. El ambiente natural como beneficiado de la crisis

La crisis económica actual se caracteriza, en primer lugar, por una subida de precios fundamentalmente en alimentos y combustible. En segundo lugar, por una disminución de la confianza empresarial y unos tipos de interés elevados y, en tercer lugar, por la reducción de la demanda agregada, en especial, el consumo y la vivienda.

Cabe destacar que el principal efecto ante una crisis económica es la reducción lógica en el consumo. Es en este punto donde se puede atisbar un efecto positivo de la crisis económica y es respecto del ambiente natural. La Comisión Europea en junio de 2009 ya se pronunció al respecto: «la crisis brinda la oportunidad única para «ecologizar» nuestra economía y sentar las bases para un crecimiento con bajas emisiones de carbono y con poco consumo de recursos. Puesto que la recesión afecta a nuestras políticas, una política de medio ambiente más fuerte puede contribuir a la recuperación económica y a una competitividad duradera de la Unión Europea. El Plan Europeo de Recuperación Económica (15), adoptado por la Comisión en noviembre de 2008, incluye medidas y herramientas para aumentar la eficiencia energética, fomentar las ventas de productos ecológicos y desarrollar una infraestructura de TIC de banda ancha y una tecnología limpia para vehículos y la construcción» (16).

Si incrementa el precio de los combustibles se produce un estímulo para el ahorro y la eficiencia energética, así como un desarrollo de las energías renovables, puesto que mediante éstas no se produce tanto gasto ya que se obtiene energía de los recursos naturales sin necesidad de acudir a otros elementos externos.

Esta disminución de los consumos energéticos es una realidad aunque hay que advertir que el incremento de la renta per cápita y del PIB no tiene por qué suponer un aumento de los consumos de energía en general, sino que se debería optar por modelos energéticos sostenibles.

Si se atiende a los datos de emisiones de gases de efecto invernadero, hay que destacar que en España las emisiones han bajado progresivamente desde 2008 y se señala como causa la crisis económica y el aumento de las energías renovables (17). Por otro lado, también hay opiniones que declaran que en situaciones de crisis, la política ambiental no se considera que sea un ámbito de necesidad entendiendo que existen otros ámbitos que requieren la

---

(15) COM (2008) 800.

(16) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Revisión de la política de Medio Ambiente en 2008 [COM [2009] 304 final]. Véase también a EMBID IRUJO, A., *El derecho de la crisis económica*, ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009, p. 109.

(17) Lo mismo ocurre, por ejemplo, en Grecia y Portugal donde al igual que en España se mantiene la recesión económica.

adopción de medidas más urgentes. En consecuencia, la preocupación por la política ambiental podría quedar relegada a un segundo plano.

En esta variedad de opiniones (18), quiero hacer referencia, por ejemplo, a Arribas que expuso que «mientras el discurso marxista siempre ha considerado que el capitalismo es un sistema de crisis o enfermo desde su propia raíz, el pensamiento liberal-económico entiende la crisis como algo propio del sistema, cíclico y superable. Sea como sea, lo que sí está claro es que hemos llegado a un nivel insostenible en la explotación de los recursos y en la capacidad del planeta de prestar servicios ambientales» (19).

De igual forma, Jiménez Herrero añadió que «una economía que pretende crecer indefinidamente en un planeta de recursos limitados está abocada al colapso». Carpintero, experto en Bioeconomía declaró que «crisis económica, sí, pero también ecológica y social. Necesitamos acometer profundos cambios en los enfoques con que analizamos las relaciones entre la economía, la naturaleza y la sociedad, en el modelo de producción y consumo de la civilización industrial y en sus reglas de juego».

## **2. Algunas medidas anticrisis que favorecen al ambiente natural**

Mi intención en este apartado es la de exponer algunas medidas que se han llevado a cabo como consecuencia de la crisis económica y cómo tienen una repercusión positiva en el ambiente natural (20). Algunas están dirigidas a fomentar un comportamiento o actividad beneficiosa para el ambiente y otras están encaminadas a un ahorro de costes pero al mismo tiempo producen un beneficio ambiental aunque no sea ésta su finalidad primordial. Dos son los ámbitos más destacados:

### **A) Sector energético**

En este ámbito cabe mencionar que, en un primer momento, el Ministerio de Fomento lanzó ya en 2011 unas 100 medidas para ahorrar energía hasta 2020, las cuales iban a suponer un ahorro económico de más de 11.000 millones de euros y se evitarían la emisión de más de 36 millones de toneladas de gases de efecto invernadero. Se trata del Plan de Movilidad Urbana, el Plan de Eficiencia en el transporte ferroviario, el Plan Renove de neumáticos, la optimización de las rutas aéreas, el fomento del coche compartido, la reducción de los límites de velocidad, el fomento de los biocarburantes, rebaja de las tarifas de los trenes,

---

(18) VI Foro de Economía y Sostenibilidad de 2009.

(19) FERNANDO ARRIBAS (Profesor de Historia e Instituciones Económicas en la Universidad Rey Juan Carlos I), en el VI Foro de Economía y Sostenibilidad, mayo 2009.

(20) En este estudio sólo voy a hacer referencia a algunos ámbitos del Derecho Ambiental, en concreto, el sector energético, al del cambio climático y al de los transportes.



fomento del transporte público, fomento del coche eléctrico, eficiencia energética de los edificios públicos, Plan Renove de calderas, alumbrado público y campaña de sensibilización ciudadana.

Otro ejemplo es que la entidad Caja Laboral ha lanzado una línea de créditos verdes como apoyo a las iniciativas de sostenibilidad ecológica y ambiental. Se trata de créditos de hasta 30.000 euros para la adquisición de vehículos ecológicos, compra de electrodomésticos de bajo consumo y reformas del hogar dirigidas a mejorar su eficiencia energética.

Asimismo, El Banco Europeo de Inversiones y el IDAE han firmado un acuerdo de financiación de proyectos de eficiencia energética y uso de energías renovables, lo cual supone una novedad en la utilización de fondos estructurales de la Unión Europea.

La empresa Toshiba ha propuesto la implantación de tecnología LED frente a las lámparas de bajo consumo para reducir en un 80% la factura eléctrica de los ayuntamientos y asimismo evitar la emisión de 350.000 toneladas de CO<sub>2</sub>, ya que este tipo de bombillas consumen una décima parte que las bombillas tradicionales y tres veces menos que las de bajo consumo.

Es evidente que en época de crisis se debe proceder al aprovechamiento de los recursos que ya disponemos y un ejemplo de ello son las energías renovables (21). La Comunidad Foral de Navarra constituye un ejemplo a seguir en lo referente a su política energética. Con el III Plan Energético de Navarra se prevé aumentar un 63% la potencia de energías renovables disminuyendo así también la dependencia energética del exterior.

Las previsiones del Plan es que para el año 2020, la energía renovable supondrá un 31% del consumo total frente al 20% del objetivo que se ha fijado la Unión Europea, dato que por cierto en Navarra se cumple desde 2009. De hecho, ya en 2009 Navarra superó el 81% de su consumo eléctrico mediante energías renovables, lo cual debe ser un modelo a seguir para el resto de España y demás países de la Unión Europea. Asimismo, constituyen la herramienta más eficaz para ahorrar petróleo y para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> contribuyendo, por lo tanto, a cumplir los objetivos fijados en el Protocolo de Kyoto (22).

Sin embargo, fue en 2012 cuando estas previsiones iniciales de fomento de las energías renovables por parte de los poderes públicos cambiaron de rumbo radicalmente ya que, por ejemplo, con el Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero, se procedió a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía

---

(21) Por citar un ejemplo, se encuentra la inauguración en julio de 2011 de la primera planta de aprovechamiento energético de las olas en Mutriku (País Vasco) que se ha convertido en un referente mundial y evitará la emisión de 600 toneladas de CO<sub>2</sub> al año. La energía del mar cuenta con un notable energético dada la abundancia del recurso.

(22) En España, las energías renovables se sitúan como la principal fuente de electricidad con un 32.3% por delante del gas natural (32%), las centrales nucleares (20.6%) o el carbón (8.5%).

renovable y con el Real Decreto Ley 2/2013, de 1 de febrero, se implantaron medidas urgentes en el sistema eléctrico que siguen esa misma línea, destacando las modificaciones restrictivas a la remuneración al régimen especial de cogeneración. Este panorama invita a que los inversores y promotores de este ámbito huyan al extranjero lo cual supone una desventaja para el sector energético. Y al mismo tiempo, los titulares de las instalaciones energéticas van a ver que su electricidad va a ser retribuida a precio inferior al que venían cobrando años atrás.

## **B) Sector de los transportes**

En el ámbito de los transportes, voy a destacar dos medidas que se han llevado a cabo. Por un lado, la reducción de la velocidad a 110 km/h frente a la de 120 km/h y por otro lado, el vehículo eléctrico y la movilidad sostenible.

Respecto de la primera, la finalidad principal de la misma es el ahorro de combustible que se fijó en un 8%, es decir, 8 litros por cada 100 kilómetros recorridos. En conclusión, es una medida de ahorro económico pero que de manera indirecta también supone una reducción de las emisiones de gases contaminantes, ya que al bajar la velocidad se reduce la contaminación de lo que se deduce que se trata también de una medida beneficiosa para el ambiente.

Y respecto de la segunda medida, en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible anteriormente citada, ya se regula el concepto de movilidad sostenible en los artículos 93 y siguientes y se establece la conveniencia por parte del poder público de fomentar los medios de transporte de menor coste ambiental y energético y de la intermodalidad.

Se trata de formas de transportes que reduzcan las emisiones contaminantes pero que al mismo tiempo deben ser eficientes y útiles. Con esta política de movilidad sostenible se debe promover, entre otras cosas, la disminución del consumo de energía y la mejora de la eficiencia energética así como los medios de transporte de menor coste social, económico, ambiental y energético (art. 100). Es por ello, que la Administración debe fomentar este tipo de transportes mediante la concesión de diferentes tipos de ayudas destinadas a tal fin (art. 102).

Como medidas concretas, cabe destacar por ejemplo la existencia del primer autobús eléctrico en Navarra fruto del acuerdo entre el Gobierno de Navarra y las empresas Foton Motor e Inceisa. Se trata de un autobús que funciona impulsado al 100% por electricidad.

La empresa Iberdrola ha sido pionera en promover el coche eléctrico compartido entre sus empleados para poner en práctica la movilidad sostenible y así de esta forma se produce una disminución de la contaminación acústica y de las emisiones de carbono y otros gases contaminantes. Igualmente, el Hospital de Cruces en el País Vasco se ha convertido en el primer centro sanitario con una flota de vehículos eléctricos que se encargará del servicio asistencial sanitario a domicilio y del reparto de medicinas. Con esta medida se pretende reducir el consumo de energía en todos sus focos consumidores.

En esta misma línea cabe destacar, por ejemplo, que tanto el Gobierno Central (Real Decreto 648/2011, de 9 de mayo) como el Gobierno de Navarra (Resolución 2026/2010, de 15 de septiembre) han creado ayudas para promover la adquisición de vehículos eléctricos y la instalación de infraestructuras de recarga de energía eléctrica. De hecho, en estudios y encuestas realizadas, España es el segundo país europeo con más interés en el vehículo eléctrico a pesar de que todavía existen dudas respecto de él. Se trata, por ejemplo, del sobrecoste de ese vehículo o de una batería con limitada autonomía que impiden trayectos de larga distancia o transportes de mercancías pesadas.

Asimismo, es igualmente importante que las Administraciones creen medidas impulsoras de este tipo de movilidad para facilitar su implantación real y efectiva en la sociedad. Para ello, deberá desarrollar una infraestructura pública de recarga en las calles, facilitar en las ciudades la circulación de vehículos eléctricos, reservar plazas de aparcamiento, permitir la circulación por carriles bus-taxi, reducir las cargas fiscales, etc.

## **VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA POLÍTICA AMBIENTAL: LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE**

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible regula distintos ámbitos relacionados con la sostenibilidad ambiental, como el modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible, la política de vivienda, etc.

Respecto a la energía, se hace referencia a los grandes principios aplicables en la materia, como la garantía de la seguridad del suministro, la eficiencia económica y el respeto al medio ambiente, así como los objetivos nacionales para 2020 sobre ahorro y eficiencia energética y respecto a la utilización de energías renovables. Por otra parte, se impulsa la cooperación entre Administraciones Públicas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Energía, y se fomenta la investigación, el desarrollo y la innovación en materia de energías renovables y ahorro y eficiencia energética, con atención especial a nuevas obligaciones para las Administraciones Públicas.

De esta manera, se atribuye al Gobierno la tarea de impulsar las actuaciones precisas para que nuestro país cumpla su parte del objetivo asumido por la Unión Europea sobre reducción de gases de efecto invernadero. Con ese fin, se impulsa el incremento en la capacidad de absorción por sumideros, en particular, los vinculados al uso forestal, la compensación voluntaria de emisiones de CO<sub>2</sub>, en sectores que deben reducirlas y no están sujetos al comercio de derechos de emisión y, también, la constitución de un fondo público para adquirir créditos de carbono.

Este fondo sobre el que luego incidiré estará formado por créditos obtenidos por empresas españolas y pretende impulsar su actividad en sectores asociados

a la lucha contra el cambio climático, mejorando además el régimen fiscal de deducción de los gastos efectuados en inversiones destinadas a la protección del ambiente.

En relación con el transporte, la Ley establece los principios que deben regir esta política como son la garantía de los derechos de los operadores y usuarios, la promoción de la competencia, la gestión eficiente y el fomento de los medios de transporte de menor coste ambiental y energético. De la misma manera, la Ley se ocupa de la movilidad sostenible y en particular regula el fomento de los medios de transporte de menor coste social, ambiental y energético, la participación de la sociedad en la toma de decisiones que afecten a la movilidad y el cumplimiento de los tratados internacionales relativos a la preservación del clima y la calidad ambiental. Asimismo, se avanza también en el fomento de la movilidad sostenible en las empresas, dando rango legal a la previsión de planes de transporte.

Como procede en el tratamiento de cualquier aspecto, hay que comenzar con el concepto del mismo y «se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades» (art. 2 de la Ley 2/2011).

En relación con la política energética, se trata de garantizar la seguridad del suministro, la eficiencia económica y la sostenibilidad ambiental. Para ello, se debe tener en consideración la normativa y objetivos comunitarios e internacionales en relación con la lucha contra el cambio climático. En esta misma línea, la planificación energética deberá hacerse siguiendo criterios que contribuyan a desarrollar un sistema energético seguro, eficiente, sostenible económicamente y respetuoso con el medio ambiente (art. 80.1).

Asimismo, para contribuir a la existencia de una economía sostenible, se establece que deben ser las Administraciones las que fomenten aquellas tecnologías que utilicen fuentes limpias o energía primaria renovable y puedan contribuir a la reducción de emisiones (23).

Concretamente, en Europa las emisiones de CO<sub>2</sub> imputables a la energía suponen un 80% de las emisiones de gases de efecto invernadero. Por ello, resulta esencial cambiar el modelo energético imperante y sustituirlo por un modelo con bajas emisiones de carbono, lo cual tendría, además, otras ventajas adicionales como reducir la dependencia energética del exterior y mejorar la competitividad europea.

---

(23) TERCEIRO, J., «Crisis económica y energías alternativas», *Política Exterior*, invierno 2011, pp. 38-60.

Esta promoción que hace la Administración respecto de las energías renovables también se puede comprobar en la simplificación de los procedimientos administrativos. Uno de los obstáculos al despliegue generalizado de las energías renovables es el número de controles y la complejidad de los procedimientos de autorización de las instalaciones productoras. Y esto no debe impedir la implantación y desarrollo de las energías renovables.

Este es uno de los retos que tiene planteados el sector de las energías renovables y que se ve, además, reforzado por las exigencias derivadas de la Directiva de servicios y las leyes que la han transpuesto (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio). No voy a profundizar en este ámbito porque no es objeto de este estudio pero sólo quiero decir que estas normas persiguen como objetivos la flexibilización administrativa, la existencia de menor burocracia y, en definitiva, una agilización en todo lo relativo a los aspectos procedimentales.

En relación con el tema de las emisiones y, por lo tanto, relacionado con el cambio climático, la economía sostenible o también denominado el crecimiento verde consiste en abordar el cambio climático de una manera decisiva al mismo tiempo que convierte a las tecnologías e industrias verdes en las impulsoras del crecimiento económico mundial (24). En la actualidad, en relación a la implantación del nuevo sistema de subastas de derechos de emisión, España podría ingresar una cantidad económica importante al mismo tiempo que constituye un medio para cumplir con los compromisos adquiridos en el Protocolo de Kioto.

De igual forma, se afirma que necesitamos una economía ecológica que domine el potencial productivo de la naturaleza para aumentar la biocapacidad de la Tierra y así asegurar un mayor bienestar humano y su distribución equitativa (25).

## **VII. EL FONDO DE CARBONO: UNA MEDIDA PARA CONSEGUIR UNA ECONOMÍA SOSTENIBLE EN EL ÁMBITO DEL CAMBIO CLIMÁTICO**

### **1. Ámbito jurídico**

El Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, regula el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible, siguiendo la previsión que ya realizó la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

---

(24) MYUNG-BAK, L., «Bajo carbono, crecimiento verde», *Nuestro Planeta*, febrero 2010, pp. 6-8.

(25) SUKHDEV, P., «El capital natural lo sustenta todo», *Nuestro Planeta*, febrero 2010, pp. 14-16.

De hecho, el artículo 91 de esa Ley crea un Fondo para la compra de créditos de carbono adscrito a la Secretaría de Estado de Cambio Climático con la finalidad de generar actividad económica y nuevas oportunidades de generación de empleo por parte de las empresas españolas en los nuevos sectores asociados a una economía baja en carbono. De esa manera, se puede contribuir también al cumplimiento de los objetivos sobre reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos por España.

Este Fondo incrementará la transparencia y buena gestión de los recursos públicos invertidos en los mercados de carbono, fortaleciendo la coherencia de las decisiones con los objetivos del Gobierno en la política de lucha contra el cambio climático.

El Fondo de Carbono puede ser de origen público o privado o ambos, de participación exclusiva o multiparticipación. El Fondo estará gestionado por un Consejo Rector presidido por la Secretaría de Estado de Cambio Climático que establecerá las prioridades, tanto en las inversiones realizadas en el marco de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto o de los nuevos mecanismos que pudieran establecerse en el seno de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático, como de aquellas que se realicen en el territorio nacional, a través de Mecanismo de Desarrollo Limpio y el Mecanismo de Aplicación Conjunta.

España, como la mayoría de los países desarrollados signatarios del Protocolo de Kioto, con obligación de reducir y limitar sus emisiones de gases de efecto invernadero, participa y ha constituido fondos específicos para la adquisición de derechos de emisiones. Como participante de estos Fondos, España obtendrá las ganancias en términos de Reducciones de Emisiones conseguidas con estos proyectos una vez verificadas y certificadas de acuerdo con el Protocolo de Kioto.

Los créditos de carbono, según el Protocolo de Kyoto, son de diferentes tipos:

- ERU (Emission Reduction Unit) o URE (unidad de reducción de emisiones), que es la cantidad equivalente a una tonelada de CO<sub>2</sub> que se deja de emitir a la atmósfera por la puesta en marcha de un Proyecto de Aplicación Conjunta.
- CER (Certified Emission Reduction) o RCE (reducción certificada de emisiones), que representa una tonelada de CO<sub>2</sub> que deja de emitirse a la atmósfera y que ha sido generada y certificada mediante el esquema del Mecanismo de Desarrollo Limpio.
- RMU (Removal Unit-Afforestation & Forestation) o UDA (unidad de absorción-forestación y reforestación), que es la cuota disponible para conseguir la eliminación de los gases de efecto invernadero mediante la utilización de sumideros de carbono.

A estos tipos de créditos de carbono hay que añadir los procedentes del comercio de derechos de emisión y las reducciones verificadas de emisiones derivadas de los proyectos llevados a cabo en nuestro país.

Los créditos de carbono pretenden ser los mecanismos de intercambio y negociación en el ámbito de los mercados de carbono, también denominados los mercados de recursos naturales, de esta forma aquellas actividades emisoras de CO<sub>2</sub> deberán acudir a estos mercados a la compra de estos derechos de emisión, sufragando en parte el coste ambiental derivado de su contaminación, fomentando así la inversión en mejores prácticas y en medidas correctoras que minimicen su impacto ambiental y, por lo tanto, disminuyendo su huella ecológica.

Estos mercados obligan a la introducción del coste ambiental en la contabilidad general, propiciando que se busquen mecanismos de abaratamiento mediante la reducción de la contaminación.

La creación de este Fondo ha generado grandes beneficios, obligando a aquellas actividades con mayor carga contaminante a buscar procesos de producción más limpios y con un menor gasto derivado de las emisiones de CO<sub>2</sub> mejorando, por lo tanto, su competitividad y disminuyendo el precio final del producto. Con esto, se pretende contribuir a la transformación del modelo productivo español en un modelo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero.

## 2. Tipos de Fondos

Los Fondos de Carbono en los que participa España son:

### A) Fondos multidonante (creados con aportaciones de varios países)

— *Fondo Multilateral de Créditos de Carbono (MCCF, sus siglas en inglés)*: Este fondo nace en diciembre de 2006 y cuenta con 165 millones de euros para la adquisición de Reducciones de Emisiones (RE) a partir de proyectos que capturan o reducen gases de efecto invernadero. El MCCF está compuesto por dos subfondos, que son el Fondo de Proyectos y el Fondo Verde, que es gestionado por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) y el Banco Europeo de Inversiones (BEI) (26).

Las prioridades sectoriales establecidas para los proyectos del MCCF son: eficiencia energética, energías renovables, plantas petroquímicas, y energía menos intensiva en carbón. El área geográfica de referencia queda definida por el conjunto de países de operaciones del BERD (Asia central, Europa central, el

---

(26) La aportación española pública a estos proyectos asciende a 35 millones de euros, lo que supone el 23,33% del capital. Esta participación convierte a España en el primer contribuyente al MCCF. En este fondo también participan las empresas españolas Abengoa, Endesa, Gas Natural y Unión Fenosa. En Diciembre de 2007, España como país soberano del MCCF decide participar también en la ventanilla verde del mismo y, para ello, realiza una aportación de 25 millones de euros dirigida a facilitar la compra de Unidades de Cantidad Asignadas (UCAs).

Cáucaso y Rusia). Con la participación en el MCCF, España pretende conseguir 4,7 millones de toneladas de CO<sub>2</sub>.

— *Fondo de Carbono para el Desarrollo de las Comunidades (CDCF)*: Los recursos del Fondo de Carbono de Desarrollo de las Comunidades (27) se destinan a la compra de Reducciones de Emisiones de gases de efecto invernadero generadas por proyectos de pequeña escala en comunidades y países de menores ingresos a la vez que se generan beneficios certificables en materia de desarrollo en las comunidades donde se desarrollan los proyectos financiados.

Los sectores de interés del CDCF son los relacionados con las tecnologías que permiten mejorar la vida diaria de las comunidades rurales. Existen una serie de países prioritarios, especialmente concentrados en África.

— *Fondo de BioCarbono (BioCF)*: La aportación española es de 14 millones de euros. Con los recursos del fondos, se adquieren Reducciones de Emisiones a partir de proyectos que capturan o reducen gases de efecto invernadero en ecosistemas forestales y agrícolas al mismo tiempo que se promueven beneficios ambientales, se mejoran las condiciones de vida de las comunidades locales y sus posibilidades de adaptación al cambio climático. Los sectores de interés para el BioCF son los relacionados con las nuevas plantaciones y las reforestaciones de bosques.

— *Fondo de Carbono Asia Pacífico (APCF)*: Este fondo, gestionado por el Banco Asiático de Desarrollo (BAAsD), fue creado en 2006 con el objetivo de fomentar la inversión en proyectos de energía limpia en la región. España es el primer participante con 30 millones de dólares. Con esta inversión, España pretende obtener un máximo de 6 millones de toneladas de CO<sub>2</sub>. Las prioridades sectoriales establecidas para sus proyectos son: energías renovables y eficiencia energética, centrándose geográficamente en el conjunto de países de operaciones del BAAsD.

## **B) Fondos españoles**

— *El Fondo Español de Carbono (FEC)*: El Fondo Español de Carbono, creado en 2005 está gestionado por el Banco Mundial. Los recursos del Fondo Español de Carbono se destinan a la compra de Reducciones de Emisiones de gases de efecto invernadero generadas por proyectos de energía renovable, de eficiencia energética y de otro tipo que contribuyan al desarrollo sostenible de los países en desarrollo y de las economías en transición. El Fondo puede incluir proyectos en diversas regiones, incluida América Latina, Norte de África, Este y Sudeste de Asia, Europa del Este y la Federación Rusa.

---

(27) España es el principal participante con 20 millones de euros aportados a través del Ministerio de Economía y Hacienda, a lo que se debe sumar las contribuciones de empresas privadas como Endesa, Gas Natural e Hidroeléctrica del Cantábrico.



Se da prioridad a los proyectos en Energías Renovables, Eficiencia Energética, Manejo de Residuos Sólidos y Captura de Gases.

— *Facilidad del Partenariado del Carbono (CPF)*: La Carbon Partnership Facility (CPF) es uno de los principales nuevos instrumentos de carbono del Banco Mundial para el período posterior a 2012.

La CPF se ha diseñado para innovar el Mecanismo de Desarrollo Limpio, apoyando inversiones a largo plazo mediante un enfoque programático. Aparte de esta característica, también hay que señalar que establece un diálogo entre países donantes y receptores de fondos para promover prácticas sostenibles en unos y otros y que admite a gobiernos y empresas entre los donantes.

La Facilidad se puso en marcha en mayo de 2010 y cuenta con dos fondos, que son el Fondo de Carbono (CF) y el Fondo de Carbono de Desarrollo de Activos (CADF) (28).

— *La Iniciativa Iberoamericana de Carbono (IIC)*: Mediante esta IIC, se gestiona los 47,43 millones de euros aportados por España para la compra, en nombre del Gobierno español, de un máximo de 9 millones de toneladas de CO<sub>2</sub> a través de la participación en proyectos que generen reducciones de emisiones durante el período 2005-2012.

La cartera de proyectos de la IIC está centrada en América Latina y el Caribe y presta especial atención a los sectores de energías renovables y de eficiencia energética.

— *Fondo SECCI y otras iniciativas complementarias*: España se ha comprometido con numerosas líneas de asistencia técnica en IFM que tienen como objetivo dotar a los países receptores y a las propias instituciones de la capacidad y las herramientas necesarias para facilitar el desarrollo de proyectos que puedan ser susceptibles de financiarse a través de los fondos de carbono. Ejemplos de este tipo de facilidades son: la Línea de Asistencia Técnica de Carbono del BM (CFAssist), la Facilidad de Asistencia Técnica del BAsD, la Línea para la Identificación de Proyectos del BID (29) o la Iniciativa de Energía Sostenible del BERD (30).

Recientemente, España ha decidido participar en el Fondo Multidonante SECCI del BID. Este fondo complementa la Iniciativa sobre Energía Sostenible y

---

(28) El CF cuenta con 132,5 millones de euros. España es el principal donante, con una aportación de 47,5 millones de euros a través del Ministerio de Economía y Hacienda y una participación de la empresa Endesa de 35 millones de euros. Por parte extranjera participan Suecia y Noruega, con 20 millones de euros cada uno y la empresa E. ON con 10 millones de euros.

El CADF cuenta con unos 11 millones de euros. España es el principal donante, con 5 millones de euros a través del Ministerio de Economía y Hacienda; seguida de la Comisión Europea, Italia y Noruega con 2 millones de euros cada uno (la contribución noruega se hizo en coronas, por ello el valor que se da en euros es aproximado).

(29) Banco Interamericano de Desarrollo.

(30) Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo.

Cambio Climático del BID, centrada en la promoción de energías renovables y eficiencia energética, desarrollo de biocombustibles, financiación de carbono y adaptación al cambio climático. El Fondo multidonante financiará proyectos de asistencia técnica para reducir las barreras institucionales, normativas, financieras y tecnológicas que limitan las inversiones en estas áreas en la región latinoamericana.

La Administración española está contribuyendo de forma decidida a la configuración de un marco regulatorio internacional más allá de 2012. Un ejemplo de estas iniciativas lo constituye el Fondo de Carbono Post 2012 del Banco Europeo de Inversiones, con el que España, a través del Instituto de Crédito Oficial, se anticipa al marco regulatorio post-Kioto.

En el Plan de energías renovables (2011-2020) se establece que la Directiva de 2009/28, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, fija como objetivos generales conseguir una cuota del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión Europea y una cuota del 10% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de energía en el sector del transporte en cada Estado miembro para el año 2020.

En España, el objetivo se traduce en que las fuentes renovables representen al menos el 20% del consumo de energía final en el año 2020, que es el mismo objetivo que para la media de la UE, junto a una contribución del 10% de fuentes de energía renovables en el transporte para ese año.

## VII. CONCLUSIÓN FINAL

Nuestro país atraviesa una situación económica muy crítica que está afectando de forma considerable a todos los ámbitos. Si se puede vislumbrar alguna ventaja como consecuencia de esta crisis es el sector ambiental, ya que algunas de las medidas adoptadas para afrontar esta crisis económica favorecen al medio ambiente, destacando de forma especial el sector de los transportes. El ámbito de las energías renovables parecía que podía salir reforzado de esa situación pero, en la actualidad, con la aprobación de diferentes normas desde hace algo más de un año se ha producido un duro golpe para el sector de las renovables.

La Ley de Economía Sostenible ha pretendido implantar el «crecimiento verde» intentando buscar la forma para conseguir el equilibrio entre un desarrollo económico y una adecuada protección ambiental en diferentes sectores. Y como medida concreta, en el ámbito del cambio climático, destaca la existencia de los Fondos de Carbono que se crearon para la compra de créditos de carbono, con la finalidad de generar actividad económica y nuevas oportunidades de generación de empleo por parte de las empresas españolas en los nuevos sectores asociados a una economía baja en carbono.

# CRÓNICAS



# LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2012. LA CONTINUIDAD EN LA SENDA DE LA CONTENCIÓN Y LA AUSTERIDAD ECONÓMICAS<sup>(\*)</sup>

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN –II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2012: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.*

*RESUMEN:* El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2012, distinguiendo, a estos efectos, entre la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y el articulado o parte dispositiva de la misma. Junto a lo anterior, se realiza una mención específica a las principales novedades que presenta la referida Ley respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2011.

*Palabras clave:* Ley de Presupuestos 2012; Comunidad Autónoma de Aragón.

*ABSTRACT:* This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2012. Moreover, it is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2011 Budget.

*Key words:* 2012 Budget Act; Community of Aragón.

## I. INTRODUCCIÓN

Como se ha venido apuntando con indudable acierto, la institución del Presupuesto se erige en un elemento fundamental e imprescindible de cualquier organización política, habiéndolo reconocido así, desde hace tiempo y en repe-

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 3 de septiembre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 26 de octubre de 2012.

tidas ocasiones, nuestro Tribunal Constitucional (1). En esta línea, la aprobación de la Ley de Presupuestos por toda Entidad pública —como es el caso de las Comunidades Autónomas— constituye, sin lugar a dudas, una de las manifestaciones normativas de mayor trascendencia, opinión ésta que ya ha sido puesta de manifiesto en precedentes comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (2).

Por otra parte, la afirmación efectuada en el párrafo precedente resulta confirmada, a su vez, por una *doble razón*: en primer término, porque dicha Ley constituye uno de los aspectos esenciales de la denominada *autonomía financiera* reconocida, constitucionalmente, a las Comunidades Autónomas, afirmación de la cual se ha venido haciendo eco, en múltiples pronunciamientos, nuestro Tribunal Constitucional (3); y en segundo lugar, porque la mencionada Ley se erige en el instrumento básico para la *ordenación económica y la dirección de la actividad financiera* de nuestra Comunidad a lo largo de un determinado periodo anual.

Siendo la arriba expuesta la finalidad última de cualquier Ley de Presupuestos, el presente trabajo centra su objeto en el análisis del contenido de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2012, tarea ésta que será realizada llevando a cabo, a su vez, un estudio comparativo respecto de los Presupuestos correspondientes al ejercicio presupuestario de 2011. No obstante, antes de proceder a ello, es preciso efectuar *dos advertencias previas* que presentan un indudable interés en relación a la materia ahora examinada.

En concreto, la primera de dichas advertencias guarda relación con la remodelación experimentada en sede de la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, la cual se llevo, sucesivamente, a través de los Decretos de la Presidencia del Gobierno de Aragón de 15 de julio, 22 de julio y 30 de diciembre, todos ellos de 2011 (4). Dicha circunstancia conlleva que el estudio comparativo con el Presupuesto del ejercicio 2011 al que aludíamos en el párrafo precedente no sea del todo paralelo, al haber cambiado la configuración —y denominación— de diversos Departamentos del Gobierno de Aragón.

---

(1) Siendo una buena muestra de ello, entre muchas otras, la Sentencia del mencionado Tribunal de 18 de abril de 1994.

(2) A este respecto, pueden consultarse los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para los ejercicios 2010 y 2011, realizados, respectivamente, por CARRERAS MANERO, O. y DE MIGUEL ARIAS, S., en los números 36 (2010) y 38 (2011) de la presente Revista.

(3) Pudiendo mencionarse, a título ejemplificativo, las Sentencias del referido Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(4) BOAs n° 139, de 16 de julio de 2011, n° 145, de 25 de julio de 2011 y n° 1, de 3 de enero de 2012, respectivamente.

Por su parte, la segunda de las advertencias anteriormente aludidas —que no nos es en absoluto desconocida— aparece constituida por la prórroga para el ejercicio de 2012 de los Presupuestos vigentes en el ejercicio 2011. A este respecto, simplemente señalaremos que este mecanismo —que aparece previsto en diferentes disposiciones normativas (5)— ha vuelto a mostrar nuevamente su eficacia en el periodo presupuestario ahora comentado, debiendo recordar una vez más, desde estas líneas, la importancia y conveniencia de tener aprobados los Presupuestos autonómicos con anterioridad al día 31 de diciembre de cada año, dando así puntual cumplimiento al mandato contenido en el artículo 36 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En todo caso, y sin perjuicio de la consideración precedente, debe advertirse que la prórroga en cuestión —la cual, como es sabido, opera de manera automática—, así como las condiciones generales de la misma fueron aprobadas por medio de la Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública de 22 de diciembre de 2011 (6).

## II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2012

Los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2012 —aprobados por la Ley 1/2012, de 20 de febrero (7)— presentan, como viene resultando habitual desde el año 1983, una estructura esencialmente idéntica a los de otras Entidades territoriales —como las Entidades locales o el Estado—. Así, cabe diferenciar, en el seno de aquéllos, un *doble contenido*: el relativo a los *estados financieros* —incluyéndose, en sede de estos últimos, las partidas correspondientes a los gastos (obligaciones a reconocer) y a los ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro lado, el concerniente a la *parte dispositiva o articulado* (8).

Atendiendo a dicha estructura, y al igual que en ejercicios anteriores, la Ley de Presupuestos para el año 2012 será analizada, a lo largo de las páginas siguientes, distinguiendo, en primer lugar, los estados financieros de gastos e ingresos, y examinando, ya en segundo término, las diferentes previsiones recogidas en el articulado o parte dispositiva de dicha norma.

---

(5) Como el Estatuto de Autonomía de Aragón (art. 111.3) o el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 38).

(6) BOA n° 255, de 30 de diciembre de 2011.

(7) BOA n° 36, de 22 de febrero de 2012.

(8) Las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2012 aparecen recogidas en la Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública de 16 de agosto de 2011 (BOA núm. 162, de 18 de agosto).

## 1. Los estados financieros

### A) El estado de gastos

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado para el ejercicio 2012 contempla unos créditos iniciales por importe de 5.328.716 miles de euros, lo cual determina, en comparación con los Presupuestos del año precedente (5.293.754 miles), un aumento absoluto de 34.962 miles y porcentual del 0,6%. De esta manera se produce un mínimo incremento de la cantidad presupuestada en comparación con el ejercicio 2011, rompiendo, con ello, la dinámica descendente seguida, en esta materia, en este último ejercicio y en el anterior (9).

Más en particular, los créditos aludidos en el párrafo precedente aparecen agrupados atendiendo a las reglas establecidas, a estos efectos, en las diferentes clasificaciones previstas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón; ello permite conocer, desde la perspectiva presupuestaria, *qué órgano específico realiza un concreto gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta* —naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). Siendo esto así, conviene advertir que el examen del estado de gastos del Presupuesto para el año 2012 será realizado tomando en consideración las clasificaciones orgánica y económica mencionadas (10).

Iniciando nuestro estudio por la *clasificación orgánica*, ha de indicarse que, a diferencia del año precedente, el Presupuesto para el ejercicio 2012 presenta un aumento de los créditos para gasto en la mayoría de los Departamentos o Secciones recogidas en aquella, existiendo, no obstante, ciertas excepciones, pues algunos de dichos Departamentos o Secciones han visto disminuidos los referidos créditos.

Así ha ocurrido, en concreto, en el caso de las Cortes de Aragón, las cuales han experimentado un decremento en sus créditos de 76 miles de euros, lo que representa una disminución del 0,3% en términos porcentuales en relación con el ejercicio 2011. Por su parte, también el importe de los créditos destinados al Consejo Económico y Social se ha visto disminuido en 93 miles de euros, comportando ello un descenso del 13% en sus dotaciones.

Junto a los anteriores, también experimentan una minoración en la cuantía de sus partidas los Departamentos de Presidencia del Gobierno (1.033 miles menos —25,3% en términos porcentuales—), Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y

---

(9) Pues no en vano las cantidades globales presupuestadas en los ejercicios 2011 y 2010 vinieron a experimentar una disminución en su cuantía en relación a los respectivos ejercicios precedentes (2010 y 2009).

(10) Dichas clasificaciones aparecen recogidas en el respectivo Anexo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.



Transporte (7.430 miles menos  $-5\%$ ) y Política Territorial e Interior (75.706 miles menos  $-62.3\%$ ), reducción esta última de evidente importancia y que encuentra su explicación en la circunstancia de que el mencionado Departamento incluía también, con anterioridad a las últimas reestructuraciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, la competencia de Justicia.

Por su parte, y ya en lo concerniente a los Departamentos y Secciones cuyos créditos para gastos han experimentado un aumento en términos cuantitativos, es destacable la situación de los créditos relativos a las Administraciones Comarcales  $-33.216$  miles de euros más (lo que supone un aumento del  $42,5\%$  respecto del ejercicio 2011) y a Diversos Departamentos ( $36.244$  miles de euros más  $-8,7\%$ ). Asimismo, también ve aumentados sus créditos en  $22.739$  miles ( $24,5\%$ ) el Departamento de Industria e Innovación (con anterioridad, Departamento de Industria, Comercio y Turismo).

Además de los anteriores, dicho aumento se aprecia en el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (con anterioridad, desdoblado en los Departamentos de Agricultura y Alimentación, por un lado, y Medio Ambiente, por otro), con un total  $18.838$  miles más, lo que representan un incremento del  $2,2\%$  en relación al ejercicio precedente. Y lo mismo sucede con los Departamentos de Educación, Universidades, Cultura y Deporte (con anterioridad, desdoblado en los Departamentos de Ciencia, Tecnología y Universidad, por un lado, y Educación, Cultura y Deportes, por otro), con  $83.741$  miles más ( $9,3\%$ ) y Sanidad, Bienestar Social y Familia (con anterioridad, desdoblado en los Departamentos de Salud y Consumo, por un lado, y Servicios Sociales y Familia, por otro) con  $19.613$  miles más ( $0,9\%$ ).

Mención aparte, pero también dentro de los Departamentos que incrementan sus dotaciones, se encuentra el referente a Presidencia y Justicia, el cual se ve dotado con  $34.703$  miles más respecto del ejercicio 2011 ( $33\%$  en términos porcentuales), circunstancia ésta lógica, en la medida en que dicho Departamento ha venido a incluir dentro de las materias de su competencia, respecto de lo que sucedía en la estructura Departamental precedente, la relativa a Justicia.

Por su parte, los actuales Departamentos de Economía y Empleo, por un lado, y Hacienda y Administración Pública, por otro, suman, en el conjunto de los créditos asignados a cada uno de ellos,  $109.739$  miles más que los otorgados, en el ejercicio precedente, al antiguo Departamento de Hacienda, Economía y Empleo, lo que comporta un aumento porcentual del  $65\%$ .

Por último, y ya para finalizar el análisis comparativo respecto del ejercicio precedente, únicamente resta señalar que la única Sección que no experimenta variación alguna en el presente Presupuesto es la relativa al Consejo Consultivo de Aragón, cuyos créditos se mantienen en la misma cuantía que en el año 2011.

Continuando con el examen de la clasificación orgánica, y como ha venido siendo habitual, es el Departamento competente en materia de Sanidad, Bienestar Social y Familia el que presenta una mayor importancia, en cuanto a su volu-

men de créditos, en sede del Presupuesto de gastos (con un total de 2.207.097 miles). Junto al anterior, las Secciones de mayor cuantía en el Presupuesto son las relativas a Educación, Universidad, Cultura y Deporte (1.022.027 miles), Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (853.591 miles) y Gastos de Diversos Departamentos (451.527 miles). En concreto, las Secciones ahora referidas suponen, en términos aproximados, el 85% del Presupuesto del presente ejercicio.

Por su parte, y en lo concerniente a los Departamentos o Secciones que presentan un nivel intermedio de importancia desde la perspectiva de la cuantía de sus créditos, resultan destacables los de Economía y Empleo (218.098 miles), Obras Públicas, Urbanismo Vivienda y Transporte (141.968 miles), Presidencia y Justicia (138.670 miles), Industria e innovación (115.621 miles), Hacienda y Administración Pública (60.745 miles), Política Territorial e Interior (45.794 miles) y Administraciones Comarcales (44.801 miles), importes todos ellos que representan, aproximadamente, el 14,4% del total del Presupuesto.

Por último, y siguiendo la línea de años precedentes, entre las Secciones que presentan una menor dotación en el conjunto del Presupuesto de la Comunidad Autónoma se encuentran las referentes a las Cortes de Aragón (24.781 miles), Presidencia de Gobierno (3.037 miles), Consejo Económico y Social (620 miles) y Consejo Consultivo de Aragón (335 miles).

De la forma que acaba de ser detallada a lo largo de las páginas precedentes se desglosan, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 5.328.716 miles de euros que aparecen recogidos en el estado de gastos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2012, destinándose los mismos al cumplimiento de las diferentes obligaciones contraídas por los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad. Efectuado lo anterior, procederemos a continuación, según lo indicado en su momento, al examen del estado de gastos de los referidos Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

De conformidad con la mencionada clasificación, los créditos para gastos del presente ejercicio quedan agrupados, como es habitual, en *dos grandes apartados*: el relativo a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y el referido a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos VI a IX). A este respecto, cabe señalar que los créditos atribuidos para el primer tipo de Operaciones citadas (4.424.982 miles) supera de modo amplio, como viene siendo habitual, el monto total al que ascienden los créditos destinados a las segundas (883.734 miles), llegando a quintuplicarlo (11).

Por su parte, y deteniéndonos en los diversos Capítulos que integran la referida clasificación, ha de ponerse de relieve la disminución experimentada en

---

(11) En idéntica línea se movían los Presupuestos para el ejercicio 2011, en los cuales las diferencias entre ambos grupos de operaciones eran similares, destinándose a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 4.424.982 miles y a los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras 914.153 miles.

la cuantía de la mayoría de ellos en relación con los Presupuestos del año 2011. En esta línea, y entre los Capítulos que han sufrido un mayor descenso, destacan los relativos a Inversiones Reales (111.052 miles menos) y Transferencias Corrientes (77.365 miles menos), lo que implica, en términos porcentuales, una disminución aproximada del 36,6% y del 5%, respectivamente, en comparación con los Presupuestos del ejercicio precedente.

Junto a ello, y aunque ya de una forma más moderada, también reflejan una disminución en el monto total de sus partidas los Capítulos de Transferencias de Capital (18.283 miles menos), Gastos de Personal (11.907 miles menos) y Activos Financieros (3.500 miles menos), cifras que, en comparación con las previstas en los Presupuestos del año 2011, conllevan, respectivamente, decrementos relativos del 4%, 0,6% y 27%.

Por su parte, y entre los Capítulos de la clasificación económica de gastos que ven aumentado el monto de sus créditos aparecen, en orden de importancia cuantitativa, los relativos a Pasivos Financieros (102.417 miles más), Bienes Corrientes y Servicios (88.786 miles más) y Gastos Financieros (45.867 miles más), aumentos éstos que implican, en términos porcentuales, incrementos del 67%, 13,4% y 36,7%, respectivamente.

Atendiendo al estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2012, y desde la perspectiva de la clasificación ahora examinada, son los Capítulos de Gastos de Personal (2.019.593 miles) y Transferencias Corrientes (1.482.521 miles) los que presentan un mayor importe en sus dotaciones. Junto a los precedentes se sitúan los relativos a Bienes Corrientes y Servicios (752.091 miles) y Transferencias de Capital (429.114 miles), integrando todos ellos el núcleo central del Presupuesto de gastos, al representar, de modo aproximado, el 88% del mismo.

Por último, y junto a los Capítulos mencionados en el párrafo anterior, se sitúan, ya con un importe económico muy inferior al previsto para aquéllos, los referentes a Pasivos Financieros (253.544 miles), Inversiones Reales (191.699 miles), Gastos Financieros (170.775 miles), así como el relativo a Activos Financieros (9.376 miles). A ello se añade, como novedad en el presente ejercicio, la partida relativa al Fondo de Contingencia (12), la cual aparece dotada, con 20.000 miles de euros.

---

(12) El deber que incumbe a las Comunidades Autónomas de consignar en sus Presupuestos una dotación diferenciada bajo el nombre de Fondo de Contingencia aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste que establece, a su vez, que «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». Por su parte, y ya en lo que concierne a la normativa aragonesa, es el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón, el que establece, a este respecto, que «Dentro del límite de gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

Una vez concluido el examen de los diferentes créditos recogidos en el estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2012 desde la perspectiva de la clasificación económica, debemos proceder al análisis del estado de ingresos de dichos Presupuestos, concretando así las fuentes de financiación de los referidos gastos.

## **B) El estado de ingresos**

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el presente ejercicio asciende, con carácter estimativo, a la cantidad de 5.328.716 miles de euros, de los cuales 4.472.716 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 856.000 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por la mencionada Comunidad. La primera de las cantidades ahora referidas resulta coincidente con la prevista en el estado de gastos, presentándose, de esta manera, unos Presupuestos formalmente equilibrados (13).

Comenzando por el análisis del estado de ingresos desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa cómo los mismos aparecen estructurados sobre la base de una *doble categoría*: la referente a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la relativa a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX).

Más en concreto, en lo que concierne a los Presupuestos para 2012, el importe total al que ascienden los Ingresos mencionados en primer lugar es de 4.230.485 miles de euros, cuantía ésta que supera con gran amplitud (casi cuatro veces más) el monto global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales se elevan a 1.098.230 miles.

En lo concerniente a los *Ingresos Corrientes*, debe destacarse, en primer término, que tres de los Capítulos que integran los mismos experimentan una disminución en su cuantía; se trata, en particular, de los correspondientes a Tasas y Otros Ingresos (58.637 miles menos), Impuestos Directos (54.205 miles menos) e Ingresos Patrimoniales (10.850 miles menos), lo que supone, en términos porcentuales, sendos decrementos del 33%, 37,6% y 8,2%, respectivamente.

Frente a lo anterior, experimentan un aumento en sus dotaciones los Capítulos referentes a los Impuestos Indirectos (54.999 miles más) y Transferencias Corrientes (16.145 miles), lo que, en términos relativos, comporta unos incrementos del 3,3% y 81,5%, respectivamente.

---

(13) La obligatoriedad de que el Presupuesto de nuestra Comunidad aparezca equilibrado se encuentra expresamente recogida en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el actual Estatuto de Autonomía Aragonés recoja entre sus preceptos una previsión de este tenor.

Por su parte, y en lo tocante a los *Ingresos de Capital y Financieros*, cabe resaltar el hecho de que todos los Capítulos que integran los mismos experimentan un incremento, resultando especialmente destacable el que tiene lugar en el Capítulo de Pasivos Financieros, el cual se eleva en 231.420 miles más, cuantía ésta que determina un incremento porcentual del 37% respecto de la prevista en el año precedente.

Junto al arriba mencionado, también asciende el importe de los Capítulos de Tránsferencias de Capital —44.400 miles más—, Enajenación de Inversiones Reales —8.000 miles más— y Activos Financieros —2.496 miles más—, lo que representa importantes incrementos porcentuales del 37%, 200% y 56% en relación con el anterior ejercicio presupuestario.

Una vez efectuado el examen comparativo de los estados de ingresos recogidos en los Presupuestos de los ejercicios 2011 y 2012, hemos de pasar, a continuación, al análisis individualizado del correspondiente a este último.

Procediendo en el modo apuntado, cabe comprobar de nuevo cómo los gastos a los que debe hacer frente nuestra Comunidad Autónoma se financian, en lo fundamental, a través de *las cuatro siguientes fuentes*: Impuestos Indirectos (1.597.846 miles), Impuestos Directos (1.376.562 miles), Tránsferencias Corrientes efectuadas por otros Entes públicos y ciertos Organismos Autónomos (1.119.572 miles) y Pasivos Financieros (856.000 miles) —cantidad esta última que supone un importante nivel de endeudamiento—.

Por su parte, y dentro de los Capítulos que se sitúan, desde el punto de vista de su cuantía, en un nivel intermedio de importancia, se encuentran el relativo a las Tránsferencias de Capital —cuyo importe se eleva a 267.681 miles— y el referente a Tasas —118.514 miles—.

Por último, son los Capítulos de Ingresos Patrimoniales (17.990 miles), Enajenación de Inversiones Reales (12.000 miles) y Activos Financieros (6.949 miles) los que mantienen una menor dotación económica en términos absolutos, representando todos ellos, de manera global, aproximadamente el 0,7% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la precisión anterior finaliza el examen del origen y cuantía de las distintas partidas que integran el estado de ingresos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2012, dando así por finalizado el examen de los estados financieros de esta última. Ello no permite, sin embargo, dar por concluido el estudio de aquélla, dado que, como ya ha sido puesto de relieve en comentarios precedentes, estamos en presencia de una auténtica norma jurídica, siendo imprescindible en consecuencia, para entender el contenido, significado y efectos de los referidos Presupuestos, llevar a término el análisis de las diversas previsiones recogidas en su articulado, las cuales, como es sabido, indican el destino y límites de los créditos previstos en el estado de gastos, a la par que legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento), regulando también diferentes aspectos de los mismos.

## 2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2012 se encuentra integrada por 28 artículos —distribuidos en un total de 6 Títulos—, 28 Disposiciones Adicionales, 6 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. Esta parte dispositiva mantiene, en términos generales, un esquema y contenido similar al de ejercicios precedentes, si bien la misma ha venido a introducir alguna novedad relevante —en especial, la relativa al ya mencionado Fondo de Contingencia— respecto de Leyes de Presupuestos anteriores.

Más en concreto, el Título primero de la Ley de Presupuestos —«DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3)—, tras detallar y aprobar, en su artículo 1, el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2012, señala, en su artículo 2, el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos, el cual tiene un carácter meramente informativo y se eleva, en el presente ejercicio, a la cantidad de 126 millones de euros (14). Con ello se da cumplimiento a la obligación recogida, a este respecto, en los artículos 21.1 de la LOFCA (15) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (16).

Junto a lo anterior, el artículo 3 de la Ley arriba mencionada procede a llevar a cabo, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (17), la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de la misma, las cuales experimentan, con carácter general y salvo algunas excepciones, un incremento en su cuantía del 3%.

En lo que concierne al Título segundo de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo regula el

---

(14) De los cuales 75 millones corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, 48 millones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 3 millones al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

(15) De acuerdo con el cual: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(16) En cuya virtud: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(17) A tenor del cual: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

régimen que resulta de aplicación a los créditos presupuestarios contenidos en el estado financiero de gastos, así como las posibles alteraciones que, en relación con ellos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

En este sentido, el artículo 4 del citado Texto legal procede a recordar el carácter *limitativo y vinculante* de los créditos autorizados en los correspondientes programas de gasto en lo atinente a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Por su parte, la previsión ahora expuesta se complementa, en lo que se refiere a la clasificación económica, por el artículo 4.2 de dicho Texto legal, el cual establece la vinculación que resulta aplicable, a nivel de artículo, capítulo o concepto, a cada uno de los diferentes Capítulos que conforman la referida clasificación.

No obstante lo anterior, dicho carácter limitativo se ve excepcionado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley objeto de comentario, precepto éste que, partiendo de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, da cabida a una relación de créditos del estado de gastos a los cuales se otorga la condición de ampliables (18). A este respecto, y de conformidad con el artículo 6.2 de dicha Ley de Presupuestos, debe señalarse que la financiación de los mencionados créditos se realizará mediante el recurso a alguno de los *tres siguientes mecanismos*: mediante la baja en otros créditos para gastos y, de manera excepcional, a través de mayores ingresos o con remanentes de tesorería que tengan una adecuada cobertura.

Junto a las situaciones a las que se acaba de hacer mención en el párrafo precedente, el carácter vinculante de los créditos para gastos aparece excepcionado, asimismo, por la previsión establecida en el artículo 7 de la Ley de Presupuestos, a tenor de la cual se otorga al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de determinadas transferencias de créditos reguladas en la misma. No obstante lo anterior, el citado precepto advierte que la autorización de las referidas modificaciones presupuestarias se encuentra supe- ditada tanto a la evolución de los recursos que financian el Presupuesto, como al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (19).

---

(18) Entre tales créditos se incluyen, a título de ejemplo y de un modo similar a lo previsto en anteriores Leyes de Presupuestos, los destinados a retribuciones del personal en determinadas circunstancias (como liquidación de atrasos), los referentes al pago de las obligaciones derivadas del cumplimiento de sentencias judiciales firmes o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(19) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad, incluso, en sede Constitucional, disponiendo el artículo 135.1 de la Carta Magna que «Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria». Por su parte, dicho principio aparece también contemplado en el artículo 21.1 de la LOFCA y en el artículo 3 de la ya mencionada Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste en cuya virtud: «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación

Por lo demás, y junto a las indicaciones precedentes, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para 2012 procede a fijar los criterios de imputación temporal de los gastos consignados en la misma, señalando, en primer lugar, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos que se realicen en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, previsión ésta que, sin embargo, se ve excepcionada en determinados supuestos tasados.

Así, y siguiendo las pautas marcadas en anteriores Leyes de Presupuestos, el apartado segundo del artículo arriba mencionado permite imputar a los créditos del Presupuesto de 2012 el pago de las obligaciones derivadas de alguna de las *tres siguientes causas*: a) reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa autorización del Consejero de Hacienda y Administración Pública; o c) gastos derivados de compromisos contraídos en ejercicios precedentes en los que se ha omitido el trámite de fiscalización cuando éste sea preceptivo, previa convalidación de los mismos por el Gobierno de Aragón.

Junto a las hipótesis anteriores, el apartado tercero del precepto arriba citado prevé la posibilidad de imputar a los Presupuestos del ejercicio actualmente en vigor aquellas obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, el pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés o las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística cuyo importe sea superior a 620.000 euros.

Por otra parte, y atendiendo a la autorización contenida en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, el artículo 8 de la Ley de Presupuestos de 2012 contempla la posibilidad de que se incorporen a los referidos Presupuestos los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, incorporación ésta que habrá de realizarse con carácter excepcional y, en todo caso, condicionada a la existencia de cobertura financiera debidamente acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

A su vez, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio recoge la posibilidad de que, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública, puedan efectuarse los respectivos ajustes en los estados de ingresos y gastos cuando ello

---

de equilibrio o superávit estructural». Junto a las normas anteriores, la referencia a la estabilidad presupuestaria se encuentra en la también citada en el artículo 3 de Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón, cuyo apartado primero dispone que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».



sea necesario para conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria (20) o bien cuando proceda legalmente. A su vez, el referido Consejero se encuentra autorizado, por una parte, para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

Atendiendo a las previsiones descritas en los párrafos precedentes, resulta obvio que los preceptos recogidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2012 confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero de Hacienda y Administración Pública, importantes facultades en lo que respecta a la gestión de ciertos créditos presupuestarios. Más en concreto, dichas facultades —que aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad— implican que serán el órgano de Gobierno de la misma o el referido Consejero quienes determinarán, en un buen número de casos, la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos.

Por último, el Título segundo de la Ley de Presupuestos finaliza estableciendo, en su artículo 12, una importante cautela en relación con la modificación de créditos, exigiendo que ésta deberá recogerse en un expediente en el cual queden especificadas las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquélla, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

Además lo anterior, y con carácter adicional, se prevé el deber de remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de las resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en dicho periodo temporal, indicando expresamente, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que los aprueba, la normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. De este modo, se mantienen, un ejercicio más, las diferentes obligaciones de información que han de cumplirse, en relación con el mencionado órgano legislativo, en los supuestos de realización de las operaciones citadas en los párrafos precedentes.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2012 —bajo la rúbrica «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 16)—, da cabida a diversas disposiciones cuya finalidad persigue evitar, en lo posible, la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que conllevan repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

---

(20) Véase la nota número 19.

En este línea, el artículo 13 de la referida Ley establece, siguiendo la línea habitual en este punto, que cualquier proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento del gasto en el ejercicio 2012, o en otro posterior, deberá incluir una memoria económica en la que se pongan de manifiesto las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (21). Dicha exigencia afecta también a cualquier propuesta de acuerdo o resolución, condicionándose la efectividad de aquéllos a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada, de conformidad con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Por otro lado, y ya en lo que atañe a los compromisos de gasto de ejercicios futuros, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Hacienda y Administración Pública la competencia para acordar la autorización de gastos de carácter plurianual en los supuestos a los que hace referencia el artículo 41.2, letras b) y e), del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (22), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades y salvo que afecten a gastos por operaciones de capital, correspondiendo al Gobierno de Aragón dicha competencia en el resto de los supuestos contemplados en el último precepto citado. A su vez, el primero de los preceptos mencionados advierte que incumbe al referido Consejero la autorización de los gastos que se tramiten anticipadamente para el ejercicio inmediato siguiente, así como del gasto de ejercicios futuros en los casos no contemplados expresamente.

Además de las medidas ahora mencionadas, y persiguiendo la finalidad aludida tres párrafos más atrás, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos para 2012 confiere al Consejero de Hacienda y Administración Pública la posibilidad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo, total o parcialmente, con recursos afectados, y ello hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que sólo resulta excepcional —con buen criterio— en aquellos casos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales relevantes.

---

(21) A este respecto, es importante recordar que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera dispone que Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

(22) Dichas hipótesis son aquellas en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

Como de inmediato se comprueba, las previsiones recogidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para el 2012 ejercicio proceden a otorgar al Gobierno o al Consejero de Hacienda y Administración Pública importantes facultades en sede presupuestaria. Ello se refleja, una vez más, en lo concerniente a aquellos créditos relativos a proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, dado que el artículo 14 de la referida Ley concede al mencionado Consejero la facultad de autorizar, en tales situaciones, las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

Por último, el artículo 16 de la Ley de Presupuestos hace mención a las transferencias a organismos públicos, disponiendo que el reconocimiento de las transferencias nominativas destinadas a los mismos o a la Universidad de Zaragoza se realizará, con carácter general, con periodicidad mensual por doceavas partes.

El Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2012 aparece intitulado bajo la rúbrica «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 31).

Como ya es habitual, el presente Título se ocupa del régimen retributivo aplicable, por un lado, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otro, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2012. Empero, el contenido de las previsiones recogidas en aquél no será objeto de un análisis detallado por ser ésta una cuestión que excede de los límites del presente trabajo.

Siendo esto así, la única mención que debe resaltarse es la relativa al hecho de que las retribuciones del presente ejercicio experimentan, en comparación las del año precedente, idéntica variación a la establecida, acerca de esta misma cuestión, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, previsión ésta que, según reconoce el artículo 17.1 de la Ley de Presupuestos Aragonesa, se enmarca en las bases de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

De conformidad con lo anterior, el precepto arriba citado establece, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que implique un crecimiento retributivo superior al establecido se adecue a lo dispuesto en el referido artículo, resultando inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan al mismo.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio, bajo la rúbrica de «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 32 y 33), constituye una manifestación de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras Entidades territoriales de nuestra Comunidad.

En este sentido, el artículo 32 de la citada Ley procede a establecer las normas de gestión del Fondo Local de Aragón, el cual se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en los Presupuestos de dicha Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. Dicho Fondo —que aparece desglosado en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— se compone de programas específicos relativos a tales Entidades y determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

Asimismo, se prevé la posibilidad de que el Gobierno de Aragón puede establecer concretas líneas de subvención del mencionado Fondo Local dirigidas a financiar el mantenimiento de actuaciones o servicios que sean de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Entidades locales.

Por otra parte, se establece la obligación del Gobierno autonómico de informar trimestralmente a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón en torno al grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en el Fondo Local de Aragón, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la actividad concreta que se apoya y la operación que se financia.

Junto a ello, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2012 regula los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen también desglosados en el Anexo I del mencionado Texto legal. En concreto, el Programa de Política Territorial —el cual se erige en un instrumento multisectorial de ordenación del territorio— engloba un conjunto de dotaciones cuya finalidad esencial radica en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas bien mediante de actuaciones de la propia Administración autonómica, bien a través de medidas de fomento de entidades públicas o privadas.

El último de los Títulos de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2012 —«DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 34 a 38)— recoge el régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquélla conceda a lo largo de dicho año presupuestario.

En lo concerniente al ejercicio 2012, ha de destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 856 millones euros, cantidad esta última que, como ya ha quedado indicado en páginas precedentes, es bastante superior a la del ejercicio precedente. Por otra parte, y como ya es tradicional, la contratación del mencionado endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En todo caso, y con independencia de su modalidad, las

referidas operaciones de endeudamiento deberán ajustarse, en todo momento, a lo regulado en la normativa vigente en la materia (23).

Por otro lado, el Gobierno de Aragón se encuentra facultado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite al Consejero de Hacienda y Administración Pública la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad, siempre que ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Junto lo anterior, el artículo 35 de la Ley de Presupuestos para 2012 prevé la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. En este sentido, y para los casos en que éstas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública, exigencia que también se recoge respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año cuando su importe, individual o conjunto, sea superior a un millón de euros a lo largo del ejercicio.

Por lo que respecta a los avales públicos (artículo 36), es también el Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta de los Consejeros de Hacienda y Administración Pública y Economía y Empleo, quien ostenta la competencia para su concesión, pudiendo otorgarse aquéllos a empresas radicadas en Aragón —con prioridad para las PYMES— respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. Empero, el monto total de los citados avales no podrá rebasar la cantidad de 200 millones de euros —cuantía ésta que se ha visto duplicada en relación al ejercicio precedente—, exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cifra de 600.000 euros.

Por otro lado, la concesión del aval exige el cumplimiento de una serie de requisitos de diversa índole. En este sentido, deberá acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o la Seguridad Social; junto a ello, los sujetos beneficiarios del

---

(23) A este respecto, ha de recordarse que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la LOFCA. Así, una de tales limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las tales Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el citado artículo, deberá tener presente el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito que pretenda concertar una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el susodicho principio.

aval deberán demostrar que no han sido sancionados — mediante sanción firme, por infracciones graves o muy graves— por las autoridades laborales competentes, así como también el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos, debiendo presentar además, cuando se trate de empresas privadas, el correspondiente plan económico-financiero con la finalidad de poder estimar la viabilidad de la empresa.

Por lo demás, el artículo 37 de la Ley de Presupuestos para 2012 contempla la posibilidad de formalizar —con autorización del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública— contratos de reafianzamiento y aval con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio en Aragón por una cuantía máxima global de 20 millones de euros, estableciéndose, a su vez, las condiciones exigidas para ello.

Por último, el artículo 38 del referido Texto legal encomienda al Departamento de Economía y Empleo la realización de las actuaciones que corresponden a la Comunidad Autónoma de Aragón derivadas de la Ley de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

Una vez concluido el análisis de los distintos Títulos que conforman la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2012, resulta preciso hacer una sucinta mención acerca de *diversas cuestiones* que presentan una especial transcendencia y que aparecen recogidas en sede de las Disposiciones Adicionales y Transitorias de la referida Ley: 1) las tarifas y componentes fijos del Canon de Saneamiento; 2) la determinación del régimen al que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; 3) el establecimiento de determinados criterios de gestión de ciertos créditos presupuestarios; 4) la información fiscal que debe facilitarse a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón; y 5) la dotación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

En lo atinente a la primera de las cuestiones indicadas, es la Disposición Adicional 20ª de la Ley de Presupuestos la que —de conformidad con lo previsto en la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (24)— establece los componentes fijos de la tarifa y el tipo del Canon de Saneamiento aplicable. A este respecto, y al igual que en el Presupuesto para el año 2011, dicha Disposición procede a distinguir entre la tarifa general de aquel tributo y la tarifa específica aplicable al Municipio de Zaragoza, siendo esta última inferior a la general en atención al esfuerzo inversor realizado por dicho Ayuntamiento en la construcción de infraestructuras de saneamiento y depuración, estableciéndose, además, una bonificación del 100% del citado canon durante el ejercicio de 2012 para los usos domésticos e industriales que tengan lugar en dicho Municipio (25).

---

(24) Ley 6/2001, de 17 de mayo (art. 58.1).

(25) El referido «esfuerzo inversor» aparece también reconocido en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en

En segundo término, y en lo relativo al régimen de las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 6ª), la Ley ahora comentada recoge la exigencia de que el solicitante de aquéllas acredite debidamente la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (26)), así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

Junto a lo anterior, la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la autorización del Gobierno de Aragón, régimen que también se aplica en la hipótesis inversa, esto es, en aquellas situaciones en que, tras haber obtenido una subvención, se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en los casos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, respecto de un mismo proyecto, de aval y subvención.

Con carácter adicional, se prevé que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus organismos autónomos y empresas deberán publicar en el BOA, con carácter trimestral, un listado-resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando el programa y línea de subvención, el nombre y domicilio del beneficiario, la finalidad y la cuantía. Asimismo, se prevé que una vez finalizado el ejercicio presupuestario, deberá remitirse a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón un listado-resumen de las subvenciones concedidas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

En lo que concierne a la tercera de las cuestiones arriba indicadas —gestión de ciertos créditos presupuestarios—, la Disposición Adicional 1ª de la Ley comentada en estas páginas se ocupa de esta materia en relación con el Presupuesto de las Cortes de Aragón, correspondiendo a las Disposiciones Adicionales 9ª y 18ª el establecimiento de previsiones específicas en relación a la gestión de los créditos referentes a los Capítulos de Diversos Departamentos y de Administraciones Comarcales, respectivamente.

Por su parte, la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Presupuestos para 2012, bajo el título de Información fiscal a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón, regula, con el fin de conocer de esfuerzo fiscal de la Comunidad de Aragón, el deber del Departamento de Hacienda y Administración Pública de remitir a la susodicha Comisión, antes

---

Aragón, cuya redacción actual indica que el mismo «será compensado por la diferencia entre el tipo general del canon aplicable y las tasas de saneamiento y depuración aplicables en el Municipio, hasta que finalice la total compensación».

(26) Como, por ejemplo, las relativas a Política Agraria Común o las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

del 1 de julio de 2012, el importe recaudado en Aragón tanto por el Estado como por la Comunidad Autónoma de todos los tributos estatales y autonómicos correspondientes a los ejercicios 2006, 2007, 2008, 2009 y 2011.

Por último, es también la ya mencionada Disposición adicional 9ª del Texto legal que venimos examinando la que crea, como novedad, el denominado Fondo de Contingencia de ejecución Presupuestaria, el cual aparece dotado, en el presente ejercicio, con un importe de 20 millones de euros, cuantía ésta que puede verse incrementada. a lo largo de aquél mediante las modificaciones presupuestarias pertinentes y de cuya aplicación debe informarse trimestralmente a las Cortes de Aragón por parte del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

Dicho Fondo tiene como finalidad financiar modificaciones presupuestarias de ampliación de créditos e incorporación de remanentes de créditos financiados con remanente de tesorería afectado, así como también los créditos extraordinarios, suplementos de crédito y transferencias de créditos, pudiendo utilizarse igualmente —aunque sólo en casos excepcionales— con el fin de financiar otras modificaciones presupuestarias. En todo caso, debe advertirse que, a tenor de las Disposiciones Transitorias 4ª a 6ª de la Ley de Presupuestos para 2012, el Gobierno de Aragón podrá dotar determinadas cantidades del mencionado Fondo a la financiación complementaria de las comarcas (5 millones de euros), a actividades de dinamización de la economía en el medio rural (800.000 euros), así como a determinadas actividades propias de la Universidad de Zaragoza (4 millones de euros) y de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión (1.400.000 euros).



# REFLEXIONES SOBRE LA ÚLTIMA REFORMA EN MATERIA AMBIENTAL. LA QUIMERA DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA INADECUACIÓN DEL DECRETO-LEY PARA SU INSTRUMENTACIÓN(\*) (\*\*)

TÉRESA M<sup>o</sup> NAVARRO CABALLERO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA INNECESARIEDAD DE LA FÓRMULA DEL REAL DECRETO-LEY PARA ABORDAR LA REFORMA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. LA FALTA DE CORRELACIÓN ENTRE LA DECLARADA URGENCIA Y EL ALCANCE DE LA REFORMA.– II. REFERENCIA A LOS ÁMBITOS Y MATERIAS AFECTADOS POR LA REFORMA: 1. La reforma de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad: A) La indeterminada medida de coordinación de los diversos regímenes jurídicos de protección confluyentes en un mismo espacio natural protegido. B) Preservación de las necesidades de desarrollo de los municipios enclavados en la Red Natura 2000. C) Habilitación para el desarrollo reglamentario de los procedimientos de comunicación de información oficial sobre espacios protegidos a la Comisión Europea. 2. Modificación de la Ley 28/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados. A) Establecimiento del carácter voluntario del sistema de depósito, devolución y retorno de envases (SDDR). B) Traslado de residuos en el interior del territorio del Estado. C) Responsabilidad ampliada del productor. D) Competencias sancionadoras de las Corporaciones Locales. E) Supresión del calendario de sustitución de las bolsas de un solo uso. F) Priorización del tratamiento de los residuos reciclables dentro de la Unión Europea. 3. Modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.– III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA REFORMA OPERADA EN MATERIA DE AGUAS: 1. El régimen de las masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o cualitativo. 2. Transformación de derechos privados en concesionales. 3. La «cesión» de los aprovechamientos en el Alto Guadiana. 4. La transformación de aprovechamientos por disposición legal en concesiones en el ámbito*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 4 de marzo de 2013 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de marzo de 2013.

(\*\*) Este trabajo ha sido parcialmente financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (en la actualidad Ministerio de Economía y Competitividad), con cargo al proyecto de investigación: "Calidad de los acuíferos e impacto de fuentes agrarias", con número de referencia: DER2011-27765 y por la Fundación Séneca-Agencia de la Ciencia y la Tecnología, con cargo al Proyecto "Las consecuencias jurídicas de la protección del suelo, el agua y los espacios naturales en la Región de Murcia" (Ref. 11880/PHCS/09).

del Alto Guadiana. 5. Modificación de los regímenes sancionador y económico-financiero. 6. Reversión al organismo de cuenca de las facultades de policía en el dominio público hidráulico. 7. Funciones del Presidente del Organismo de cuenca. 8. Fijación del término para la determinación de las cuantías del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua.– IV. FINAL

*RESUMEN:* En el presente trabajo se reflexiona sobre las últimas reformas acaecidas en materia de medio ambiente en virtud del Real Decreto-Ley 17/2012, luego convertido en la Ley 11/2012. Pretende exponer el alcance que dicha reforma ha producido sobre la normativa y los sectores afectados, prestando especial atención a la fórmula empleada para ello, el Real Decreto-Ley, y a la procedencia de la misma.

*Palabras clave:* medio ambiente; Real Decreto-Ley; Patrimonio Natural; residuos; aguas.

*ABSTRACT:* This paper is a reflection on the latest environmental reform paying special attention to Royal Decree-Law 17/2012. It explains the reform in the current rules devoting special attention to formula used and if it was the proper tool for this reform.

*Key words:* environment, Royal Decree-Law; Natural Heritage; waste; water law.

## **I. INTRODUCCIÓN. LA INNECESARIEDAD DE LA FÓRMULA DEL REAL DECRETO-LEY PARA ABORDAR LA REFORMA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. LA FALTA DE CORRELACIÓN ENTRE LA DECLARADA URGENCIA Y EL ALCANCE DE LA REFORMA**

En estos meses de gran convulsión y crisis económica, financiera, institucional, social... nos encontramos inmersos en un vertiginoso proceso de reformas de sectores esenciales que pretenden hacer frente a la difícil situación sin precedentes que estamos atravesando. Asistimos últimamente a la frenética publicación en los boletines oficiales de numerosos Decretos-leyes que adoptan medidas urgentes de reformas que, desde diversos ámbitos y sectores, se presentan como imprescindibles para acometer las tan reclamadas reformas estructurales que permitan la reactivación de nuestra maltrecha economía, la estabilidad presupuestaria, la corrección del déficit público y la tan anhelada generación de empleo (1).

---

(1) La primera disposición adoptada en este contexto fue el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, calificada por la propia Vicepresidenta Soraya Sainz de Santamaría como el «inicio del inicio» de la batería de medidas de reforma que el recién estrenado gobierno debía acometer. A partir de entonces se han ido publicando distintas disposiciones que abordan las, en la mayoría de los casos, controvertidas reformas de diverso calado en sectores fundamentales.

El medio ambiente no escapa a esta tendencia reformista y así lo anunció el flamante Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente del gobierno popular recientemente instaurado. En efecto, en su primera intervención en la Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, celebrada el 1 de febrero de 2012 el Ministro presentó un ambicioso Programa de trabajo que, en materia de medio ambiente, se sustentaba sobre dos pilares: la viabilidad económica y la sostenibilidad medioambiental. El Ministro arrancaba su intervención haciendo una declaración de principios y se manifestaba firmemente convencido de que la conservación del medio ambiente debía ser contemplada como aliada del progreso y no como un obstáculo para el desarrollo económico y la generación de empleo. De tal forma señalaba que el medio ambiente no es solo «un valor en sí mismo, sino que además puede generar riqueza y empleo, si tenemos el acierto de gestionarlo adecuadamente» y, en definitiva, eso es lo que el Ministerio se propone para la presente Legislatura: «contribuir al esfuerzo que hace este país por salir de la crisis económica gracias al medio ambiente, y no a costa del medio ambiente» (2). Una gran responsabilidad, sin duda, para un bien tan vulnerable como el medio ambiente.

Consecuentemente con ello, al amparo de la *green economy* se promoverá un proceso productivo más eficiente que consuma menos recursos, genere menos emisiones y provoque menos impacto. En el que se podría calificar como el concreto objetivo del Ministerio se declara abiertamente que todos los esfuerzos se dirigirán a la racionalización de los procedimientos y la simplificación adminis-

---

Sin duda, el más reciente exponente es el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que está siendo fuertemente contestado y ha provocado la reacción del principal grupo de la oposición que se plantea incluso impugnarlo ante el Tribunal Constitucional.

Sin ánimo exhaustivo se pueden señalar la reforma operada en el ámbito financiero a través diversas disposiciones como el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores; el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. En el ámbito laboral, las reformas se han articulado a través del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En el ámbito tributario se ha acometido por medio del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. En materia educativa el controvertido Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. El sanitario, en virtud del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; o, en fin, de flexibilización del sector comercial y de servicios a través del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

(2) Intervención del Ministro Miguel Arias Cañete en la Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, el 1 de febrero de 2012 (pp. 41 y ss). Texto íntegro disponible en el sitio web del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

trativa, por lo que según se afirma, el Ministerio va a trabajar para racionalizar la normativa básica en las materias cuya competencia tiene atribuida (aguas, costas, calidad y evaluación ambiental, residuos, responsabilidad medioambiental, medio natural y cambio climático) (3).

Así las cosas, nos encontrábamos a la espera de las importantes y ambiciosas modificaciones normativas anunciadas cuando apenas dos meses después se aprobó el Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente. Del preámbulo de esta disposición normativa se desprende que nos encontramos ante la referida reforma sustancial y de calado en materia de medio ambiente. «La reforma que acomete el presente real decreto-ley —afirma— se orienta a la *simplificación administrativa*, eliminando aquellos mecanismos de intervención que por su propia complejidad resultan ineficaces, y lo que es más grave, imponen demoras difíciles de soportar para los ciudadanos y dificultades de gestión para las Administraciones públicas. La *simplificación y agilización administrativa de las normas ambientales* que se promueve, además de ser necesaria en sí misma, resulta un medio idóneo para acompañar a las reformas, que con carácter urgente, el Gobierno ha puesto en marcha». Como se verá, las expectativas creadas ante tan decidida afirmación se desvanecen al adentrarnos en el contenido de la norma, pues la simplificación operada es más bien limitada.

*A priori* puede constatarse que la reforma en materia de medio ambiente no parece responder al caso de extraordinaria y urgente necesidad que permite al Gobierno dictar las disposiciones legislativas provisionales en que consisten los Decretos-leyes. Ocioso es recordar que el Decreto-ley permite regular una materia con una norma con rango de Ley cuando existe una necesidad urgente que impide seguir el procedimiento de elaboración de leyes, ni siquiera el de urgencia. Pero como es sabido, la necesidad de adoptar una norma con rango de Ley no solo ha de ser urgente sino también extraordinaria, siendo primeramente el Gobierno el que valora tal circunstancia. El Tribunal Constitucional recuerda que «nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquéllas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-ley como

---

(3) En cuanto a la simplificación normativa, afirmaba el Ministro que «resulta especialmente necesaria y urgente en un ámbito como el del medio ambiente, en el que a las normas básicas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas por el Estado, se suman las disposiciones adicionales de protección del medio ambiente promulgadas por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Es un hecho el que el modo en que tales competencias han sido ejercitadas ha dado lugar a un marco normativo que en muchos casos genera inseguridad jurídica a los ciudadanos, desincentiva la actividad económica y no consigue el objetivo último de asegurar la eficaz protección del medio ambiente. Los poderes públicos tenemos el deber de remediarlo».

un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas. Lo primero quiere decir que la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes». Adoptando un criterio muy flexible el Tribunal concluye que «la utilización del Decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (4).

Si bien el recurso a este tipo de disposiciones normativas es constitucional al amparo de una interpretación flexible de la Carta Magna no parece conveniente que se convierta en una opción de fácil recurso en cualquier supuesto. Esto es lo que a mi juicio ocurre con el Real Decreto-Ley 17/2012, cuyas medidas, no tan urgentes, podrían haberse adoptado siguiendo el procedimiento de urgencia de tramitación de las leyes, lo que habría permitido el desarrollo del debate y la discusión parlamentaria propios del proceso de elaboración de las leyes. Finalmente, el Real Decreto-Ley 17/2012, convalidado por Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados ha sido tramitado como proyecto de Ley en siete meses y recientemente hemos asistido a su publicación en el Boletín Oficial del Estado como Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente. La Ley 11/2012 asume el contenido del Real Decreto-Ley, aunque no lo deroga expresamente, e introduce alguna modificación más en el Texto Refundido de la Ley de Aguas (5) y en la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados (6).

---

(4) STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 3.

(5) Del TRLA modifica también el párrafo c) del art. 28, añade un apartado 2 en el artículo 30, modifica el apartado 7 del artículo 114, modifica la Disposición adicional decimocuarta e introduce un nuevo párrafo al apartado 1 de la Disposición transitoria tercera bis.

(6) De la Ley de residuos modifica el apartado 6 del artículo 32, el primer párrafo de apartado 1 del artículo 41, modifica los apartados 3 y 4 de la Disposición adicional segunda y suprime el apartado 6 de dicha disposición, introduce una nueva disposición adicional decimosexta y modifica la letra c) del apartado 1 de la disposición final tercera.

## **II. REFERENCIA A LOS ÁMBITOS Y MATERIAS AFECTADOS POR LA REFORMA**

Según el ambicioso tenor de la propia norma la reforma se orienta decididamente a la simplificación administrativa y lo hace «eliminando aquellos mecanismos de intervención que por su propia complejidad resultan ineficaces e imponen demoras difíciles de soportar para los ciudadanos y dificultades de gestión para las Administraciones públicas». Además se afirma que la simplificación y agilización administrativa de las normas ambientales que se promueve, «además de ser necesaria en sí misma, resulta un medio idóneo para acompañar a las reformas que, con carácter urgente, el Gobierno ha puesto en marcha». Las disposiciones a las que afecta son la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, la ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos, el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

### **1. La reforma de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad**

Sobre la base de la existencia de desajustes en la aplicación de la Ley que generan retrasos innecesarios a los ciudadanos e inconvenientes difíciles de superar por las Administraciones públicas a las que les corresponde gestionar los espacios naturales protegidos y la Red Natura 2000 se modifica la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad. De esta forma, en aquellos casos en que se solapan varias figuras de protección, la Ley dispone que se consolidarán y unificarán todas ellas en un único instrumento de protección. Al tiempo, se garantiza la compatibilidad de la protección con las necesidades de desarrollo propias de los núcleos urbanos, a través, precisamente, de la planificación de los espacios naturales. En fin, se reconoce la urgencia de realizar la habilitación para que reglamentariamente se instituya un procedimiento para comunicar a la Comisión Europea las medidas compensatorias que se adopten en el marco de lo dispuesto en el artículo 45.5, esto es, las medidas que las Administraciones públicas competentes deben adoptar para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 queda protegida cuando a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre un determinado lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica.

### **A) La indeterminada medida de coordinación de los diversos regímenes jurídicos de protección confluyentes en un mismo espacio natural protegido**

La primera modificación introducida en la Ley de Patrimonio Natural es la que afecta al artículo 28 que señalaba que tanto las normas reguladoras de los espacios naturales protegidos como sus mecanismos de planificación de la gestión, deben determinar los instrumentos de diversa índole (jurídicos, financieros y materiales) que sean necesarios para cumplir eficazmente los fines que se perseguían con su declaración como ENP. En efecto, de solaparse en un mismo lugar distintas figuras de espacios protegidos deben coordinarse tanto sus normas reguladoras como los mecanismos de planificación para que los diferentes regímenes aplicables en función de cada categoría conformen un todo coherente, debiendo ahora unificarse en un único documento integrado. El inciso introducido, que ordena ahora que las normas reguladoras de los espacios naturales protegidos y sus mecanismos de planificación no solo se coordinen sino que se integren en un solo documento no especifica, sin embargo, en qué documento ha de integrarse ni quién debe hacerlo. Dado el particular sistema de distribución de competencias no solo en materia de medio ambiente (ya de por sí compleja y conflictiva dado su carácter horizontal) sino particularmente de espacios naturales protegidos (competencia no prevista en la Constitución y sobre la que diversas Comunidades Autónomas han asumido una competencia exclusiva) existen espacios naturales estatales y autonómicos a los que hay que añadir la Red Natura 2000 que goza de un régimen peculiar entretanto las Comunidades Autónomas no adopten las medidas de conservación apropiadas, lo que provoca las superposiciones que se pretenden evitar que retardan y dificultan la gestión de dichos espacios (7). A éstas les corresponde, pues, además del dictado de normas adicionales de protección, la declaración y gestión de los espacios naturales protegidos salvo los Parques Nacionales, los Parques Nacionales y espacios, hábitats o áreas críticas situadas en aguas marinas bajo soberanía o jurisdicción nacional, cuando el ecosistema protegido no tenga

---

(7) Como advierte LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, Madrid, 11ª edición, pp. 161 y ss, el Tribunal Constitucional, principalmente en sus sentencias 64/1982 y 102/1995, ha admitido la asunción de este título competencial por considerarlo diferente de la competencia sobre protección del medio ambiente. La legislación sobre espacios naturales protegidos realiza una protección de carácter excepcional basada en la idea de conservación de la naturaleza en determinados espacios de forma que los espacios naturales, aunque son soporte topográfico del medio ambiente, se les reconoce «personalidad propia dentro del conjunto». Ahora bien, como no puede ser de otra forma y sucede con los demás títulos competenciales de naturaleza ambiental no contemplados en el sistema de distribución de competencias constitucional, la competencia legislativa autonómica habrá de ejercerse de acuerdo con la legislación básica estatal sobre protección del medio ambiente en la que se incluye la relativa a los espacios naturales protegidos, lo que viene a matizar la forzada afirmación de que la protección de los espacios naturales constituye una competencia diversa de la protección del medio ambiente.

continuidad ecológica con la parte terrestre (arts. 16 LRPN y 6 LPNyB) o la zona marítimo-terrestre situadas en la Comunidad Autónoma y la gestión encomendada a España por instrumentos internacionales de espacios situados en los estrechos sometidos al Derecho internacional o en alta mar (art. 6 LPNy B).

Las indeterminaciones de que adolece la modificación pueden llegar a bloquear su efectividad impidiendo alcanzar su objetivo de agilizar la tramitación de los diversos planes y programas que pueden recaer sobre un mismo ENP (8) sino incluso a enquistar dichos procesos, ante la expectativa que puede suscitar en las diversas Comunidades autónomas incumplidoras de que el gobierno central logre una moratoria de Bruselas ante la actual situación económica y la generalización del incumplimiento por numerosas autonomías (9). De igual manera, la efectividad y rapidez perseguida puede quedar desvirtuada si lo que finalmente se acaba haciendo es una mera yuxtaposición de los programas y medidas que procedan según los regímenes aplicables al espacio natural. Conviene recordar que a las consabidas figuras de espacios protegidos que establece la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad hay que añadir, de un lado, las figuras específicas que han introducido las Comunidades Autónomas con competencia en la materia (hasta treinta y ocho figuras de protección distintas para los espacios naturales autonómicos, según la Comunidad Autónoma de que se trate) y, de otro, las figuras establecidas por tratados internacionales de los que España es parte y que tienen su propio sistema de protección así como las medidas de conservación de la Red Natura 2000, que las Comunidades Autónomas pueden fijar de forma particular o asumiendo alguna de las figuras preexistente de espacio natural protegido (10).

---

(8) En efecto, la reforma en este punto busca claramente impulsar y agilizar el proceso de planificación de los espacios naturales protegidos sometido a diversos plazos provenientes tanto de la normativa europea como autonómica. Muchos de estos plazos están sobradamente cumplidos, como sucede particularmente con los Planes de Gestión de los Lugares de Interés Comunitario sometidos a la Directiva 92/43/CEE, Hábitats, cuyos plazos y obligaciones derivadas de los artículos 4.4 y 6.1 y 2 fueron ampliados hasta el 20 de julio de 2012 por la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2006.

(9) La expectativa de conseguir la moratoria de Bruselas ha sido abiertamente declarada por las autoridades ambientales en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, según la noticia aparecida en La Verdad el 22 de junio de 2012 y que puede consultarse en <http://lospiesenlatierra.laverdad.es/noticias/2422-medio-ambiente-retrasa-sin-fecha-los-planes-de-gestion-de-espacios-protegidos>

(10) Dado que los Lugares de Importancia Comunitaria, las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves tendrán la consideración de espacios protegidos, con la denominación de espacio protegido Red Natura 2000, y con el alcance y las limitaciones que las Comunidades autónomas establezcan en su legislación y en los correspondientes instrumentos de planificación (art. 41.2 de la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad).



## **B) Preservación de las necesidades de desarrollo de los municipios enclavados en la Red Natura 2000**

La siguiente modificación realizada en la LPNyB es la que afecta a la letra a) del artículo 45.1. Este artículo integrado en el capítulo III del título II regulador de los espacios protegidos Red Natura 2000 ordena a las Comunidades Autónomas que fijen las medidas de conservación necesarias en las Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves. Estas medidas han de responder a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales y de las especies presentes en tales áreas que implicarán, según señala la letra a) modificada, adecuados planes o instrumentos de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo que incluyan, al menos, los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable. El inciso introducido impone que estos planes deberán tener en especial consideración las necesidades de aquellos municipios incluidos en su totalidad o en un gran porcentaje de su territorio en estos lugares garantizando así que sea compatible la protección ambiental con las necesidades de desarrollo propias de los núcleos urbanos a través de la planificación de los espacios naturales y evitando que su desarrollo quede congelado.

## **C) Habilitación para el desarrollo reglamentario de los procedimientos de comunicación de información oficial sobre espacios protegidos a la Comisión Europea**

La tercera y última modificación introducida en la LPNyB es la efectuada sobre la disposición final octava, a la que se introducen los números 2 y 3 por los que se habilita al Gobierno para efectuar el desarrollo reglamentario de dos fundamentales procedimientos de comunicación de información oficial sobre espacios protegidos a la Comisión Europea: por un lado, el que traslada a la Comisión la información oficial sobre espacios protegidos Red Natura 2000 al que se refieren los artículos 42 y 44, esto es, la propuesta de LIC que las Comunidades Autónomas hacen en su ámbito territorial para su aprobación por la Comisión Europea así como las declaraciones que hagan de las Zonas Especiales de Conservación y Zonas de Especial Protección para las Aves. Por otro lado, el informe previsto en el artículo 6.4 de la Directiva Hábitats que se refiere a las medidas compensatorias adoptadas para planes, programas o proyectos que aún teniendo evaluación de repercusiones negativa se van a realizar por concurrir razones imperiosas de interés público de primer orden o cuando el lugar sobre el que se ha proyectado la actuación alberga un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritaria de los anexos I y II, y se ha de efectuar la consulta previa a la Comisión Europea, según lo dispuesto en los artículos 45.5 y 45.6.c) LPNyB.

## **2. Modificación de la Ley 28/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados**

### **A) Establecimiento del carácter voluntario del sistema de depósito, devolución y retorno de envases (SDDR)**

La primera modificación efectuada sobre la Ley de residuos y suelos contaminados es la que afecta al artículo 21, relativo a la recogida, preparación para la reutilización, reciclado y valorización de residuos. La reforma introduce la referencia a los *productos reciclados* junto a los productos preparados para su reutilización. En efecto, las autoridades ambientales en su ámbito competencial y atendiendo a los principios de prevención y fomento de la reutilización y el reciclado de alta calidad, adoptarán las medidas necesarias para que se establezcan sistemas prioritarios para fomentar la reutilización de los productos y las actividades de preparación para la reutilización. De igual forma, promoverán, entre otras medidas, el establecimiento de lugares de almacenamiento para los residuos susceptibles de reutilización y el apoyo al establecimiento de redes y centros de reutilización. Y, en fin, obliga a que las autoridades ambientales impulsen medidas de promoción de los productos preparados para su reutilización a través de la contratación pública y de objetivos cuantitativos en los planes de gestión. Como he referido ya, tras la reforma, esta obligación se extiende ahora también a los productos reciclados, lo que sin duda es plausible al suponer un empuje al reciclaje si bien la referencia se debería haber incorporado con carácter general, no solo en relación con las medidas de promoción de los productos reciclados y preparados para su reutilización que han de promover las Administraciones públicas.

En segundo lugar, se ha suprimido el apartado 2 del artículo 21 que regulaba el sistema de depósito, devolución y retorno (SDDR) para los envases industriales, los colectivos y de transporte, los envases y residuos de envases de vidrio, plástico y metal y para otros productos reutilizables y que tan contestado había resultado por el sector empresarial de los fabricantes de envases, envasadores y distribuidores y por los principales sistemas integrados de gestión de envases y residuos de envases. Como complemento de lo anterior también se modifica el artículo 31, letra *d*) relativo a la responsabilidad ampliada del productor, en concreto para imponer al productor de productos la obligación de establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento solamente, ahora, en los siguientes casos:

- cuando se trate de residuos de difícil valorización o eliminación
- cuando las características de los productos o residuos determinen que los sistemas de depósito, devolución y retorno (SDDR) constituyen la opción más adecuada para su correcta gestión
- o cuando no se cumplan los objetivos de gestión fijados en la normativa vigente.

Como cierre del sistema se añade un último párrafo al apartado 3 del artículo 31 en cuya virtud la implantación de los sistemas de depósito, devolución y retorno de residuos tendrá carácter voluntario, salvo en los supuestos mencionados supra previstos en el artículo 31.2 d). De tal forma solo en estos supuestos podrá obligarse al productor a implantar el SDDR, lo que habrá de hacerse mediante Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros. Para dicha implantación del SDDR habrá que tener en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos sobre el medio ambiente y la salud humana, garantizando el correcto funcionamiento del mercado interior. Además, tratándose de envases y residuos de envases se habrá de tener en cuenta el grado de cumplimiento de los objetivos mínimos de reutilización y reciclado establecidos por las directivas europeas para envases en general, y el cumplimiento de otras normas de la Unión Europea, así como las expectativas viables de superarlos, teniendo en cuenta con especial consideración las circunstancias y posibilidades reales de las pequeñas y medianas empresas (11). Finalmente, la normativa de cada flujo de residuos podrá prever la participación de los distribuidores de productos y otros agentes económicos en los sistemas colectivos y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada (12). Esta disposición, introducida en la Ley 11/2012, no en el Real Decreto-Ley ha de ponerse en conexión con el párrafo introducido en la letra c) del apartado 1 de la disposición final tercera (también introducido por la Ley 11/2012) sobre los sistemas de depósito de productos reutilizables. Esta disposición permitía que el Gobierno de la Nación en el desarrollo reglamentario de la Ley estableciera normas para los diferentes tipos de residuos, en las que se fijarán disposiciones particulares relativas a su producción y gestión. Particularmente, en virtud de la citada modificación, también podrá establecer reglas específicas para la implantación de sistemas de depósito para productos reutilizables y, en particular, para envases reutilizables de cervezas, bebidas refrescantes y aguas de bebida envasadas.

## **B) Traslado de residuos en el interior del territorio del Estado**

El régimen de traslados de residuos entre Comunidades Autónomas ha sufrido una pequeña modificación que simplifica ligeramente los trámites administrativos que, por imperativo del Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo al traslado de residuos, se deben realizar al llevar a cabo éstos dado el riesgo que el traslado de residuos no controlados conlleva no solo desde la perspectiva ambiental.

(11) Artículo 31.3. de la Ley 22/2011, de Residuos y Suelos Contaminados.

(12) Artículo 32.6 de la Ley 22/2011, de residuos en la redacción dada por la Ley 11/2012, de 19 de diciembre. Esta Ley también afecta mínimamente al primer párrafo del apartado 1 del artículo 41 para donde decía «las personas físicas o jurídicas que hayan obtenido una autorización» añadir «de tratamiento de residuos de las previstas en el artículo 27».

Cuando el traslado tenga lugar dentro del país para destinarlos a operaciones de eliminación, los operadores que vayan a realizarlos deberán presentar una notificación previa a las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma de origen y de la de destino. Igual notificación y a las mismas autoridades deben realizarse cuando se trate de un traslado para la valorización de residuos domésticos mezclados, de residuos peligrosos y de los residuos para los que reglamentariamente se determine. La novedad introducida consiste en que se manifiesta expresamente que las notificaciones podrán ser generales, con la duración temporal que se determine reglamentariamente o, por el contrario, podrán referirse a traslados concretos de residuos.

### **C) Responsabilidad ampliada del productor**

La responsabilidad ampliada del productor se modifica primeramente en el sentido ya expuesto *supra* de transformar en voluntario el SDDR. Por otro lado, en el ámbito de la gestión de los residuos en el marco de la responsabilidad ampliada del productor se simplifica bastante el procedimiento de autorización de los sistemas integrados de gestión (SIG). En efecto, los productores que opten por un sistema colectivo para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la responsabilidad ampliada del productor han de constituir una asociación u otra entidad con personalidad jurídica propia pero sin ánimo de lucro y antes del inicio de su actividad han de solicitar una autorización previa a la autoridad ambiental de la Comunidad Autónoma donde el sistema tenga previsto establecer su sede social. La autorización debe ser informada previamente por la Comisión de coordinación en materia de residuos. Se trata de un órgano de cooperación técnica y colaboración entre las administraciones competentes en materia de residuos que se creó con la Ley 22/2011 del que, por lo tanto, forman parte todas las Comunidades Autónomas además de los representantes de las demás Administraciones territoriales (13). En un principio, en virtud de la redacción primigenia del artículo 32, para actuar en otras Comunidades Autónomas el sistema colectivo había de solicitar autorización a los restantes órganos autonómicos competentes debiendo éstos resolver en un plazo máximo de dos meses, transcurridos los cuales se entendía que el sistema cumplía las condiciones exigidas por la Comunidad Autónoma correspondiente y por efecto del silencio administrativo positivo podía comenzar su actividad. Este régimen ha cambiado ya que se ha modificado el artículo 32.3 suprimiéndose precisamente el inciso que regulaba la autorización de las Comunidades Autónomas distintas de aquella en la que el SIG desarrolle su actuación. Ahora por lo tanto sólo se precisa la autorización administrativa de esta última que tendrá efectos en todo el territorio nacional.

Por otro lado, se modifica la disposición transitoria cuarta para puntualizar que entre tanto no entren en vigor las normas por las que se adaptan a la nueva

---

(13) Art. 13 de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados.

Ley de residuos las disposiciones reguladoras de cada flujo de residuos los SIG que se constituyan se seguirán rigiendo por la Ley de residuos predecesora. Esto es importante toda vez que la redacción originaria de la disposición transitoria señalaba que los sistemas de responsabilidad ampliada que presentaran su solicitud de autorización antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2011, se seguirían sometiendo al régimen de residuos de la Ley 10/1998. El plazo era breve pero cierto toda vez que los sistemas colectivos que presentaron la solicitud de autorización antes del 30 de julio de 2011 se someterían al régimen anterior mientras que el resto lo hará al nuevo. La ampliación del plazo es considerable y, en todo caso, incierta —hasta que recaiga la adaptación de la normativa preexistente— por lo que no tiene demasiado sentido referirse a los SIG que hayan presentado su solicitud en una fecha tan indeterminada como la entrada en vigor de la normativa de adaptación de las normas reguladoras de cada flujo. Por lo tanto, la modificación debería haber señalado que todos los sistemas colectivos de gestión, los existentes y los que se constituyan, se regirán por el régimen anterior hasta que se produzca la adaptación de las normas reguladoras a la nueva normativa, y a partir de entonces contarán con un año para adaptarse a la nueva normativa.

Finalmente, también se modifica el anexo X que recoge el contenido mínimo que debe tener la solicitud de autorización de los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada para exigir que se haga constar el procedimiento de recogida de datos de los operadores que realicen actividades relacionadas con el ejercicio de las funciones del sistema colectivo de responsabilidad ampliada, además del procedimiento por el que se va a suministrar información a las administraciones públicas.

#### **D) Competencias sancionadoras de las Corporaciones Locales**

Otro extremo modificado es el relativo a la potestad sancionadora en materia de residuos que se matiza en cuanto a las corporaciones locales. En este sentido se introduce un breve inciso en el artículo 49.3 para concretar que corresponderá ejercer la potestad sancionadora a las entidades locales en el supuesto de abandono, vertido o eliminación incontrolados de los residuos pero, se añade ahora, solo de aquéllos cuya recogida y gestión les corresponde a ellas, como no puede ser de otra forma naturalmente. Extremo que podía ser perfectamente dilucidado con un mero ejercicio de interpretación.

#### **E) Supresión del calendario de sustitución de las bolsas de un solo uso**

Como novedad respecto de la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 17/2012 en la legislación de residuos, la Ley 11/2012 modifica la disposición adicional segunda de la Ley 22/2011, de residuos para suprimir el estricto

calendario de sustitución de bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable que ésta contenía en su número 3. Ahora este número dispone que será el reglamento el que establezca dicho calendario de sustitución así como las fórmulas previstas para el cumplimiento del mismo (14). Además, en el apartado 4 asigna un nuevo cometido al grupo de trabajo que se habrá de crear en el seno de la Comisión de coordinación para que analice la información disponible tanto a nivel internacional, como estatal y autonómico, en materia de normalización y análisis de ciclo de vida, entre otros aspectos relacionados con las bolsas de un solo uso. Finalmente se suprime el apartado 6 de la citada disposición adicional segunda que obligaba al Gobierno a que antes del 30 de junio de 2016 elaborara un informe en el que habría de evaluar el grado de consecución de los objetivos del calendario de sustitución y la conveniencia de implantar medidas fiscales sobre el consumo de las bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable. Las obligaciones gubernamentales en esta materia se han claramente relajado ante la eliminación del texto de la ley del calendario de sustitución de las bolsas de un solo uso y del informe que sobre el grado de cumplimiento del mismo había de hacer el Gobierno en unos años.

## **F) Priorización del tratamiento de los residuos reciclables dentro de la Unión Europea.**

Se introduce una nueva Disposición adicional decimosexta relativa a los residuos reciclables que permite a los productores y a los poseedores iniciales de éstos priorizar que el tratamiento completo de este tipo de residuos se realice dentro de la Unión Europea y evitar así el impacto ambiental de su transporte fuera de ella así como, por qué no decirlo, favorecer e impulsar dicho mercado nacional.

---

(14) El apartado 3 de la Disposición adicional segunda contenía un estricto calendario tomando como referencia la estimación de las puestas en el mercado en 2007: a) Antes de 2013 sustitución del 60% de las bolsas; b) antes de 2015 sustitución del 70% de las bolsas; c) antes de 2016 sustitución del 80% de las bolsas; d) en 2018 sustitución de la totalidad de estas bolsas, con excepción de las que se usen para contener pescados, carnes u otros alimentos perecederos, para las que se establece una moratoria que será revisada a la vista de las alternativas disponibles. La puesta en el mercado de estas bolsas con posterioridad a la fecha mencionada será sancionada en los términos previstos en el artículo 47.1.b). A partir del 1 de enero de 2015 las bolsas que se distribuyan incluirán un mensaje alusivo a los efectos que provocan en el medio ambiente. El contenido y el formato de dichos mensajes se determinarán mediante Orden del Ministro de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino (hoy Agricultura, Agua y Medio Ambiente). En caso de incumplimiento de esta previsión serán de aplicación las sanciones previstas en el artículo 47.1.c).

### **3. Modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores**

Se introduce una disposición adicional vigésimo primera en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores ante la exigencia de adaptar la legislación financiera española y el inminente comienzo de las subastas de derechos para, fundamentalmente, permitir a las entidades financieras concurrir a las subastas por cuenta propia o en nombre de clientes, además de invertir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de las facultades de supervisión, inspección y sanción en relación a las conductas de abuso de mercado. Así pues, se pretende que los Estados Miembros aseguren que las medidas nacionales mediante las que se transponen los artículos 14 y 15 de la Directiva 2003/6/CE sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado se aplican en relación con las personas responsables del incumplimiento de los artículos 37 a 42 del Reglamento de subastas, en los que se establece el régimen relativo al abuso de mercado aplicable a productos subastados distintos de los instrumentos financieros, en relación con subastas celebradas en su territorio o fuera de él.

De tal forma, de acuerdo con la citada disposición adicional vigésimo primera, las empresas que prestan servicios de inversión y las entidades de crédito autorizadas a prestar servicios de inversión podrán presentar ofertas en nombre de sus clientes en las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que no sean instrumentos financieros, a que se refiere el Reglamento (UE) N° 1031/2010 de la Comisión, de 12 de noviembre de 2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad. A tal fin, deberán incluir esta actividad en el programa de actividades en que deben describir los servicios de inversión y auxiliares que pretenden realizar.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores será la autoridad competente para sancionar a los responsables del incumplimiento en nuestro territorio de los artículos 37 a 42 del Reglamento (UE) N° 1031/2010, en relación con las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que no sean instrumentos financieros celebradas en nuestro territorio o fuera de él. A tales efectos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores contará con las facultades de supervisión e inspección previstas en esta norma.

En caso de incumplimiento del Reglamento de subastas en lo relativo al abuso de mercado aplicable a los productos subastados distintos de los instrumentos financieros se aplicará el régimen sancionador previsto en el capítulo II del Título VIII de la Ley del Mercado de Valores en relación con las operaciones con información privilegiada o que puedan constituir manipulación de mercado

con las que se especifican en el número 4 (15). Además, constituirá infracción muy grave incumplir las normas de conducta del artículo 59 del Reglamento de subastas así como el incumplimiento de la obligación de adoptar las disposiciones estructurales encaminadas a prevenir y detectar las prácticas de manipulación del mercado del artículo 42.4 del Reglamento —y grave su adopción de manera insuficiente—, cuando haya tenido lugar con ocasión de una concreta operación constitutiva de información privilegiada. A estos efectos, resultarán de aplicación las definiciones de información privilegiada y manipulación del mercado recogidas en el artículo 37 del Reglamento (UE) N.º 1031/2010 (16).

Por su parte, la CNMV cooperará con otras autoridades competentes de la Unión Europea, con las plataformas de subastas y con la entidad supervisora de las subastas siempre que sea necesario para llevar a cabo las funciones establecidas en el Reglamento (UE) N.º 1031/2010 y en relación con las materias y en los términos que en dicho Reglamento se regulan.

Finalmente, se exceptúa del deber de secreto regulado en el artículo 90 a las informaciones que la CNMV deba facilitar a las autoridades competentes, con las plataformas de subastas y con la entidad supervisora de las subastas, en materia de subastas de derechos de emisión de conformidad con el Reglamento de subastas (N.º 1031/2010).

### **III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA REFORMA OPERADA EN MATERIA DE AGUAS**

Pese a la denominación del Real Decreto-Ley 17/2012 y después de la Ley 11/2012, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, lo cierto es que la reforma más amplia es la que afecta al TRLA aunque más desde una perspectiva cuantitativa que cualitativa. La reforma afecta al régimen de los acuíferos sobreexplotados, ahora denominados «masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico» —así se ocupa de imponerlo la recién introducida disposición adicional decimoquinta del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) para adaptar su terminología a la Directiva Marco de Aguas—, al régimen económico-financiero de la utilización del Dominio Público Hidráulico, al régimen de infracciones y sanciones que ven incrementadas

---

(15) El régimen sancionador de la LMV se somete a las siguientes particularidades: a) Se exceptúa lo dispuesto en el artículo 99, apartado ñ) y en el artículo 100 apartado m). b) La remisión contenida en el artículo 99 o bis) se entenderá hecha únicamente al artículo 81.4, al artículo 83.1 d) y al 83.2.c) La remisión contenida en el artículo 100 x ter) se entenderá hecha únicamente al artículo 81.4, al artículo 83.1 d) y al 83.2, siendo las plataformas de subastas y las entidades supervisoras de las subastas los sujetos obligados. d) La remisión contenida en el artículo 100, apartado x) se entenderá hecha únicamente al artículo 81, exceptuando su apartado 3.

(16) Disposición adicional vigésimo primera, apartado 8 de la Ley del Mercado de Valores.



considerablemente sus importes, a la denominada «cesión» de derechos al uso del agua en el ámbito del Alto Guadiana, y al régimen de derechos sobre las aguas privadas de las transitorias segunda y tercera.

Las modificaciones del TRLA se justifican sobre la pretensión de conseguir un uso más adecuado del agua, a través de una gestión eficaz y coordinada en la que se preserve como principio fundamental el de unidad de gestión de cuenca.

### **1. El régimen de las masas de aguas subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o cualitativo**

La propia norma señala que la modificación del régimen de las masas de agua subterránea obedece a la finalidad de racionalizar la gestión y uso del agua, entendiendo que el régimen introducido permite reaccionar con rapidez ante los problemas que se detecten en las masas de aguas subterráneas así como una mayor flexibilidad para gestionar las disponibilidades de agua en las masas que cuenten con un plan de actuación.

Así, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 56 la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca podrá declarar que una masa de agua subterránea está en riesgo de no alcanzar un buen estado cuantitativo o químico, sin necesidad ahora de consultar al Consejo del Agua. En este caso y en el plazo de seis meses, el Organismo de cuenca constituirá una comunidad de usuarios si no la hubiere, o encomendará sus funciones con carácter temporal a una entidad representativa de los intereses concurrentes. Además, previa consulta con la comunidad de usuarios, la Junta de Gobierno aprobará en el plazo máximo de un año, desde que haya tenido lugar la declaración, un programa de actuación para la recuperación del buen estado de la masa de agua, que se incluirá en el programa de medidas de la Demarcación al que se refiere el artículo 92 quáter. Hasta que se apruebe el programa de actuación, se podrá adoptar las limitaciones de extracción así como las medidas de protección de la calidad del agua subterránea que sean necesarias como medida cautelar.

Del nuevo régimen expuesto hasta ahora cabe resaltar, en primera instancia, que se modifica la propia denominación de los acuíferos sobreexplotados, ahora denominados «masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico» por imposición de la recién introducida disposición adicional decimoquinta del TRLA para adaptar su terminología a la Directiva Marco de Aguas e incorporando la variable cualitativa de las masas de aguas. También se trae a la sede del artículo 56 que la primera obligación de los usuarios del acuífero es constituirse en comunidad de usuarios, debiendo hacerlo el Organismo de cuenca si en el plazo de seis meses aquéllos no cumplen su obligación o encomendará sus funciones con carácter temporal a una entidad representativa de los intereses concurrentes. La novedad en este punto es relativa toda vez que esta obligación estaba ya consagrada en el artículo

87.2 del TRLA aunque ahora se recoge también en sede de acuíferos sobreexplotados como la primera de las medidas a adoptar por la Junta de Gobierno, lo que en suma mejora la técnica legislativa e integra el régimen de los acuíferos sobreexplotados.

En segundo término se suprime el dictamen preceptivo del Consejo del Agua para que la Junta de Gobierno (ahora se concreta el órgano, antes el TRLA se refería de forma genérica al organismo de cuenca) declare una masa de agua en riesgo de no alcanzar el buen estado. Como apunta ÁLVAREZ CARREÑO, dada la naturaleza del órgano del que se prescinde tal modificación conlleva la consiguiente disminución del carácter participación de una decisión tan importante y afecta de forma particular a los representantes de las EELL y organizaciones de defensa del medio ambiente (17). Además hay que destacar que se acorta a un año el plazo máximo para que la Junta de Gobierno apruebe el programa de actuación para la recuperación del buen estado de la masa de agua (antes el organismo contaba con dos años para aprobar el plan de ordenación para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica), lo que sin duda favorece la pronta actuación frente a la situación del acuífero.

Pero sin duda, la novedad más destacable en lo que a la protección cuantitativa de los acuíferos es que ahora, entre tanto se apruebe del programa de actuación, se podrán adoptar como medida cautelar medidas de protección de la calidad del agua subterránea que sean necesarias además de acordar limitaciones de extracción, como sucediera antes.

El programa de actuación, otrora el plan de ordenación para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica, es fundamental para el seguimiento de la evolución del estado del acuífero y mantener o ir modificando las limitaciones en él contenidas. De esta forma, el artículo 56.2 ahora recoge de forma más sistemática las medidas que el Programa de actuación contemplará y se corresponden básicamente con las determinaciones del anterior artículo 56, números 1 párrafo 2, números 2 y 3 y con el desarrollo reglamentario de los artículos 171 a 173 del RDPH. De tal forma, el programa de actuación ordenará el régimen de extracciones para lograr una explotación racional de los recursos con el fin de alcanzar un buen estado de las masas de agua subterránea, y proteger y mejorar los ecosistemas asociados, para lo cual podrá, entre otras medidas (art. 56.2):

- a. Establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose, en su caso, los títulos individuales con sus derechos inherentes, en uno colectivo que deberá ajustarse a lo dispuesto en el programa de actuación.

---

(17) ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., «Las masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo y químico: novedades del régimen legal», ponencia en la Jornada «Las novedades del régimen legal de las aguas subterráneas», en prensa.

- b. Prever la aportación de recursos externos a la masa de agua subterránea, en ese caso incluirá los criterios para la explotación conjunta de los recursos existentes en la masa y de los externos.
- c. Incluir un perímetro en el cual no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas a menos que los titulares de las preexistentes estén constituidos en comunidades de usuarios y teniendo en cuenta lo previsto en la disposición adicional séptima.
- d. Determinar perímetros de protección de las masas de agua subterránea en los que será necesaria su autorización para realizar obras de infraestructura, extracción de áridos u otras actividades e instalaciones que puedan afectarla, sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que sean necesarias de acuerdo con la legislación sectorial de que se trate. Tal delimitación y condiciones vincularán en la elaboración de los instrumentos de planificación así como en el otorgamiento de las licencias, por las Administraciones públicas competentes en la ordenación del territorio y urbanismo».

Destaca del nuevo régimen la previsión expresa de que se aporten recursos externos a la masa de agua subterránea, en cuyo caso el programa incluirá los criterios para la explotación conjunta de ambos recursos (los existentes en la masa y los externos), sin embargo no se determina la procedencia de los mismos. Sin duda éste es un extremo que requiere mayor concreción: duración y procedencia de los aportes externos, la forma en que se llevará a cabo y quién lo hará.

La letra d) añade que las autorizaciones que deba otorgar el Organismo de cuenca para acometer obras de infraestructura, extracción de áridos y otras actividades e instalaciones que puedan afectar al perímetro de protección que determine el programa de actuación se hará «sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que sean necesarias de acuerdo con la legislación sectorial de que se trate», en pleno respeto de las competencias que puedan ostentar otras Administraciones públicas (v. gr. los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que requieren acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística como los movimientos de tierras, explotaciones, etc).

Por otro lado, el artículo 56.3 recoge la posibilidad de que el programa de actuación contemple las condiciones en las que temporalmente se puedan superar las limitaciones establecidas, para permitir las extracciones superiores a los recursos disponibles de una masa de agua subterránea cuando esté garantizado el cumplimiento de los objetivos medioambientales. Esta circunstancia podía tener cabida en el régimen anterior a través del informe anual de seguimiento de la Junta de explotación del acuífero que podía proponer modificaciones al plan de ordenación que habían de ser aprobadas por la Junta de Gobierno (artículo 171.7 del RDPH)

A mayor abundamiento, cuando como consecuencia de la aplicación del programa de actuación se mejore el estado de la masa de agua subterránea, el organismo de cuenca, de oficio o a instancia de parte, podrá reducir progresivamente las limitaciones del programa y aumentar, de forma proporcional y equitativa, el volumen que se puede utilizar, teniendo en cuenta, en todo caso, que no se ponga en riesgo la permanencia de los objetivos generales ambientales previstos en el artículo 92 y siguientes. Relativa novedad del 56.4 ya que en virtud del artículo 171.6 e) del RDPH el plan de ordenación debía fijar el plazo de ejecución y de vigencia de sus determinaciones, pudiéndose adoptar diferentes fases de implantación según los resultados que se vayan obteniendo, entre las que sin duda caben la reducción progresiva de las limitaciones del programa.

El desarrollo reglamentario de las aguas subterráneas contenido en los artículos 171 a 179 del RDPH ha sufrido también una reciente modificación en virtud del Real Decreto 1290/2012 de 7 de septiembre que, en lo que al objeto del presente trabajo atañe, afecta al artículo 173. Por un lado, su número 7 que mejora la redacción pero mantiene la obligación de que el Organismo de cuenca suministre a las Administraciones competentes los perímetros de protección y los condicionamientos en ellos establecidos, que deberán ser tenidos en cuenta en los diferentes planes urbanísticos o de ordenación del territorio con los que se relacionan.

Se añade un apartado 8 al citado artículo 173 del RDPH en cuya virtud las solicitudes de delimitación de perímetros de protección, cuando se trate de aprovechamientos de aguas subterráneas destinadas al consumo humano que suministran un promedio diario superior a 10 metros cúbicos o sirven a más de 50 personas, se podrá exigir un informe técnico que contemple, entre otros, la propuesta de delimitación del perímetro (en base a las características hidrogeológicas del acuífero, a las características, régimen de explotación y área de influencia de la captación y a la preservación de la cantidad y calidad del recurso captado) y suministre información sobre las figuras de ordenación y zonificación territorial vigente que la afecten.

En buena lógica con lo que supone el restrictivo régimen de los acuíferos sobreexplotados, se acaba con la posibilidad permitida antes en la Disposición Adicional 7, al derogar su apartado 1, de otorgar concesiones de aguas subterráneas en los acuíferos declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo en circunstancias de sequía previamente constatadas por la Junta de Gobierno y de acuerdo con el Plan de ordenación para la recuperación del acuífero.

Finalmente, se introduce un régimen transitorio de los acuíferos sobreexplotados en la disposición transitoria única de la Ley 11/2012 con el mismo tenor que tuviera la que contenía el Real Decreto-Ley 17/2012. De acuerdo con dicha disposición, las aguas subterráneas que a la *entrada en vigor de la Ley* se encuentren afectadas por una declaración de sobreexplotación, se regirán por la legislación anterior hasta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 56

del TRLA, tenga lugar la declaración como masa subterránea y la consiguiente aprobación del programa de actuación. En el caso de las aguas subterráneas que hayan sido declaradas sobreexplotadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley pero que aún no cuenten con Plan de Ordenación de Extracciones, deberá llevarse a cabo la redacción y aprobación del plan de actuación previsto en el artículo 56.1 letra b) del TRLA, en el plazo previsto en dicho precepto que se contará a partir de la entrada en vigor de la Ley, lo que tuvo lugar el 21 de diciembre de 2012 (18).

Aunque en sede de concesiones administrativas y referente a una cuestión que afecta también directamente a la calidad de las masas de aguas subterráneas en riesgo, es también destacable la reforma que el Real Decreto 1290/2012 realiza en el artículo 106.2 *in fine* del RDPH por su contribución a luchar contra la contaminación difusa, la fuente de contaminación de las aguas más difícil de combatir. La citada disposición reglamentaria incorpora una nueva obligación al solicitante de una concesión para riegos. Ahora, la solicitud habrá de acompañar un análisis y propuesta de buenas prácticas para limitar la contaminación difusa y exportación de sales, especialmente en las zonas declaradas vulnerables, además de todos los requisitos exigidos hasta ahora (19).

## 2. Transformación de derechos privados en concesionales

La reforma incorpora medidas que incentivan, como mecanismo potestativo, la transformación de los derechos de aprovechamiento privados de aguas a derechos concesionales, con el objetivo de facilitar y mejorar la gestión de episodios meteorológicos e hidrológicos desfavorables. Ello lo hace introduciendo dos Disposiciones transitorias, la tercera *bis* y la décima. De un lado, la Disposición transitoria tercera bis introduce disposiciones comunes para los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de manantiales, pozos o galerías derivados de la Ley de 1879 a que se refieren las Disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA. Para éstos, con independencia de que hubieran accedido al Registro de Aguas como aprovechamiento

---

(18) La disposición transitoria única del Real decreto-ley 17/2012 que como se ha dicho no ha sido expresamente derogado hacía contar dicho plazo desde el día de su entrada en vigor, que se produjo el 6 de mayo de 2012, lo que plantea la duda de cuál de los dos plazos se habrá de tener en cuenta: el 6 de mayo o el 21 de diciembre de 2012.

(19) Los documentos públicos o fehacientes que acrediten la propiedad de la tierra a regar, o en el caso de concesiones solicitadas por comunidades de usuarios o en régimen de servicio público, los documentos que justifiquen haber sido aprobada la solicitud de concesión en Junta general o tener la conformidad de los titulares que reúnan la mitad de la superficie a regar, respectivamente. El documento técnico justificativo de este tipo de aprovechamientos incluirá un estudio agronómico que abarcará como mínimo un cálculo de la dotación de agua referido a cada uno de los meses en que el riego es necesario y un estudio económico de la transformación de secano a regadío que permita dictaminar sobre la procedencia o improcedencia de la misma.

temporal de aguas privadas o hubieran optado por acreditar sus derechos ante el mismo, se especifica que a los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitoria segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío, no ya solo el incremento de los caudales totales utilizados o la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, como sucedía antes de la modificación. Según añade la Ley 11/2012, la Dirección General del Agua dictará unas instrucciones en las que se establezcan los criterios técnicos para la aplicación uniforme de lo establecido en este apartado.

Si bien la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados siempre es de agradecer en este caso, la interpretación de lo que deba entenderse por características esenciales del aprovechamiento o concesión podía resolverse acudiendo al artículo 144.1 del RDPH, como ya he manifestado en alguna otra ocasión (20). Este artículo, a propósito de las modificaciones de las concesiones, señala que por características esenciales se entenderán la identidad del titular, el caudal máximo y continuo medio equivalente a derivar —en la redacción dada por el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, esta referencia al caudal máximo y continuo medio se sustituye por el «volumen máximo anual, volumen máximo mensual cuando así se haya establecido en el título concesional y caudal máximo instantáneo a derivar»—, la corriente y punto de toma, finalidad de la derivación, superficie regable en las concesiones para riego y tramo afectado en las destinadas a producción de energía eléctrica. Sin duda esta interpretación restrictiva suponía la congelación del aprovechamiento ya que cualquier mínima variación de su régimen desembocaría en la caducidad del aprovechamiento temporal y su *conversio tituli* en concesiones de aguas públicas y era vista por lo tanto con recelo. La modificación que ahora comentamos viene a respaldar tal interpretación.

Como contrapartida a esta congelación del derecho e incentivo a su transformación la concesión se otorgará sin competencia de proyectos (21), por un plazo no inferior al establecido en su inscripción en la sección C del Registro de Aguas, teniendo preferencia a su término el concesionario para obtener una nueva concesión y respetando las características con que el aprovechamiento esté inscrito, salvo, claro está, las características de la modificación que originó el procedimiento de transformación. Si la concesión se refiere a masas de agua

---

(20) NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los instrumentos de gestión del Dominio Público Hidráulico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

(21) La concesión requerirá el informe de compatibilidad con el Plan Hidrológico, el de la Administración competente en función del uso a que se destine y el de la Comunidad de Usuarios en caso de existir y se someterá a información pública (apartado 2 de la Disposición transitoria tercera bis).

subterránea declaradas en riesgo de no alcanzar los objetivos de buen estado a que se refiere el artículo 56, la concesión estará sometida a las limitaciones establecidas en el programa de actuación, o en su defecto, a las medidas cautelares relativas a la extracción o de protección de la calidad del agua subterránea que en su caso se establezcan. En el supuesto de que el titular no comunicara la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento al organismo de cuenca para su autorización el organismo de cuenca requerirá al interesado para que solicite y obtenga la correspondiente concesión, sin perjuicio de la aplicación del procedimiento sancionador previsto. Como es natural, el otorgamiento de la concesión comportará la extinción simultánea del derecho sobre aguas privadas reconocido hasta ese momento. Conviene recordar en este punto la reducción de la duración máxima de las concesiones efectuada en la última reforma del RDPH. En efecto, el artículo 97 del RDPH, en la redacción dada por el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, dispone ahora que plazo máximo de duración de las concesiones, incluidas las prórrogas, no será superior a setenta y cinco años de conformidad con el artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En coherencia con lo anterior el artículo 153 dispone ahora que las autorizaciones de modificación de características, no se admitirán durante los últimos tres años de vigencia de la concesión, solo podrán conllevar un aumento del plazo concesional, si así lo solicitara el concesionario, cuando la modificación exigiera la realización de inversiones que no pudieran ser amortizadas dentro del plazo de concesión restante. Ahora bien, la duración de la prórroga se fijará en atención al necesario período de amortización sin que el plazo total de la concesión pueda superar, en ningún caso, el máximo fijado en el artículo 97. Es decir, se integran las prórrogas en los setenta y cinco años que como máximo podrán durar las concesiones

De otro lado, en virtud de la Disposición transitoria décima los titulares de aprovechamientos de aguas privadas de acuerdo con la Ley de 1879, a los que se refiere la Disposición transitoria 4ª, podrán solicitar en cualquier momento la inscripción en el Registro de Aguas de la Cuenca, para lo que solicitarán el otorgamiento de la correspondiente concesión aunque, también en esta ocasión como incentivo a la transformación, el procedimiento se tramitará sin competencia de proyectos. La concesión que se otorgue será fiel reflejo de las características con que el aprovechamiento esté incluido en el Catálogo de Aguas, especialmente en lo referido al uso del agua y habrá de ser compatible con el Plan hidrológico de la cuenca (22). También como incentivo a su solicitud, el concesionario tendrá preferencia para obtener una nueva concesión cuando la otorgada expire el 31 de diciembre de 2035. Ahora bien, en plena coherencia con el régimen

---

(22) También en esta ocasión la concesión requerirá el informe de compatibilidad con el Plan Hidrológico, el de la Administración competente en función del uso a que se destine y el de la Comunidad de Usuarios en caso de existir y se someterá a información pública (apartado 2 de la disposición transitoria décima).

de las masas de aguas subterráneas declaradas en riesgo de no alcanzar un buen estado sólo se podrá solicitar la concesión cuando se haya aprobado el programa de actuación para su recuperación —de no estar aprobado no cabrá la transformación—, quedando la concesión que se otorgue sometida a las limitaciones establecidas en el mismo. En fin, en virtud de la Disposición transitoria 2<sup>o</sup> de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, que cerró definitivamente la tramitación administrativa de declaraciones de aprovechamientos de aguas en el Catálogo de Aprovechamientos, al otorgar un plazo improrrogable de tres meses contados a partir de su entrada en vigor para solicitar su inclusión en el mismo, quienes dejaran transcurrir dicho plazo sin haber cumplimentado esta obligación habrán de obtener una resolución judicial firme que reconozca su derecho.

### 3. La «cesión» de los aprovechamientos en el Alto Guadiana

Se incorpora una disposición específica para la «cesión» de derechos en el ámbito territorial del Plan Especial del Alto Guadiana, cuya aplicación urgente impida, según se afirma en la Ley, un nuevo deterioro del acuífero y permita mantener la sostenibilidad de las instalaciones agrícolas derivadas y una reordenación de los derechos de uso de las aguas tendente a la recuperación ambiental de los acuíferos (23). La Disposición adicional decimocuarta, con una técnica legislativa imprecisa y bastante defectuosa dispone que los titulares de los aprovechamientos de aguas inscritos en las secciones A y C del Registro o en el Catálogo de Aguas, sometidos al Plan Especial del Alto Guadiana podrán transmitirlos «de forma irreversible y en su totalidad a otros titulares de aprovechamientos, que serán adquiridos mediante la correspondiente concesión otorgada por el Organismo de cuenca de conformidad con el procedimiento establecido en el Real Decreto 13/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Plan Especial del Alto Guadiana», sujetándolo a las condiciones que a continuación se detallarán. Pese a que se habla de «cesión» ésta parece ser más una transmisión de aprovechamientos y concesiones (artículo 63) que un contrato de cesión de derechos al uso del agua (artículos 67 y siguientes del TRLA). Sin embargo, tanto la propia regulación del contrato de cesión como la utilización que del mismo hace el Plan Especial del Alto Guadiana (24) parece constatar que no

---

(23) Sobre esta cuestión se ha pronunciado MENÉNEZ REXACH, A., en su intervención «Cesión de derechos y transformación de aprovechamientos en concesiones. Régimen especial del Alto Guadiana», ponencia en la Jornada «Las novedades del régimen legal de las aguas subterráneas», Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha, Albacete, 26 de marzo de 2013, pp. 8 y 9. Texto accesible en <http://blog.uclm.es/ada/2013/02/18/albacete-26-de-marzo-de-2013-las-novedades-del-regimen-legal-de-las-aguas-subterranas/> (fecha último acceso 17 de junio de 2013).

(24) El artículo 11 de las «Normas» del Plan Especial del Alto Guadiana (Anexo I del Real Decreto 13/2008, de 11 de enero) rubricado «Contratos de cesión de derechos de uso de agua» dispone lo siguiente: «1. Los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas públicas podrán



nos encontramos ante ningún contrato privado de cesión temporal de derechos sobre el que Organismo de cuenca debe otorgar una autorización sino ante una nueva concesión que materializa la novación que ha tenido lugar en virtud de la transmisión. Por lo tanto, esta disposición más que flexibilizar el particular régimen del contrato de cesión, sometido a numerosos límites y condicionantes, parece más bien añadir una nueva técnica de actuación para la reordenación de los derechos de uso del agua en el ámbito del PEAG: la transmisión *inter privados* de los derechos al uso del agua, que no estaba prevista en el artículo 1 de las «Normas» del PEAG (25).

En la concesión que se otorgue *ex novo* —como se ve, a diferencia del contrato de cesión que obtiene la autorización del organismo de cuenca, en este supuesto se otorgará una nueva concesión administrativa— el volumen de agua concedido será un porcentaje del volumen objeto de transmisión que se determinará atendiendo a las condiciones técnicas y ambientales concurrentes y, en su caso, vinculado al programa de actuación para la recuperación del buen estado de la masa de agua. Cuando el uso al que se destine el agua sea el regadío no se podrá incrementar la superficie que ya tuviera reconocida el cesionario, como consecuencia de la declaración de sobreexplotación del acuífero 23, que prohíbe el incremento de superficie de regadío. Las concesiones se otorgarán hasta el 31 de diciembre de 2035, teniendo preferencia en ese

---

cederlos conforme a lo establecido en los artículos 67 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y sus normas de desarrollo, y teniendo en cuenta las siguientes prescripciones: a) El agua cuyos derechos de uso se pretenda ceder deberá utilizarse dentro del ámbito territorial al que se extiende la eficacia del Plan Especial del Alto Guadiana. b) No se autorizarán operaciones de cesión que impliquen un incremento de las extracciones en las masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado, entendiéndose por tales los acuíferos con declaración de sobreexplotación. c) En el caso de que el ordenamiento jurídico aplicable someta estas operaciones a algún tipo de evaluación ambiental, el Organismo de cuenca deberá atender a los resultados de la misma. d) Los titulares de derechos podrán ceder la totalidad o parte de los mismos. En el supuesto de cesiones totales, en ningún caso el cesionario podrá entender adquirido un volumen de agua superior al que se tuviera derecho de uso por aplicación del correspondiente Plan de Ordenación de Extracciones. Los contratos deberán referirse expresamente a lo que disponga el Plan de Ordenación de Extracciones sobre este particular. 2. La Confederación Hidrográfica del Guadiana no otorgará la preceptiva autorización a los contratos de cesión de derechos de uso de agua que infrinjan lo regulado por este artículo».

(25) De acuerdo con el artículo 1 de las «Normas» del Plan Especial del Alto Guadiana (Anexo I del Real Decreto 13/2008, de 11 de enero) «La reordenación de los derechos de uso de aguas mencionada en la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, tendrá la finalidad de propiciar la recuperación hídrica de las masas de agua subterránea, así como la de mejorar el estado de las aguas superficiales asociadas a aquéllas. Para ello se actuará fundamentalmente de acuerdo con las siguientes técnicas: a) Por medio de la ejecución de los Planes de Ordenación de extracciones y de su revisión. b) Por medio de la transformación de los derechos sobre aguas privadas en concesiones de aguas públicas. c) Por medio de la adquisición administrativa de derechos de uso de agua y de terrenos. d) Por medio de la celebración de los contratos de cesión de derechos de uso de agua».

momento el concesionario para obtener una nueva concesión. Además en el procedimiento para otorgar la concesión se prescindirá del trámite de competencia de proyectos y no podrá exceder de 9 meses (26). El nuevo plazo introducido, frente a los dieciocho meses del establecido con carácter general en el artículo 116 del RDPH, acorta significativamente el procedimiento por lo que hubiera sido deseable que se hubiera introducido con carácter general, respondiendo así los términos efectivos de la reforma a los anuncios hechos.

Parece que la escasa virtualidad que las técnicas de reordenación de los derechos de uso de aguas del PEAG ha llevado a esta nueva opción en la que los particulares adquieren mayor protagonismo y tienen toda la iniciativa, no precisándose fondos públicos en un momento tan restrictivo presupuestaria y económicamente como el actual. Y es que hasta ahora se han adquirido 14,5 hectómetros cúbicos por un importe cercano a los 65 millones de euros, sin embargo, alcanzar el objetivo fijado por el PEAG requeriría cerca de 90 millones de euros que en la actual coyuntura económica es bastante difícil de lograr así que se establece un mecanismo que posibilite su concesión con una financiación alternativa a los fondos públicos.

También se permite efectuar la transmisión de sus derechos, aunque de forma excepcional y solo de una parte de los mismos, a los titulares de concesiones de aguas subterráneas que tengan inscritos sus derechos en la sección A del Registro de Aguas, siempre que se declare de manera expresa el volumen de agua al que se renuncia y se identifique de forma inequívoca la extensión de tierra que se dejará de regar. Esta transmisión se realizará mediante la modificación de características de la concesión cedente y el otorgamiento de concesión para el cesionario, expedientes que se tramitarán obligatoriamente de forma conjunta (27).

La transmisión de derechos podrá efectuarse sin infraestructuras de conducción cuando el cedente y el cesionario pertenezcan a la misma masa de agua subterránea. De forma excepcional podrán otorgarse nuevas concesiones a titulares de explotaciones agropecuarias, que cumplan las condiciones establecidas en el programa de actuación, si quien las solicita adquiere de manera definitiva, según lo dispuesto en el apartado 1 de esta disposición adicional, el volumen total precisado más el porcentaje que fije la Confederación Hidrográfica del Guadiana.

---

(26) Estas dos últimas determinaciones que no se contenían en el Real Decreto-Ley y que se introducen en la Ley 11/2012 evidencian que nos encontramos ante la incoación de un procedimiento para otorgar una nueva concesión. El plazo para la tramitación del expediente de solicitud de concesión será de 9 meses, lo que resulta plausible dado el largo período de tiempo que suele conllevar la tramitación de forma ordinaria. Lo que hubiera sido deseable es que dicho plazo se hubiera introducido con carácter general.

(27) Esta posibilidad se permite en el número 2 de la Disposición adicional decimocuarta que se introduce con la Ley 11/2012.

Finalmente, en virtud del número 5 introducido por la Ley 11/2012 en la Disposición adicional decimocuarta, no podrán transmitir su concesión al amparo de esta disposición quienes hubieran sido adquirentes de los centros de intercambio de derechos al uso del agua de los derechos que la Confederación del Guadiana adquirió administrativamente al amparo del artículo 5 del anexo I del Real Decreto 13/2008. Ello se justifica en la medida en que el fin al que se iban a destinar los derechos así adquiridos eran los usos ambientales mientras perviviera la situación de riesgo de la respectiva masa de agua subterránea, y sólo por razones excepcionales y motivadas, se podrían ceder a otros usuarios.

#### **4. La transformación de aprovechamientos por disposición legal en concesiones en el ámbito del Alto Guadiana**

Otra novedad de la Ley 11/2012 respecto del Real Decreto-Ley 17/2012 es que se introduce el número 6 a la Disposición adicional decimocuarta incorporada en el TRLA por este último. Ahora los titulares de aprovechamientos por disposición legal situados en el ámbito definido por el Plan Especial del Alto Guadiana, aprobado por Real Decreto 13/2008, de 11 de enero, que a la fecha de entrada en vigor de la disposición adicional (21 de diciembre de 2012) estén inscritos en la sección B del Registro de Aguas, o que hayan solicitado, de acuerdo con el artículo 54.2 la preceptiva autorización siempre que les sea finalmente concedida, podrán solicitar su transformación en una concesión de aguas públicas que se otorgará con el volumen máximo anual reconocido y para el mismo o superior uso.

La solicitud se someterá a información pública en el ámbito que determine la Confederación Hidrográfica del Guadiana, cuando se estime que pueda afectar derechos de terceros y, siempre en el Ayuntamiento en cuyo término municipal radique el predio. Se prescindirá del trámite de competencia de proyectos y se exigirá el informe de compatibilidad con el Plan Hidrológico y el de la Administración competente en función del uso a que se destine.

Lógicamente, en los predios en los que el aprovechamiento por disposición legal se haya transformado en concesión, no podrá realizarse ningún aprovechamiento al amparo del artículo 54.2 del TRLA por lo que no se podrá utilizar en el predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos.

## 5. Modificación de los regímenes sancionador y económico-financiero (28)

En materia sancionadora, el Real Decreto-Ley afirma que se garantiza el ejercicio de la potestad sancionadora con pleno respeto al principio de legalidad en su doble vertiente de reserva legal y tipicidad —¿antes no se respetaba?, cabe preguntar—, además, habría que añadir, de incrementar considerablemente el importe de las sanciones (29). Para garantizar la correcta aplicación de la legislación sustantiva que se consideraba «del todo punto necesaria y urgente» (30), se incorporan los criterios generales que se tomarán en cuenta en la valoración del daño causado en el dominio público hidráulico, determinantes para calificar la infracción, aunque habrán de ser desarrollados reglamentariamente. En efecto, el nuevo apartado 2 del artículo 117 señala que con carácter general para valorar el daño en el dominio público hidráulico y las obras hidráulicas se ponderará su valor económico. Siendo éste en la calidad del agua habrá de tenerse en cuenta el coste del tratamiento que hubiera sido necesario para evitar la contaminación causada por el vertido y la peligrosidad del mismo. Aunque todo ello, de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca, por lo que entre tanto se apruebe subsiste la dificultad para determinar las sanciones.

En materia económico-financiera las modificaciones introducidas, de poco calado, afectan al número 1 del artículo 111 del TRLA que con una redacción mejorada regula el principio de recuperación de costes impuesta por la Directiva 60/2000, Marco del Agua. De tal forma, señala que en virtud del principio de recuperación de costes las Administraciones públicas, teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, habrán de establecer los mecanismos que permitan repercutir a los usuarios finales los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, debiendo incluir los costes ambientales y del recurso. Más entidad tiene la modificación introducida en el apartado 3 del citado artículo 111 bis. Ahora, para la aplicación del principio de recuperación

---

(28) Un exhaustivo estudio de las principales novedades que en estos extremos contiene la reforma puede verse en «Novedades aportadas por la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medioambiente en relación con el principio de recuperación de costes y el régimen sancionador hídrico», SETUAIN MENDÍA, B., (2013), en prensa.

(29) De acuerdo con la nueva redacción del artículo 117.1 del TRLA, la multa de las infracciones leves pasa de 6.010,12 euros a 10.000 euros; las menos graves, que oscilaban entre 6.010,12 euros y 30.050,61 euros pasan a una horquilla de entre 10.000,01 y 50.000,00 euros; las graves, de 30.050,61 euros a 300.506,06 euros pasan a una horquilla de entre 50.000,01 y 500.000,00 euros; y, finalmente, las muy graves que se sancionaban con multas de entre 300.506,06 euros y 600.012,10 euros pasan ahora a una horquilla de entre 500.000,01 y 1.000.000,00 euros. Incremento, como puede verse, nada desdeñable.

(30) La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2011 declaró, por falta de cobertura legal, la nulidad parcial de la Orden MAM/85/2008, de 16 de enero, por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales.

de costes además de las consecuencias sociales, ambientales, económicas y las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio, también habrán de tenerse en cuenta las condiciones geográficas y climáticas de las poblaciones afectadas, siempre que, como antes, ello no comprometa los fines ni el logro de los objetivos ambientales establecidos. El siguiente párrafo supone una importante modificación al desarrollar cómo se podrán establecer las excepciones al principio de recuperación de costes para determinados usos teniendo en cuenta las condiciones arriba mencionadas. Con anterioridad a la reforma, el segundo párrafo del artículo 111.3 del TRLA de forma escueta disponía que «los planes hidrológicos de cuenca deberán motivar las excepciones indicadas». Ahora, se dispone que la Administración competente, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en el ámbito de la Administración General del Estado, mediante resolución motivada —no ya el plan hidrológico de la cuenca— podrá establecer excepciones al principio de recuperación de costes para determinados usos teniendo en cuenta las mismas consecuencias y condiciones mencionadas y sin que, en ningún caso, se comprometan los fines ni el logro de los objetivos ambientales correspondientes. Para ello, los organismos de cuenca emitirán en el plazo de tres meses, con carácter preceptivo y previo a la resolución que se adopte, informe motivado que, en todo caso, justifique que no se comprometen ni los fines ni los logros ambientales establecidos en las respectivas planificaciones hidrológicas, para lo cual éstas, lógicamente, habrán de estar aprobadas por lo que entretanto esta resolución no podrá emitirse.

## **6. Reversión al organismo de cuenca de las facultades de policía en el dominio público hidráulico**

Finalmente, se deroga la controvertida disposición adicional decimocuarta introducida por el Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, que habilitaba a determinadas Comunidades Autónomas para el ejercicio de facultades de policía de dominio público hidráulico en las cuencas intercomunitarias, así como para la tramitación de los procedimientos a que dieran lugar sus actuaciones hasta la propuesta de resolución. Según afirma expresamente, la derogación se realiza para evitar que pueda verse afectado el principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas intercomunitarias evitando, además, los desarrollos normativos que sobre esta materia hayan realizado o eventualmente pudieran realizar las Comunidades Autónomas habilitadas por esa disposición adicional. Se reintegran así todas las competencias sobre el Dominio Público Hidráulico en las cuencas intercomunitarias a su prístino titular evitando la fragmentación de los principios rectores de la gestión de las aguas especialmente el de unidad de gestión previsto en el artículo 14 y la función de policía que el artículo 94 del TRLA atribuye a las comisarías de aguas en las cuencas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.

## **7. Funciones del Presidente del Organismo de cuenca**

Una de las modificaciones introducidas en el TRLA que no se encontraban en el Real Decreto-Ley 17/2012 es la que afecta al artículo 30 que regula las funciones del Presidente del organismo de cuenca. Pero la reforma no es tan importante desde la perspectiva de su novedad toda vez que solo viene a dar rango legal a una serie de funciones de este órgano que ya estaban recogidas en el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica. En efecto, el apartado 2 introducido al artículo 30 que desarrolla las funciones del Presidente en el marco de la superior función directiva y ejecutiva del organismo que le corresponde y de cualquier otra que no esté expresamente atribuida a otro órgano tiene el mismo tenor del artículo 33 del Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (31).

## **8. Fijación del término para la determinación de las cuantías del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua**

En virtud de la modificación que la Ley introduce en el artículo 114 ahora el Organismo de cuenca está obligado a determinar las cuantías del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua del año en curso y emitir las liquidaciones correspondientes antes del último día del mismo año. Antes el artículo disponía que tales liquidaciones debían ser aprobadas y emitidas «en el

---

(31) En la redacción dada por la Ley 11/2012, dispone el apartado 2 del artículo 30 que «En el marco de los párrafos *d* y *e* del apartado anterior, le corresponderá de manera especial: A) Ordenar la ejecución de los acuerdos de la Junta de Gobierno y de los demás órganos colegiados que preside. B) Ejercer las facultades de contratación propias del organismo. C) Autorizar los gastos que se realicen con cargo a créditos del presupuesto del organismo y ordenar los pagos correspondientes. D) Desempeñar la jefatura de personal y servicios. E) Otorgar las concesiones y autorizaciones de aprovechamiento del dominio público hidráulico y las autorizaciones relativas al régimen de policía de aguas y cauces, excepto aquellas cuya resolución corresponda al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. F) Aplicar las normas del reglamento del dominio público hidráulico en materia de policía de aguas y sus cauces, incluido el régimen sancionador, dentro de los límites de su competencia. G) Resolver los recursos administrativos que se deduzcan contra las resoluciones de las comunidades de usuarios y del propio organismo de cuenca con excepción de los que correspondan por su contenido a la Junta de Gobierno del organismo o al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. H) Coordinar y dirigir la aplicación de lo previsto en el Título VI de esta Ley sobre los cánones y la tarifa. I) Autorizar la redacción y aprobar definitivamente los proyectos de obras, instalaciones y suministros que hayan de ser realizados con cargo a los fondos propios del organismo. J) Ejercer las funciones expropiatorias en materia de aguas, en los términos previstos en la legislación vigente. K) Informar a la Dirección General del Agua sobre los efectos sociales de los proyectos correspondientes a obras que se encomienden al organismo por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. L) Informar las propuestas de nombramiento y cese de los titulares de las unidades administrativas directamente dependientes de la Presidencia de los organismos de cuenca».

ejercicio al que correspondan», con lo que el Organismo de cuenca no puede ahora rebasar dicho término para el cumplimiento de tal obligación.

#### **IV. FINAL**

Para finalizar se efectúa una referencia a los aspectos más destacados de la reforma que nos permita ver en conjunto el calado de la misma. En primer término, en materia de espacios naturales protegidos, sin duda, la modificación más significativa es la que pretende la coordinación mediante la integración en un único documento de los diversos regímenes jurídicos de protección que confluyan en un mismo espacio natural protegido. Un acertado desarrollo de este extremo permitiría agilizar y simplificar el procedimiento de planificación de éstos.

En el ámbito de los residuos, la reforma más trascendente es la que transforma en voluntario el SDDR. También cabe resaltar la agilización del procedimiento de autorización de los sistemas integrados de gestión que supondrá el requerir ahora solo autorización de la Comunidad Autónoma en la que tendrá su sede social la asociación y que tendrá efectos en todo el territorio nacional.

Sin duda la normativa más afectada es la de aguas aunque la reforma sigue sin revestir demasiada entidad para lo que cabría esperar. En materia de aguas subterráneas la agilización se produce por la reducción de dos a uno los años en los que la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca apruebe el plan de actuación para la recuperación del acuífero además de suprimir el informe del Consejo del Agua. De mayor entidad aunque no en términos de simplificación administrativa es la supresión del apartado 1 de la Disposición adicional 7, que impide ahora otorgar concesiones de aguas subterráneas en los acuíferos declarados sobreexplotados.

En cuanto a la transformación de derechos privados en concesiones se ha abierto la posibilidad de que aquellos que se hubieran inscrito en el Catálogo al amparo de la Disposición adicional cuarta opten en cualquier momento por la transformación de sus derechos en concesiones y para incentivar dicha opción se permite que se otorgue la concesión sin competencia de proyectos y teniendo preferencia para obtener una nueva al término de la otorgada (diciembre de 2035). Por su parte, para el supuesto de las transitorias segunda y tercera se pormenoriza lo que se entiende por «modificación de las condiciones o del régimen del aprovechamiento» a los efectos de otorgar la concesión que ampare la totalidad de la explotación. En ambos supuestos se trata de incentivar la mencionada transformación de derechos privados ante la constatada escasa operatividad de las transitorias segunda, tercera y cuarta aunque no ofreciendo mucho más incentivo que en su día otorgaran éstas a los titulares de aguas privadas, por lo que cabe esperar un efecto tímido o limitado también en esta ocasión.

En el ámbito sancionador es destacable el notable incremento del importe de las sanciones y en materia económico-financiera el desarrollo del procedi-

miento por el que se determinarán las excepciones al principio de recuperación de costes que ahora no se hará en los planes hidrológicos de cuenca sino a través de una resolución motivada de la Administración competente. Finalmente vuelven a las comisarías de aguas las competencias de policía sobre el Dominio público hidráulico en las cuencas intercomunitarias.

En fin, ante todo lo anterior parece que las palabras del preámbulo del Real Decreto-Ley son cuanto menos pretenciosas puesto que la entidad y calado de la reforma operada, puntual e incluso escasa en todos los ámbitos afectados, difícilmente alcanzarán por sí solos los fines declarados. Cabe esperar pues que las palabras del Ministro en la Comisión de Medio Ambiente anunciando la racionalización de los procedimientos y la simplificación administrativa en las materias de su competencia se materialicen en una reforma de mayor entidad que la expuesta, al menos en materia de aguas, sobre todo teniendo en cuenta que la última reforma del RDPH operada por el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, no viene a desarrollar ningún extremo de ésta, como expresamente se preocupa de aclarar en el preámbulo. En efecto, esta disposición dice expresamente que «El real decreto [1290/2012] ha sido informado favorablemente por el pleno del Consejo Nacional del Agua en el que participan las comunidades autónomas y sectores afectados. Asimismo, es importante añadir que no desarrolla ningún aspecto del texto refundido de la Ley de Aguas recientemente modificado por el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente».



# LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2013. LOS PRESUPUESTOS DE LA RECESIÓN(\*)

OLGA CARRERAS MANERO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2013: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.*

*RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013, distinguiendo, a estos efectos, entre la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y el articulado o parte dispositiva de la misma. Junto a lo anterior, se realiza una mención específica a las principales novedades que presenta la referida Ley respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2012.*

*Palabras clave: Ley de Presupuestos 2013; Comunidad Autónoma de Aragón.*

*ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2013. Moreover, it is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2012 Budget.*

*Key words: 2013 Budget Act; Community of Aragón.*

## I. INTRODUCCIÓN

Como ya se ha indicado en anteriores comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón, debe resaltarse la idea de que la institución presupuestaria constituye un elemento trascendental de cualquier organización política y característico de todo sistema democrático, afirmación

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de marzo de 2013 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de marzo de 2013.

ésta que ha sido puesta de relieve en múltiples ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional (1). Ello implica, como no podría ser de otro modo, que la aprobación anual de la mencionada Ley por todo ente público —como las Comunidades Autónomas— se erija en una de las manifestaciones legislativas de mayor trascendencia (2).

Asimismo, la afirmación arriba efectuada se encuentra confirmada por un *doble motivo*: en primer lugar, porque dicha Ley representa uno de los aspectos más relevantes en los que se refleja el contenido *mínimo, esencial e inderogable* de la autonomía financiera constitucionalmente reconocida a las Comunidades Autónomas (3); y, en un segundo término, porque aquélla viene a constituir el instrumento fundamental para la *ordenación económica y la dirección de la actividad financiera* de la Comunidad Autónoma de Aragón para un determinado año.

Una vez realizadas las observaciones precedentes, debemos advertir que el objeto del presente trabajo queda centrado en el examen del contenido de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el 2013, tarea ésta en cuyo desarrollo se realizará, a su vez, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos aprobados para el año 2012.

Por lo demás, y a diferencia de lo sucedido en el anterior ejercicio presupuestario, es preciso poner de manifiesto que no ha resultado necesario hacer uso del mecanismo de la prórroga presupuestaria, al haber sido aprobado el Presupuesto del año en curso a través de la Ley 9/2012, de 27 de diciembre (4).

## II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2013

Manteniendo la línea trazada desde el año 1983, los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013 presentan una estructura, en esencia, idéntica a los de otras entidades territoriales —como los Entes Locales o el Estado—, pudiendo diferenciarse en aquéllos un *doble contenido*: por un lado, el que concierne a los *estados financieros* —distinguiéndose, dentro de ellos, las partidas de gastos (obligaciones a reconocer) y de ingresos (derechos

---

(1) Sentencia del referido Tribunal de 18 de abril de 1994.

(2) A estos efectos, puede consultarse el comentario a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011 realizado por DE MIGUEL ARIAS, S., en el número 38 (2011) de la presente Revista.

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(4) Publicada en el BOA núm. 253, de 31 de diciembre.

a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro, el referente a la *parte dispositiva o articulado* (5).

Así, y al igual que en los ejercicios anteriores, la Ley de Presupuestos para el año 2013 será estudiada en las páginas sucesivas, diferenciando, en primer término, los estados financieros de gastos e ingresos, para pasar a analizar, ya en un segundo lugar, las distintas previsiones normativas recogidas en el articulado o parte dispositiva de la citada norma.

## 1. Los estados financieros

### A) El estado de gastos

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado para el ejercicio 2013 contempla unos créditos iniciales por importe de 5.107.284 miles de euros, lo que viene a determinar, en comparación con los Presupuestos del año precedente (5.328.716 miles), una disminución absoluta de 221.432 miles y porcentual del 4,1%. En consecuencia, se produce una minoración de la cantidad presupuestada en comparación con el ejercicio 2012, volviendo, de este modo, a la dinámica descendente seguida, en este concreto aspecto, en los ejercicios 2011 y 2010 (6).

En particular, los créditos a los que acaba de hacerse alusión se encuentran agrupados de acuerdo con las reglas establecidas, a este respecto, en las distintas clasificaciones previstas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (7), lo cual permite conocer, desde la perspectiva presupuestaria, *quién o qué órgano concreto realiza un determinado gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —esto es, cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta*—es decir, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). Siendo esto así, ha de señalarse que el análisis que se realizará a lo largo de las páginas siguientes del estado de gastos del Presupuesto será llevado a cabo atendiendo a las referidas clasificaciones orgánica y económica (8).

Comenzando dicho examen por la *clasificación orgánica*, cabe señalar que, a diferencia del ejercicio anterior, el Presupuesto para el año 2013 con-

---

(5) Más en concreto, las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2013 se encuentran recogidas en la Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública de 7 de julio de 2012 (BOA núm. 144, de 25 de julio).

(6) Así, las cantidades globales presupuestadas en los ejercicios 2011 y 2010 vinieron a experimentar una disminución en su cuantía en relación con los respectivos ejercicios precedentes (2010 y 2009).

(7) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(8) Ambas clasificaciones se encuentran recogidas en el correspondiente Anexo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

templa una disminución de los créditos para gasto en la práctica totalidad de los Departamentos o Secciones recogidas en aquella, existiendo, sin embargo, determinadas excepciones, dado que algunos de dichos Departamentos o Secciones han visto aumentados tales créditos.

Así sucede en el caso de los créditos destinados a la Sección correspondiente a las Administraciones Comarcales, los cuales han experimentado un aumento de 12.918 miles de euros, representando ello un ascenso del 28,8% en términos porcentuales en relación con el ejercicio 2012. Por su parte, también el monto de los créditos destinados a Diversos Departamentos se ha visto incrementado en 381.515 miles de euros, implicando ello un aumento del 84,5% en sus dotaciones.

Por otro lado, y ya en lo que atañe a los Departamentos o Secciones que han visto disminuidos los citados créditos para gastos en términos cuantitativos, debe destacarse la situación de los créditos relativos al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, los cuales han experimentado una rebaja de 289.548 miles de euros menos (lo que supone un descenso del 13,1% respecto del 2012), al Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, con 110.468 miles de euros menos (lo que implica una reducción del 13%) y al Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, con 109.915 miles menos (un 10,7% inferior al ejercicio precedente). Junto a lo anterior, ha de hacerse alusión, asimismo, a los Departamentos de Economía y Empleo, con 45.858 miles menos (en total, un 21% menos que en el 2012), Industria e Innovación, con 24.251 miles menos (es decir, un descenso del 21% respecto del ejercicio anterior) y Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes, con 19.521 miles menos (lo que determina una disminución del 13,7%).

En segundo lugar, y ya con una reducción en sus dotaciones para gastos de menor importe en términos absolutos, se encuentran los Departamentos de Hacienda y Administración Pública, con 7.789 miles menos (12,8%) y Política Territorial e Interior, con 6.994 miles menos (15,2%). A los ahora mencionados se unen también los Departamentos relativos a las Cortes de Aragón —680 miles menos (2,7%)— y Presidencia y Justicia —448 miles menos (0,3%)—.

Por último, y en lo que respecta a las Secciones que experimentan, a nivel cuantitativo, un menor descenso en sus créditos para gastos, se encuentran las de Presidencia del Gobierno, con 269 miles menos (8,8%), la del Consejo Económico y Social, el cual ha visto mermado su presupuesto en 93 miles (15%) y la del Consejo Consultivo de Aragón, cuyos créditos han experimentado un descenso de 33 miles (9,8%).

Siguiendo con el examen de la clasificación orgánica, y como es habitual, es el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia el que presenta un mayor volumen en el conjunto del Presupuesto de gastos (con un total de 1.917.549 miles). Junto al anterior, las Secciones de mayor cuantía en el Presupuesto son las relativas a Educación, Universidad, Cultura y Deporte (912.112 miles), Gastos de Diversos Departamentos (833.042 miles) y Agricultura, Ganadería y Medio

Ambiente (743.123 miles). En concreto, las Secciones ahora referidas suponen, en términos aproximados, el 86% del Presupuesto del presente ejercicio.

Por su parte, y en lo que concierne a aquellos Departamentos que se ubican en un nivel intermedio de importancia desde el punto de vista del importe total de sus créditos, han de destacarse los de Economía y Empleo (172.240 miles), Presidencia y Justicia (138.222 miles), Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes (122.447 miles), Industria e Innovación (91.370 miles), Administraciones Comarcales (57.719 miles), Hacienda y Administración Pública (52.956 miles) y Política Territorial e Interior (38.800 miles), cuantías cuya suma representa, de modo aproximado, un 13% del total del Presupuesto.

Por fin, y al igual que en ejercicios anteriores, entre las Secciones que presentan un menor peso cuantitativo en el conjunto del Presupuesto se encuentran las referidas a las Cortes de Aragón (24.101 miles), Presidencia del Gobierno (2.768 miles), Consejo Económico y Social (527 miles) y Consejo Consultivo de Aragón (302 miles).

De la forma ahora expuesta, se desglosan, desde la perspectiva orgánica, los 5.107.284 miles de euros previstos en el estado de gastos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013, los cuales vienen a destinarse al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por cada uno de los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad. Una vez efectuado el examen plasmado en los párrafos precedentes, procedemos, acto seguido, a la exposición del estado de gastos de los mencionados Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

De acuerdo con la referida clasificación, los créditos previstos en el estado de gastos de los Presupuestos para el actual ejercicio quedan agrupados, como viene siendo habitual, en *dos grandes secciones*: la relativa a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y la referente a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos V a IX). A estos efectos, cabe señalar que los créditos destinados a la primera de las Operaciones citadas (4.031.956 miles) supera, hasta casi cuadruplicarla, la cuantía de los créditos atribuidos a las segundas (1.056.979 miles) (9).

Iniciando nuestro análisis de la clasificación mencionada, debe resaltarse el hecho de que la mayoría de los Capítulos que conforman aquella han experimentado una disminución en su cuantía en relación con los Presupuestos del año 2012. En este sentido, cabe señalar que es el Capítulo referente a Gastos de Personal el que ha sufrido un mayor descenso, el cual disminuye en 201.560 miles, implicando ello, en términos porcentuales, un decremento aproximado del 10%, respecto del Presupuesto del ejercicio precedente.

---

(9) En este mismo sentido, basta indicar, a modo de ejemplo, la circunstancia de que los Presupuestos para el ejercicio 2012 destinaban a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 4.424.982 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 883.734 miles.

Junto al arriba citado, también reflejan un descenso en el monto total de sus partidas, aunque ya de una forma más moderada, los Capítulos de Transferencias Corrientes (157.701 miles menos), Bienes Corrientes y Servicios (113.942 miles menos) y Transferencias de Capital (73.013 miles menos), cifras éstas que, en comparación con las previstas en los Presupuestos del año 2012, suponen sendas disminuciones del 10,6%, 15,1% y 17%, respectivamente.

Por último, las disminuciones de menor relevancia desde la perspectiva cuantitativa corresponden a los Capítulos de Inversiones Reales (10.884 miles menos), Activos Financieros (3.045 miles menos) y al Fondo de Contingencia (1.652 miles menos), descensos éstos que, cuantificados en términos relativos, suponen, respectivamente, rebajas del 5,6%, 32,4% y 8,2%.

Por lo demás, y ya entre los capítulos de la clasificación económica de gastos que ven incrementado el importe de sus créditos, se sitúan los relativos a Pasivos Financieros (260.186 miles más) y Gastos Financieros (80.178 miles más), lo que implica importantes aumentos, en términos porcentuales, del 102,6% y 47%, respectivamente.

Por otro lado, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2013 pone de relieve que, como es habitual, son los Capítulos de Gastos de Personal (1.818.033 miles) y Transferencias Corrientes (1.324.820 miles) los que presentan una mayor cuantía en sus dotaciones. Tras ellos se encuentran los relativos a Bienes Corrientes y Servicios (638.149 miles), Pasivos Financieros (513.730 miles) y Transferencias de Capital (356.101 miles), conformando todos ellos, de una forma global, el componente central del Presupuesto de Gastos, constituyendo, de modo aproximado, el 91% del mismo.

Por lo demás, junto con los Capítulos ahora aludidos se unen, si bien con un importe económico muy inferior en relación con aquéllos, los referentes a Gastos Financieros (250.953 miles), Inversiones Reales (180.815 miles) y Activos Financieros (6.331 miles). A ello se añade, al igual que en el ejercicio precedente, la partida relativa al Fondo de Contingencia, la cual aparece dotada con 18.348 miles de euros (10).

Una vez finalizado el examen de los créditos recogidos en sede del estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2013 desde la perspectiva de la clasificación económica, debemos proceder al análisis,

---

(10) El deber que incumbe a las Comunidades Autónomas de consignar en sus Presupuestos una dotación diferenciada bajo el nombre de Fondo de Contingencia aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste que establece, a su vez, que «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». Por su parte, y ya en lo que concierne a la normativa aragonesa, es el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón, el que dispone, a este respecto, que «Dentro del límite de gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de Contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

a continuación, del estado de ingresos de dichos Presupuestos, delimitando así las diversas fuentes de financiación de los mencionados gastos.

## B) El estado de ingresos

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013 asciende, con carácter aproximativo, a la cantidad de 5.107.284 miles de euros, de los cuales 4.247.881 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 859.403 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por dicha Comunidad. La primera de las referidas cuantías coincide con la prevista en el estado de gastos del susodicho Presupuesto, presentándose, de este modo, unos Presupuestos formalmente equilibrados (11).

Analizando tales ingresos desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa que los mismos se estructuran en *dos categorías*: la relativa a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la referente a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX).

En los Presupuestos objeto del presente comentario, el importe total al que ascienden los Ingresos citados en primer término es de 4.086.938 miles de euros, cuantía ésta que, como es habitual, supera con amplitud (casi cinco veces más) el monto global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales aparecen cifrados en 1.020.345 miles.

En lo que atañe a los *Ingresos Corrientes*, ha de indicarse, en primer lugar, que tres de los Capítulos que integran los mismos han experimentado una disminución en su cuantía; se trata, en concreto, de los correspondientes a las Transferencias Corrientes (147.604 miles menos), Impuestos Directos (52.424 miles menos) e Ingresos Patrimoniales (535 miles menos), lo que representa, en términos relativos, sendas disminuciones porcentuales del 13,1%, 3,8% y 3%, respectivamente.

Junto a lo anterior, cabe señalar que han experimentado un aumento en sus dotaciones los Capítulos referentes a Impuestos Indirectos (49.548 miles más) y Tasas y Otros Ingresos (7.468 miles más), lo que implica, en términos porcentuales, unos incrementos del 3,1% y 6,3%, respectivamente.

Por otra parte, y ya en lo que concierne a los *Ingresos de Capital y Financieros*, debe destacarse el hecho de que sólo el Capítulo relativo a Pasivos Financieros ha sufrido un incremento (3.403 miles más) respecto del ejercicio precedente, lo cual determina un aumento porcentual del 0,4%.

---

(11) La necesidad de que el Presupuesto aparezca equilibrado se encuentra recogida, de forma expresa, en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el actual Estatuto de Autonomía Aragonés recoja entre sus preceptos una previsión de idéntico tenor.

Distinta es la situación del Capítulo de Enajenación de Inversiones Reales—el cual mantiene una cuantía idéntica a la prevista en los Presupuestos del año 2012—; junto a ello, los únicos Capítulos que disminuyen su importe son los de Transferencias de Capital —78.589 miles menos— y Activos Financieros —2.700 miles menos—, lo que representa importantes descensos porcentuales del 35,2% y 38,8% respectivamente.

Una vez llevado a cabo el examen comparativo entre el estado de ingresos del Presupuesto de nuestra Comunidad para el año 2013 y el previsto, a este respecto, en el Presupuesto del ejercicio precedente, ha de realizarse el análisis individualizado de aquél.

En este sentido, cabe advertir que, de nuevo, los gastos a los que debe hacer frente nuestra Comunidad se financian a través de *cuatro fuentes*: Impuestos Indirectos (1.647.394 miles), Impuestos Directos (1.324.138 miles), Transferencias Corrientes efectuadas por otros Entes Públicos y ciertos Organismos Autónomos (971.968 miles) y Pasivos Financieros (859.403 miles), cantidad esta última que comporta un importante nivel de endeudamiento.

Junto a los arriba citados, y situados ya en un nivel intermedio de importancia a la vista de los ingresos que se les imputan, se encuentran los Capítulos de Transferencias de Capital (144.692 miles) y de Tasas y Otros Ingresos (125.982 miles).

Por último, entre los Capítulos que mantienen una menor dotación económica en términos absolutos se encuentran el de Ingresos Patrimoniales (17.455 miles), Enajenación de Inversiones Reales (12.000 miles) y Activos Financieros (4.249 miles), cantidades éstas cuya suma global representa, aproximadamente, el 0,6% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la mención al origen y cuantía de las diferentes partidas que integran el estado de ingresos de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2013, damos por finalizado el análisis de los estados financieros del mismo. No obstante, ello no permite dar por concluido el estudio de aquél, dado que, como ya ha sido puesto de relieve en comentarios precedentes, estamos en presencia de una auténtica norma jurídica, lo que hace imprescindible en consecuencia, para entender el contenido, significado y efectos de los referidos Presupuestos, llevar a término el examen de las diversas previsiones recogidas en su articulado, al ser estas últimas las que disciplinan el destino y los límites de los créditos previstos en el estado de gastos y, a su vez, legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento).

## **2. La parte dispositiva o articulado**

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2013 aparece integrada por 44 artículos—distribuidos a lo largo de ocho Títulos—, 29 Disposiciones Adicionales, 2 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. A este respecto, debe indicarse que dicha



parte dispositiva mantiene, en términos generales, un esquema y contenido similar al de ejercicios precedentes.

En esta línea, el Título primero de la Ley de Presupuestos, «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3), viene a aprobar el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de nuestra Comunidad Autónoma—artículo 1—; junto a ello, el artículo 2 de aquélla procede a señalar el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos—cantidad ésta que tiene carácter informativo y que asciende, en el presente ejercicio, a ciento cuatro millones doscientos mil euros— (12). De este modo, se da cumplimiento a lo dispuesto, a este respecto, en los artículos 21.1 de la LOFCA (13) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (14).

Junto a ello, el artículo 3 de la citada norma legal procede a realizar, con base en lo establecido en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (15), la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de dicha Comunidad, las cuales experimentan, con las excepciones previstas en la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas para el ejercicio 2013, un incremento general del 3,4%.

En lo que atañe al Título segundo de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo regula el régimen aplicable a los créditos presupuestarios recogidos en el estado financiero de gastos, así como también las posibles alteraciones que, en relación a los referidos créditos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

En concreto, el artículo 4 del citado Texto legal se ocupa de recordar el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los respectivos programas de gasto en lo que concierne a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Así, dicha previsión se complementa, en lo atinente a

---

(12) De los cuales 70 millones corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, 29 millones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 5 millones doscientos mil al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

(13) A cuyo tenor: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(14) De conformidad con el cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(15) En cuya virtud: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

la clasificación económica, por el artículo 4.2 de aquél, el cual establece la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a los diversos Capítulos que integran tal clasificación.

No obstante lo anterior, el referido carácter limitativo se encuentra excepcionado por el artículo 6.1 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio, el cual, partiendo de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, relaciona un conjunto de créditos del estado de gastos a los que se les confiere la condición de ampliables (16). A estos efectos, y de conformidad con el artículo 6.2 de dicha Ley, la financiación de tales créditos se realizará mediante el recurso a alguno de los *tres siguientes mecanismos*: como norma general, a través de la baja en otros créditos para gastos y, ya de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de crédito que tengan la adecuada cobertura.

Además de los supuestos a los que acaba de hacerse alusión, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve excepcionado, asimismo, por la previsión recogida en el artículo 7 de la Ley de Presupuestos, a cuyo tenor viene a otorgarse al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de las transferencias de créditos previstas en el mismo. Ahora bien, dicho precepto advierte que la autorización de las citadas modificaciones presupuestarias se encuentra supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el presupuesto, como al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (17).

Junto a las precisiones indicadas en los párrafos precedentes en torno al carácter limitativo y vinculante de los créditos del estado de gastos, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para el año 2013 fija los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, en primer término, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general realizados en el año natural

---

(16) Entre tales créditos se incluyen, a título de ejemplo, aquellos destinados a la amortización, pago de intereses y demás gastos derivados de las operaciones de endeudamiento o al pago de las obligaciones derivadas de insolvencias por operaciones avaladas por el Gobierno de Aragón.

(17) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad, incluso, en sede Constitucional, disponiendo el artículo 135.1 de la Carta Magna que «Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria». Por su parte, el referido principio se encuentra también contemplado en el artículo 21.1 de la LOFCA y en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste a cuyo tenor: «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural». Junto a las normas anteriores, la referencia a la estabilidad presupuestaria se encuentra, a su vez, en el artículo 3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón, cuyo apartado primero dispone que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

correspondiente al ejercicio presupuestario, previsión ésta que, no obstante, se ve excepcionada en ciertos supuestos tasados.

En este sentido, el apartado segundo del precepto mencionado *ut supra* permite imputar a los créditos del Presupuesto del ejercicio 2013 el pago de las obligaciones derivadas de cualquiera de las *tres siguientes causas*: a) reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa autorización del Consejero de Hacienda y Administración Pública; o c) gastos derivados de compromisos adquiridos en ejercicios precedentes en los que se ha omitido el trámite de fiscalización cuando éste sea preceptivo, previa convalidación de los mismos por el Gobierno de Aragón.

Junto a las hipótesis anteriores, el apartado tercero de dicho precepto contempla la posibilidad de imputar a los Presupuestos del ejercicio en vigor aquellas obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, el pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés o las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística cuyo importe sea superior a 620.000 euros.

Por su parte, es el artículo 8 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario el que, partiendo de la autorización contenida en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, prevé la posibilidad de que se incorporen al ejercicio actual los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, la cual deberá efectuarse de forma excepcional y, en todo caso, condicionada a la existencia de la pertinente cobertura financiera debidamente acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por último, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2013 recoge la posibilidad de que, a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública, se efectúen, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, los correspondientes ajustes en los estados de ingresos y gastos cuando ello resulte necesario a fin de conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria (18) o bien cuando proceda legalmente. En concreto, dicho Consejero se encuentra autorizado para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en la contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

Atendiendo a lo indicado en los párrafos precedentes, es evidente que diversos preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos para el año 2013 confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero

---

(18) Véase la nota número 17.

de Hacienda y Administración Pública, importantes facultades en materia de gestión de ciertos créditos presupuestarios. Dichas facultades, las cuales aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, implican que será el órgano de Gobierno de la misma o el mencionado Consejero quienes, en un buen número de situaciones, determinarán la cuantía y el destino definitivo de los gastos públicos.

De acuerdo con ello, resulta coherente que el citado Texto Legal cierre su Título segundo recogiendo, en el artículo 12, una importante cautela respecto de la modificación de créditos, requiriendo que la misma se efectúe a través de un expediente en el que deben expresarse las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquélla, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

A ello se une, con carácter adicional, la obligación de remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en dicho periodo temporal, señalando expresamente, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que los aprueba y la normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. De este modo, se mantienen inalterables, una vez más, los diversos deberes de información que tienen que cumplimentarse en relación con el mencionado órgano legislativo con ocasión de la realización de las operaciones anteriormente citadas.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el año 2013, bajo la denominación «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 16), da cabida a un conjunto de previsiones cuyo objetivo fundamental es el de evitar, en la medida de lo posible, la generación de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que impliquen repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

De este modo, el artículo 13 de la mencionada Ley establece, siguiendo la línea de anteriores ejercicios, que todo proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto en el ejercicio 2013, o en otro posterior, deberá incluir una memoria económica en la cual se pongan de relieve las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (19). Dicha exigencia afecta igualmente

---

(19) A estos efectos, es importante recordar que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera dispone que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán

a toda propuesta de acuerdo o resolución, quedando condicionada la efectividad de la misma a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada, de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Por su parte, y ya en lo que concierne a los compromisos de gasto de ejercicios futuros, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Hacienda y Administración Pública la competencia para acordar la autorización de este tipo de gastos en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (20), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades y salvo que afecten a gastos por operaciones de capital, atribuyéndose al Gobierno de Aragón dicha competencia en las restantes hipótesis recogidas en el último precepto citado. Asimismo, el primero de los preceptos mencionados advierte que incumbe a dicho Consejero la autorización de los gastos que se tramiten anticipadamente para el ejercicio inmediato siguiente, así como del gasto de ejercicios futuros en los casos no contemplados expresamente.

Junto a las anteriores medidas, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos para el año 2013 atribuye a dicho Consejero la facultad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que sólo se ve excepcionada —con toda lógica— en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales relevantes.

Como de inmediato se comprueba, las previsiones contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2013 otorgan a diversos entes de la Administración autonómica (bien al Gobierno, bien al Consejero de Hacienda y Administración Pública) importantes facultades en sede presupuestaria, lo cual se refleja, a su vez, en lo que atañe a aquellos créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, pues en estas situaciones el artículo 14 de la referida Ley otorga a dicho Consejero la facultad de autorizar aquellas modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

En último lugar, el artículo 16 de la Ley de Presupuestos para el año 2013 hace mención a las transferencias a organismos públicos, disponiendo que el reconocimiento de las transferencias nominativas destinadas a los mismos o a la Universidad de Zaragoza se realizará, con carácter general, con periodicidad mensual por doceavas partes.

---

valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

(20) Dichos supuestos son aquellos en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

El Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013 se encuentra dedicado a la materia «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 31).

Como es habitual, el Título arriba citado se ocupa del régimen retributivo aplicable, de una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, de otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2013. Sin embargo, el contenido de las previsiones recogidas en dicho Título no será objeto de un estudio detallado en este comentario por tratarse de una cuestión que sobrepasa los límites del mismo.

De ahí que sólo destaquemos el hecho de que las retribuciones previstas para el presente ejercicio experimentan, en relación con las del año 2012, idéntica variación a la establecida, a este respecto, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, previsión ésta que, como se encarga de reconocer de modo expreso el artículo 17.1 de la Ley de Presupuestos Aragonesa, viene a enmarcarse en las bases de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

Como consecuencia de lo anterior, dicho artículo prevé, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que implique un crecimiento retributivo superior al establecido en aquél se adecue a lo dispuesto en el mismo, deviniendo inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan a aquél.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2013, bajo la rúbrica «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 32 y 33), constituye una de las manifestaciones de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de nuestra Comunidad Autónoma y las Administraciones de otros entes territoriales de la misma.

A estos efectos, el artículo 32 de la Ley arriba mencionada viene a recoger los criterios a través de los cuales se gestiona el Fondo Local de Aragón, el cual se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en los Presupuestos de dicha Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. Dicho Fondo —que aparece desglosado en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— se compone de programas específicos relativos a tales Entidades y de determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

Asimismo, se prevé la posibilidad de que el Gobierno de Aragón establezca concretas líneas de subvención del citado Fondo Local dirigidas a financiar el mantenimiento de actuaciones o servicios que sean de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Entidades locales.

A su vez, se establece la obligación del Gobierno autonómico de informar trimestralmente a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública

de las Cortes de Aragón sobre el grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en el Fondo Local de Aragón, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la actividad concreta que se apoya y la operación que se financia.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2013 hace referencia a los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen desglosados en el Anexo I del referido Texto Legal. Más en concreto, el Programa de Política Territorial —concebido como instrumento multisectorial de ordenación del territorio— incluye un conjunto de dotaciones cuyo objetivo esencial radica en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas bien con actuaciones de la propia Administración autonómica, bien mediante medidas de fomento a través de entidades públicas o privadas.

El Título sexto de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2013, bajo la denominación «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 34 a 38), se ocupa del régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad Autónoma (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquélla conceda a lo largo de dicho ejercicio presupuestario.

En lo que concierne al presente ejercicio, debe destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o créditos autorizadas al Gobierno de Aragón es de 859.403.833 euros (artículo 34.1), cantidad ésta que resulta más elevada en comparación con la del año 2012. A este respecto, y como ya es habitual, la contracción del mencionado endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En cualquier caso, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento deberán ajustarse, en todo momento, a lo previsto en la normativa vigente en la materia (21).

Junto a las operaciones a las que acaba de aludirse, el Gobierno de Aragón se encuentra autorizado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el exclusivo objeto de lograr una disminución en

---

(21) En relación con esta cuestión, recuérdese que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la LOFCA. A este respecto, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el precitado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite al Consejero de Hacienda y Administración Pública la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad siempre que no comporten un incremento de la deuda viva autorizada.

Por otra parte, el artículo 35 de la Ley que ahora nos ocupa contempla la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. A estos efectos, y para los supuestos en que éstas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública, requisito que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año cuando su importe, individual o en conjunto, sea superior a veinte mil euros a lo largo del ejercicio.

En lo que hace referencia al otorgamiento de avales públicos (artículo 36), es también el Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta de los Consejeros de Hacienda y Administración Pública y de Economía y Empleo, quien ostenta la competencia para su concesión, pudiendo prestarse a empresas radicadas en Aragón, con prioridad para las PYMES, respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. El importe total de los citados avales no puede rebasar la cantidad de 150 millones de euros, exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cifra de 600.000 euros.

Por su parte, la concesión del aval se supedita al cumplimiento de determinados requisitos. A estos efectos, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Igualmente, los sujetos beneficiarios del aval deberán acreditar que no han sido sancionados, mediante sanción firme, por las autoridades laborales competentes, por infracciones graves o muy graves y que se ha cumplido la normativa vigente en materia de residuos, debiendo presentar además, cuando se trate de empresas privadas, sus estados económico-financieros con el fin de poder estimar su viabilidad.

Junto a lo anterior, el artículo 37 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2013 prevé la posibilidad de formalizar, previa autorización del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública, contratos de refinanciamiento y aval con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio en Aragón por una cuantía máxima global de 20 millones de euros, recogándose, asimismo, los requisitos exigidos para ello.

Por último, el artículo 38 de dicho Texto Legal encomienda al Departamento de Economía y Empleo la posibilidad de realizar aquellas actuaciones que corres-



ponden a la Comunidad Autónoma de Aragón derivadas de la Ley de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

Para finalizar el comentario relativo a los Títulos que conforman la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2013, cabe señalar que son los Títulos séptimo —«DE LOS CRÉDITOS Y LAS ACCIONES PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO Y LA COMPETITIVIDAD»— (artículos 39 a 41) y el octavo, y último —«DE LOS CRÉDITOS Y LAS ACCIONES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL Y LA AYUDA FAMILIAR URGENTE»— (artículos 42 a 44), los que prevén la creación y gestión de los correspondientes Fondos para el fomento de tales actuaciones.

De este modo, el artículo 39 de la referida Ley contempla la necesidad de creación de un Fondo para el fomento del empleo y la competitividad que incluya todas aquellas dotaciones que tengan como objetivo prioritario el fomento del empleo en todas sus variantes y la mejora de la competitividad, con carácter general, en nuestra Comunidad.

Por su parte, y en consonancia con lo anterior, el artículo 42 de la Ley de Presupuestos para el año 2013 prevé la creación de un Fondo para la inclusión social y la ayuda familiar urgente, el cual se encuentra constituido por todas aquellas acciones y transferencias de carácter social y socioeducativo que se incluyen en dichos presupuestos y que van destinadas a hacer frente a las situaciones personales, familiares y colectivas de mayor vulnerabilidad o riesgo de exclusión social.

Siendo esto así, únicamente resta realizar una breve mención sobre *diversas cuestiones específicas* que presentan, sin duda, una especial trascendencia y cuya regulación aparece recogida en sede de las Disposiciones Adicionales: 1) las tarifas y componentes fijos del Canon de Saneamiento; 2) la determinación de la normativa a la que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de ciertos créditos presupuestarios; y 4) la dotación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

En lo que atañe a la primera de las cuestiones arriba indicadas, es la Disposición Adicional 20ª de la Ley de Presupuestos la que, con base en lo previsto en la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (22), viene a establecer los componentes fijos de la tarifa y el tipo del Canon de Saneamiento aplicable. En este sentido, y a diferencia de los años anteriores, dicha Disposición no distingue entre la tarifa general del mismo y la tarifa específica aplicable al Municipio de Zaragoza, no recogiendo, tampoco, una bonificación del 100% del citado canon durante el ejercicio de 2013 para los usos domésticos e industriales que tengan lugar en el referido Municipio.

Por su parte, y en lo que respecta a las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 5ª), la susodicha Ley de Presupuestos mantiene la exigencia de que el

---

(22) Ley 6/2001, de 17 de mayo (art. 58.1).

solicitante de aquéllas deberá acreditar debidamente el hecho de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social (salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas) (23), así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

Asimismo, se prevé que la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la previa autorización del Gobierno de Aragón, proceder este último que también se aplica en el supuesto contrario, esto es, cuando una vez concedida una subvención se solicite un aval con posterioridad. Ahora bien, y salvo en los supuestos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, en relación a un mismo proyecto, de aval y subvención.

Junto a lo anterior, se prevé que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus Organismos Autónomos y Empresas deberán publicar en el BOA, con carácter trimestral, un listado resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando el programa y línea de subvención, nombre y domicilio del beneficiario, finalidad y cuantía. A su vez, y tras haber finalizado el ejercicio presupuestario, deberá remitirse a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón un listado resumen del conjunto de subvenciones concedidas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

Por su parte, y ya que en lo que concierne a la gestión de ciertos créditos presupuestarios, es la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2013 la que se ocupa de esta cuestión en lo que atañe al Presupuesto de las Cortes de Aragón, siendo las Disposiciones Adicionales 9ª y 18ª de aquélla, respectivamente, las que establecen una serie de previsiones específicas acerca de la gestión de los créditos correspondientes a los Capítulos de Diversos Departamentos y de Administraciones Comarcales.

Por último, y ya para concluir, únicamente resta indicar que es también la ya mencionada Disposición Adicional 9ª de la Ley objeto del presente comentario la que regula, al igual que en el ejercicio precedente, el denominado Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria, el cual tiene como finalidad cubrir ciertas contingencias, con especial consideración a las materias de incendios, social, educativa, universitaria y de investigación. Dicho Fondo aparece dotado, para el año 2013, con un importe de dieciocho millones trescientos cuarenta y ocho mil euros, cuantía ésta que puede verse incrementada a lo largo de aquél mediante las modificaciones presupuestarias pertinentes y de cuya aplicación debe informarse trimestralmente a las Cortes de Aragón por parte del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

---

(23) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

# **DERECHO COMPARADO**



# **POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE LA ARENA PARLAMENTARIA(\*)**

JEAN-PAUL VARGAS C.  
FERNANDO OROZCO S.

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Capacidades del Parlamento en el proceso de las políticas públicas. 2. Supervivencia institucional parlamentaria. 3. El contexto institucional de los parlamentos centroamericanos.– II. EL PARLAMENTO EN LA RENOVACIÓN DEMOCRÁTICA: 1. El Parlamento como institución. 2. La estabilidad del diseño parlamentario.– III. DIRECCIÓN PARLAMENTARIA EN EL CAMBIO INSTITUCIONAL: 1. Gobernanza parlamentaria. 2. Equilibrios institucionales inducidos.– IV. ARENAS PARLAMENTARIAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS POLÍTICAS: 1. Proceso legislativo y políticas públicas. 2. Proceso de deliberación y políticas públicas. 3. Proceso de control y políticas públicas.– V. LA AGENDA DE REFORMAS PENDIENTES: 1. La capacidad de toma de decisiones y su control. 2. Fortalecer la capacidad de coordinación interinstitucional. 3. Las relaciones Ejecutivo-Legislativo.– VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El documento analiza el rol del Parlamento en el proceso de la construcción y decisión de la agenda de las políticas públicas desde una perspectiva empírica, auxiliada por la comprensión empírica, auxiliada por el funcionamiento de los sistemas presidenciales de Centroamérica. Para abordar esta tarea se opta por hacer una deconstrucción y reconstrucción del proceso de las políticas públicas desde las funciones parlamentarias de legislación, deliberación y de control. Se adopta como interrogantes de partida ¿Cuáles son los factores político-institucionales que determinan la capacidad de incidencia del Parlamento en el proceso de las políticas públicas? ¿Cuáles son las principales particularidades del proceso de políticas públicas desde la arena parlamentaria en las funciones legislativas, deliberativas y de control? ¿En qué medida el diseño institucional de las relaciones Gobierno-oposición afecta o contribuye el proceso de las políticas públicas en democracias presidenciales monocamerales? ¿Cómo se podría establecer una orientación de estrategias de incidencia en políticas públicas desde el Parlamento?

*Palabras clave:* Centroamérica; Parlamento; gobernanza; políticas públicas; control político.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 27 de octubre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de enero de 2013.

**ABSTRACT:** *The paper analyzes the Parliament role in the process of decision making of the agenda and the public policy from an empirical perspective, helped by understanding and functioning of the Presidential systems in Central America. We chose to do a deconstruction and reconstruction of the process of public policy from the Parliamentary functions of legislation, deliberation and control. It starts by questioning: Which are the political-institutional factors that determine the capacity of incidence of Parliament in the process of public policy? Which are the main features of the public policy process from the parliamentary arena in the legislative, deliberative and control functions? To what extent the institutional design of government-opposition relations affects or contributes the public policy process in presidential democracies with a Unimerical Legislative Assembly? How could we establish strategies targeting the impact on public policy from the Parliament?*

*Key words:* Central America; Parliament; governance; public policy; political control.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El estudio analiza el papel del Parlamento en el proceso de la construcción y decisión de la agenda de las políticas públicas desde una perspectiva empírica, auxiliada por la comprensión del funcionamiento de los parlamentos de los países centroamericanos. Para abordar esta tarea se opta por hacer una deconstrucción y reconstrucción del proceso de las políticas públicas en las funciones parlamentarias de legislación, deliberación y de control.

Se adopta como interrogantes de partida *¿Cuáles son los factores político-institucionales que determinan la capacidad de incidencia del Parlamento en el proceso de las políticas públicas? ¿Cuáles son las principales particularidades del proceso de políticas públicas desde la arena parlamentaria en las funciones legislativas, deliberativas y de control? ¿En qué medida el diseño institucional de las relaciones Gobierno-oposición afecta o contribuye el proceso de las políticas públicas en democracias presidenciales monocamerales? ¿Cómo se podría establecer una orientación de estrategias de incidencia en políticas públicas desde el Parlamento?*

Se debe resaltar que el Parlamento y sus interlocuciones no operan al vacío, y por ende los procesos de construcción y reconstrucción histórica marcan la pauta en la forma en que se desempeñan y formulan políticas públicas. De esta forma, se expresan abstracciones conceptuales y operativas basadas en el funcionamiento de las democracias centroamericanas, sin la pretensión de exponer un desarrollo de estudios de casos.

La investigación toma como punto de partida el enfoque analítico neoinstitucionalista-empírico, el cual se enfoca en dar una vista conjunta de las potestades del diseño del sistema y su capacidad de inclusión en la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas en el ámbito parlamentario. De

esta forma se espera cumplir con la pretensión del neo-institucionalismo que no se puede discutir en abstracto, sino se debe incluir al análisis, las condiciones históricas concretas de la política y de la sociedad. Es imperioso no olvidarse de que las instituciones y los efectos que ellas producen siempre son dependientes del contexto en el cual se encuentran (NOHLEN, 2003).

El presente artículo de carácter conceptual asume como tarea incursionar en una aproximación del papel del Parlamento como instrumento de políticas públicas, por lo cual se inicia la reflexión con una toma de posición conceptual sobre las capacidades del parlamento en el proceso de las políticas públicas como marco introductorio, con lo cual se da inicio al papel del parlamento en la revaloración democrática desde su definición como institución, pasando luego a entender la lógica político-institucional que determina la dirección parlamentaria en el cambio institucional, y por último las arenas parlamentarias en la construcción de las políticas públicas.

## **1. Capacidades del Parlamento en el proceso de las políticas públicas**

La pérdida de confianza en los Parlamentos es una debilidad que se expresa por la insuficiencia de su legitimación representativa, producto no sólo de la desafección política y las tendencias de abstencionismo electoral generado, sino también por la falta de identificación de los sectores sociales con los interlocutores parlamentarios, y aun cuando existe algún nivel de identificación a favor, lo cierto es que hay una visión social compartida acerca de la inoperancia, lentitud y poca transparencia de la acción política.

Al plantearse el cuestionamiento: *¿constituye el Parlamento un instrumento de fortalecimiento de las políticas públicas?*, se plantea la necesidad de comprender el proceso de las políticas ya no solo por él, sino desde sus funciones de deliberación, decisión y control. Implica entonces escudriñar en una necesaria vinculación entre la naturaleza institucional del Parlamento y su capacidad de incidencia en el entramado de las políticas públicas, en el marco de un sistema complejo de relaciones interinstitucionales desde la separación y complementariedad de los poderes constitucionales.

En términos globales y como será profundizado en el presente artículo, el Parlamento como institución responde al marco de reglas, normas y valores que motivan un comportamiento político con cierta capacidad de predicción por parte de los actores estratégicos, en virtud de un sistema de incentivos y restricciones —formales e informales— que modelan el comportamiento político. Dinámica abierta, que a su vez, se encuentra inmersa en un juego de constantes presiones internas y externas.

Ahora bien, al tratar de ver la capacidad de estructuración e incidencia del Parlamento en las políticas públicas, se hace referencia a un sistema complejo de interacciones públicas y privadas, en las cuales los comportamientos de los

agentes responden también a un sistema de incentivos y restricciones formales e informales. No obstante, una cuestión diferenciada es la incidencia parlamentaria en los diseños institucionales del Estado, y otra completamente diferente, es su capacidad de modificación de las políticas públicas.

Mientras que el primer punto hace mención a procesos de cambio institucional desde las potestades legislativas, en el segundo lo que se plantea es la creación, modificación o supresión de programas político-administrativos desde la alteración competencial de las instituciones (1) —función legislativa—, o bien desde la fiscalización de los procesos de implementación de las políticas—función de control—. El segundo aspecto pone el énfasis de la cuestión en un ámbito temporal: los procesos de cambio institucional hacen mención a un contexto dado en una sedimentación histórica dotada de cierta permanencia, y la incidencia en las políticas públicas son respuestas contingentes a las circunstancias de un entorno particular; remitiendo a reacciones deliberadas y conscientes, con un origen, propósito y duración definida (2).

Pensar en el Parlamento desde el proceso de las políticas públicas, implica entender las negociaciones y deliberaciones en dinámicas tendientes a de-construir y re-construir los procesos de actuación de las instituciones públicas. Examinando relaciones, alianzas y conflictos entre bancadas, como entre estas y el Gobierno, en un espectro complejo de relaciones con los grupos sociales, a efectos de identificar la forma en que la arena legislativa interviene en cada política concreta y qué resultados específicos se obtienen, señalando los mecanismos y tipos de coordinación generados.

Dilucidar sobre las capacidades del Parlamento en el proceso de las políticas públicas requiere comprender un complejo andamiaje de relaciones intra e interinstitucionales, donde la coordinación no siempre tiende a ser el elemento de cohesión de la ingeniería del Estado. De esta forma, se pone el énfasis no solo en los contenidos de intervención sino también en la forma en que se toman las decisiones, la inclusión de los niveles de gobierno en la elaboración e implementación de las actuaciones.

La formación de la agenda de políticas desde la arena parlamentaria depende de tres factores que determinan su viabilidad: análisis de la solución, el grado de apoyo, y el impacto. El primer nivel de análisis es fundamental

---

(1) Los acuerdos políticos-administrativos constituyen el contenido específico de la acción pública que materializa la política a partir de dos dimensiones: a) las reglas institucionales que regulan la gestión de carácter político y administrativa —códigos, legislación conexas, decretos, reglamentos, normas técnicas— y b) el conjunto de instituciones que asumen las potestades contempladas en el punto anterior, dados modelos de coordinación o colaboración institucional.

(2) «Desde esta perspectiva, un mismo marco institucional puede dar lugar a políticas muy dispares; y una misma política puede ser, en ocasiones, gestionada desde marcos institucionales no enteramente coincidentes. Sin embargo, cuando una política se prolonga sostenidamente en el tiempo genera un marco permanente de incentivos que puede conformarse como parte de la estructura institucional» (ALONSO & GARCIMARTÍN, 2008; p. 17).



para clarificar si las respuestas se encuentran vinculadas a una solución directa del conflicto, pues se pueden formular planes de contingencia en lo coyuntural —el aspecto detonante que volvió a poner el tema en la palestra política— y no precisamente sobre los ejes estructurales que generan la necesidad de la respuesta gubernamental.

El segundo de ellos, entendido como el grado de apoyo, puede ser de carácter político o social, el cual hace mención a la capacidad de articulación que se pueda generar por la naturaleza misma de la solución propuesta, creándose así el dilema que a mayor apoyo social se logre obtener se debilita la capacidad de apoyo político y viceversa. La explicación se suele encontrar en el hecho de que los actores políticos tienden a preferir soluciones ambiguas, centradas principalmente en los elementos coyunturales y que no afecten las relaciones de poder existentes; los colectivos sociales prefieren soluciones estructurales, de una clara intervención que a su vez afecta o reconfiguran las relaciones de poder existentes.

El tercer aspecto hace mención al conjunto de posibles efectos —positivos o negativos— sobre el objeto de intervención de la política pública. En ocasiones, una propuesta de intervención puede lograr su solución y viabilidad política, porque su impacto real tiende a estar difuminado, o bien no existe la capacidad institucional necesaria para su adecuada implementación.

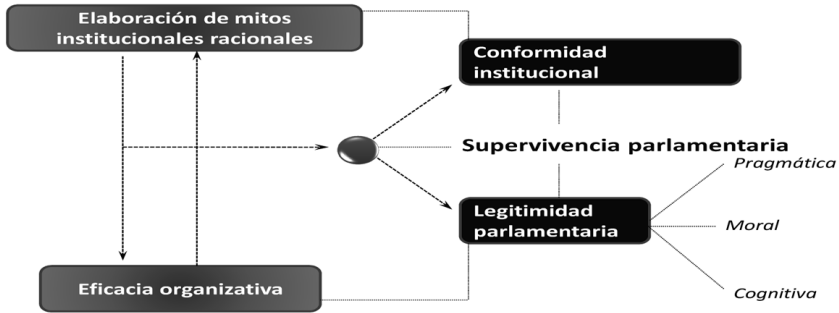
Plantear la pertinencia del Parlamento en la política pública implica reflexionar sobre lo sustantivo, pues el problema no se da exclusivamente en la definición de los alcances y límites del contenido de la política pública, sino en las bases institucionales donde emergen las relaciones entre los diversos grupos políticos en una dinámica de construcción del interés general.

La institucionalidad parlamentaria permite generar la voluntad de compromiso a través del diálogo de las fuerzas sociales políticamente representadas, a sabiendas de que la confianza reside en la capacidad de adoptar decisiones en el proceso de formación de la ley, de una acción fuerte y crítica en el control político del estado, así como en las relaciones entre éste y el Ejecutivo.

## 2. Supervivencia institucional parlamentaria

La sedimentación institucional del accionar cotidiano del Parlamento, contribuye a reforzar o debilitar los procesos de institucionalización, en el sentido de que la práctica político-institucional contribuye a: *i)* la generación de valores inculcados, *ii)* procesos de creación de realidades, *iii)* generación de un sistema como una clase de elementos. Desde el primer abordaje se hace el énfasis a la capacidad del Parlamento para infundir un valor proporcionado dentro de la estructura social, ejemplo de ello la importancia del pluralismo político en la discusión legislativa, como un elemento identitario de la democracia contemporánea (ver *Diagrama N° 1*).

**Diagrama N° 1**  
**Supervivencia institucional parlamentaria**



Fuente: *Elaboración propia.*

La segunda dimensión, parte del cómo las bancadas parlamentarias articulan sus diversas visiones para la creación del «interés general» y por ende construyen, de-construyen y re-construyen las visiones de la realidad del país, a partir de las agendas políticas priorizadas, como las argumentaciones esbozadas sobre ellas.

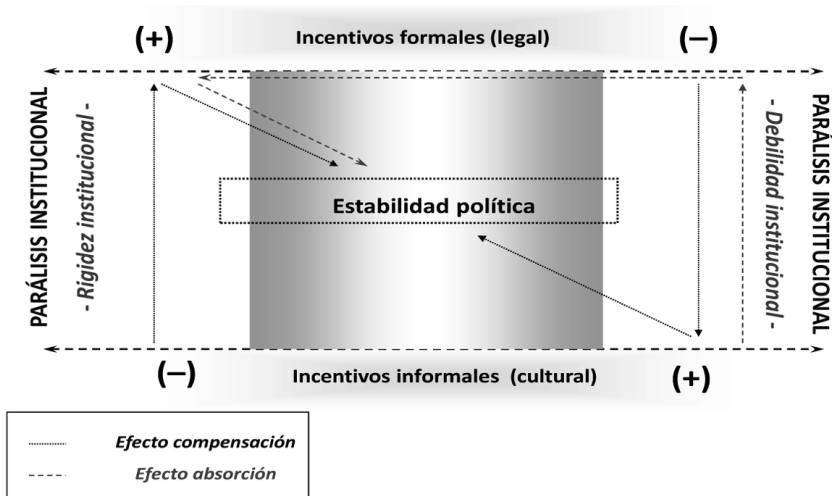
Finalmente, el tercer elemento evidencia la forma desde la cual una serie de mitos y valores institucionales que son aceptados e incorporados generan recompensas entre los actores políticos, contribuyendo a un incremento de legitimidad, recursos y capacidad para sobrevivir; ejemplo de ello, los parlamentos que se abren a procesos de transparencia y rendición de cuentas no solo gozan de mayor imagen ciudadana, sino que aquellos políticos identificados como líderes en un tema de agenda en particular, son recompensados con la reelección, o bien sus partidos políticos aseguran mantener o incrementar su caudal electoral.

Pero independientemente de la perspectiva de análisis que se utilice, no se puede dejar de lado que la decisión parlamentaria implica, por naturaleza, un proceso constante de discusión y persuasión *intra* e *inter-partidaria*, con procedimientos definidos por un reglamento legislativo—reglas del juego— que poco a poco materializan las preferencias de los actores en una dinámica de constantes cálculos de escenarios, reacciones y contra-reacciones.

La acuitecatura parlamentaria constituye el conjunto de elementos normativos formales de carácter constitucional y reglamentario, que configuran el modelo de organización y funcionamiento, cuya modernización responde a un «efecto de absorción» de las prácticas y evoluciones informales en el entramado formal (Ver Diagrama N° 2).

En la lógica de construcción de políticas públicas desde la arena parlamentaria interactúa una combinación de aspectos derivados de las variables

**Diagrama N° 2**  
**Efecto absorción del entramado institucional**



Fuente: Vargas & Petri (2008).

político-institucionales en el cálculo de las externalidades positivas y negativas que se obtienen con los cambios planteados. Las políticas adoptadas han de reflejar las relaciones de poder entre actores, pero sobre todo, la proyección del cómo se espera que esas medidas sean canalizadoras del conflicto político. Entonces, *¿cuáles aspectos político-institucionales determinan la capacidad de generación de políticas desde el Parlamento? ¿Qué elementos identitarios diferencian la incidencia parlamentaria en las políticas públicas? ¿Qué líneas de actuación futuras se deberían considerar para fortalecer el papel estratégico del Parlamento en la construcción de políticas públicas?*

### 3. El contexto institucional de los parlamentos centroamericanos

En estos sistemas presidenciales el Poder Ejecutivo cuenta con mayores recursos humanos y técnicos para formular sus propuestas de ley en comparación con los parlamentos, por lo cual las comisiones legislativas constituyen la herramienta técnica y política para el análisis y la discusión de las diversas iniciativas de ley.

Los plenos legislativos centroamericanos varían de tamaño entre un país y otro, así por ejemplo en el caso de Guatemala son 158 escaños y para Costa Rica son 57. Por tanto, la dinámica entre el pleno y comisión tiende a ser dife-

renciada en cada uno de los casos, pues mientras en Guatemala el pleno se constituye en un espacio para ratificar y mejorar las decisiones adoptadas en comisión, para el caso costarricense, tiende a ser más común que en aquellos temas complejos de la agenda política el pleno sea convertido en comisión y se proceda a un reajuste de los informes presentados en comisión. Por tanto, es fundamental analizar el reglamento legislativo como fuente de incentivos y restricciones en las capacidades de deliberación y decisión.

Desde una perspectiva global y teórica, tomando en consideración únicamente el peso relativo de cada legislador en el marco de la magnitud global del plenario, se destaca que los casos donde existe un modelo débil de grupos parlamentarios y de disciplina partidaria, el peso relativo del parlamentario en el proceso decisional tiende a ser mayor. Siendo entonces, que la actuación aislada de un solo parlamentario incide con mayor peso en países como Costa Rica o Panamá, y será menor por efectos de la institucionalidad formal en casos como Honduras o Guatemala y por informalidad —fuerte disciplina partidaria— en El Salvador o Nicaragua (ver *Cuadro N° 1*).

**Cuadro N° 1**  
**Conformación de los parlamentos de Centroamérica**

País	Año de la Constitución Política	Duración del mandato legislativo	Reelección parlamentaria	Esaños	Peso relativo de cada esaño	Habitantes por diputado	Mayorías necesarias	
							Mayoría simple	Mayoría calificada
Guatemala	1985	4 años	Sí	158	0,63	71.121,49	80	105
Honduras	1982	4 años	Sí	128	0,78	51.057.37	65	85
El Salvador	1983	3 años	Sí	84	1,19	68.382.30	43	56
Nicaragua	1987	5 años	Sí	92 <sup>3</sup>	1,09	62.436,01	47	62
Costa Rica	1949	4 años	Sí, pero no inmediata	57	1,75	66.845,25	29	38
Panamá	1972	3 años	Sí	71 <sup>4</sup>	1,41	36.399,70	40	52

Fuente: *Elaboración propia*.

Cuando la composición del plenario tiende a ser reducida, el papel estratégico de las comisiones legislativas disminuye, ya que el pleno mantiene la capacidad y la funcionalidad de convertirse en una especie de mega-comisión legislativa, con lo cual la discusión, análisis y trabajo de las comisiones legislativas puede verse más fácilmente alterado desde éste espacio, situación que puede

(3) Son 90 esaños legislativos, pero el candidato presidencial con mayor cantidad de votos, seguido de quien ganó la contienda electoral obtiene de forma automática un esaño parlamentario, al igual que el ex-Presidente de la República del período constitucional anterior.

(4) A partir de las elecciones del 2009 son 71 legisladores.

ser más recurrente según la sensibilidad del tema analizado en el plenario en torno a la agenda de la política nacional y a la configuración de las relaciones de poder a lo interno del mismo—nivel de fragmentación parlamentaria, polarización ideológica, capacidad efectiva de la oposición, etc.—.

Las principales consecuencias entre un plenario con una magnitud grande o menor, se encuentra determinado por la capacidad del ejercicio y amenaza de vetos formales e informales por las bancadas de oposición, como por el peso que éstas poseen en la distribución total de los escaños. Si bien puede darse el escenario hipotético de un pleno de tamaño reducido en el cual la oposición parlamentaria no se encuentra debidamente representada en la conformación de las comisiones, desde la discusión del pleno un pequeño grupo o inclusive un legislador puede tener la capacidad de obstruir las sesiones legislativas, convirtiéndose así en un jugador político con poder de veto, situación que un pleno de mayor magnitud no podría realizar (5).

En cuanto al sistema de comisiones, todos los países de la región se caracterizan por contar con el modelo por materia, es decir la asignación temática de las comisiones permanentes es independiente de la composición de la estructura ministerial. Las principales implicaciones son los problemas de coordinación temática en el seno parlamentario, particularmente cuando existe una amplia cantidad de comisiones permanentes, generándose una dispersión y falta de especialización en la gestión legislativa (ver *Cuadro N° 2*).

**Cuadro N° 2**  
***Naturaleza del sistema de comisiones permanentes en Centroamérica***

País	Tipo de sistema
Guatemala	Sistema por materia
Honduras	Sistema por materia
El Salvador	Sistema por materia
Nicaragua	Sistema por materia
Costa Rica	Sistema por materia
Panamá	Sistema por materia

Fuente: *Elaboración propia*.

A pesar de que el sistema de comisiones por materia procura velar por respeto de la proporcionalidad, en la práctica mucho depende del actor estratégico encargado de designar los miembros de las comisiones. No se puede

(5) Mientras que en plenarios conformados por una magnitud amplia de escaños, la capacidad de obstrucción de la oposición legislativa exige un juego de mutua dependencia, a efecto de entablar alianzas o coaliciones (coyunturales o estructurales) para impactar la dinámica legislativa. En situaciones de plenarios con una magnitud reducida o pequeña de escaños, el peso político del diputado en lo individual tiende a ser mayor, incluso en aspectos determinantes de votaciones.

obviar que el principio de proporcionalidad tiende a ser una aspiración más que una posibilidad real, pues la magnitud del pleno, la cantidad de bancadas y la distribución asimétrica de escaños entre estas, complica la posibilidad de llegar a márgenes perfectos de proporcionalidad. Esta situación ofrece entonces una ventaja al Poder Ejecutivo, quien desde su fracción parlamentaria determina esas brechas de sobre-representación y sub-representación que siempre se darán, para hacerlas coincidir en aquellas comisiones permanentes que le sean de especial interés para tramitar sus temas más importantes (ver *Cuadro N° 3*).

**Cuadro N° 3**  
**Media de participación parlamentaria en las comisiones permanentes en Centroamérica y República Dominicana**

País	Tamaño Plenario Legislativo	Comisiones Permanentes	Número mínimo y máximo del tamaño de las comisiones permanente	Tamaño medio aproximado de las comisiones permanentes	Media de comisiones permanentes por legislador
Guatemala	158	32	8 (21)	21,03	4,26
Honduras	128	63	1 (11)	7,00	3,45
El Salvador	84	18	11(13)	10,22	2,19
Nicaragua	92	15	8 (17)	17,42	2,84
Costa Rica	57	21	5 (19)	9,29	3,42
Panamá	71	17	7 (15)	6,64	1,59

Fuente: *Elaboración propia.*

Se infiere del cuadro anterior que en materia de profesionalización parlamentaria, tomando como criterio de análisis la menor media de comisiones permanentes por legislador son Panamá, El Salvador y Nicaragua, quienes presentan condiciones institucionales proclives a una mayor especialización, en un segundo nivel Costa Rica, Honduras y con menores condiciones institucionales estarían Guatemala.

No obstante, al tomar como análisis integrado la media de comisiones permanentes por legislador y el tamaño medio aproximado de las comisiones permanentes, en el sentido de que se darán mayores incentivos institucionales a la profesionalización y especialización legislativa a partir de comisiones pequeñas con integrantes que participan en pocas.

Ahora bien, al integrar en el análisis la media de comisiones permanentes por legislador con el tamaño medio aproximado de ellas, en el sentido de que habrán mayores incentivos institucionales para la profesionalización y especialización, en tanto más pequeñas sean las comisiones, y menor cantidad de ellas participen los legisladores se considera que Panamá constituye el sistema en el cual se da una constelación de factores institucionales que facultan altos niveles de especialización (6,64/1,59).

Con un nivel relativo de especialización y profesionalización legislativa se destacan Honduras (7,00/3,45), Costa Rica (9,81/3,10) y El Salvador (10,22/2,19). No obstante en el caso de Honduras la alta cantidad de comisiones permanentes que tutelan materias similares generan restricciones paralelas que limitan la capacidad de especialización, mientras que en el caso de Costa Rica, la incapacidad de la reelección parlamentaria consecutiva se convierte en un factor que erosiona el sistema de incentivos institucionales. Siendo, entonces el caso de El Salvador, el más significativo en un nivel relativos de especialización y profesionalización.

Los casos de El Salvador (10,22/2,19) y Nicaragua demuestran una arquitectura institucional en la cual se busca generar un equilibrio entre la especialización y profesionalización parlamentaria de la mano con la representatividad, por ello sus comisiones tienden a ser levemente mayores, asegurando una estructura pluripartidista. En el caso de Guatemala (21,03/4,26) se destaca el elevado tamaño promedio de las comisiones aun cuando hay una media de comisiones permanentes por legisladores relativamente favorable.

## II. EL PARLAMENTO EN LA RENOVACIÓN DEMOCRÁTICA

La región centroamericana ha experimentado desde la década de los años noventa una evolución en la cultura política de sus sociedades. Sin duda alguna la transición a la democracia en países como Guatemala, El Salvador y Nicaragua contribuyó a una conciencia colectiva tanto de los actores políticos como los sociales para un ejercicio efectivo de los derechos políticos. También las agendas de la cooperación internacional favorecieron la implementación de procesos de participación ciudadana en la toma de decisiones tanto locales como nacionales.

Centroamérica inició la década de los años noventa en un proceso de reconstrucción de su tejido social que se ve abruptamente sumergido en la necesidad de redefinir un estado capaz de adecuarse a las tendencias globales internacionales, principalmente las financieras y comerciales. De forma paralela nuestras sociedades aún en el proceso de modernización y crecimiento de infraestructura, sufren las consecuencias nefastas de múltiples desastres naturales, erosionándose así fuertemente la moral y el espíritu de nuestras sociedades. Desde luego la ayuda internacional interviene de forma enérgica, y con los programas de atención a damnificados y reconstrucción de nuestras sociedades, la cooperación internacional asume un papel protagónico en la promoción de la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones públicas.

Fueron estas tendencias las que sin duda alguna contribuyeron a capitalizar y fortalecer el tejido social en la región a inicios del siglo XXI, principal atención destacan los casos de Guatemala, Honduras y Nicaragua, pues muchas de las reformas al ordenamiento jurídico se lograron gracias a la conciencia adoptada por los tomadores de decisiones sobre el valor de la rendición de cuentas y la inclusión efectiva y real de los colectivos sociales más interesados y afectados en la formulación e implementación de las políticas públicas.

Sin embargo, Centroamérica en la actualidad sigue arrastrando el pesado lastre de conflictos socio-políticos y desequilibrios territoriales no resueltos, así como una serie de consecuencias por transformaciones generadas, con poco o escaso nivel de eficiencia, en los ámbitos políticos, económicos y sociales. Las asimetrías que se observan entre los países, como a lo interno de ellos, revelan la persistencia de la dicotomía entre unidad y diversidad en el Istmo, gestándose así un mosaico de sociedades con amplias y muy marcadas diferencias, a pesar de compartir una historia y cultura con puntos de encuentro.

Debemos preguntarnos entonces *¿Cuáles instituciones, valores y prácticas necesita una sociedad para ser tenida como democrática? ¿Cuál debería de ser el papel del parlamento para lograr mejores niveles y percepciones de representación y pluralidad política?* Particularmente en una coyuntura en la cual el sistema democrático ha evidenciado su incapacidad de resolver los problemas sociales y resurge en la opinión ciudadana la necesidad de un «líder fuerte».

La falta de concordancia entre el discurso y la acción política ha sido un factor importante para generar esta crisis de confianza que pesa sobre la clase política. La desconfianza creciente entre la sociedad civil y la sociedad política ha llegado a tales niveles de intolerancia, desafección y apatía, e incluso de desconocimiento entre sí como actores válidos, que no permite la construcción conjunta de proyectos de desarrollo nacional y local; volcándose como espacio de encuentro la ahora llamada «*democracia de la calle*».

Hoy en día las democracias centroamericanas se encuentran en una nueva encrucijada, la cual vuelve a ser de nuevo el reconocimiento de la efectividad del diálogo y la negociación por las vías del Estado de Derecho para canalizar la conflictividad política y social, contribuyendo así a una revalorización de la política, es decir, volver a creer en la política y en lo político. Centroamérica, vista como región, carece en la actualidad de un fortalecimiento de su institucionalidad democrática, sin duda alguna serían múltiples los problemas patológicos que se podrían identificar en sus sistemas políticos, pero ello solo vendría a generar quizás un escenario apocalíptico sobre la realidad regional.

Los procesos de transición democrática, principalmente en Guatemala, El Salvador y Nicaragua, si bien contribuyeron a canalizar e institucionalizar por medio del Estado de Derecho a la oposición política, lo cierto es que la capacidad efectiva de la ingeniería electoral, al menos desde la década de los años ochenta y hasta la actualidad ha manifestado tendencias de sub-representación o sobre-representación política. La llegada de sistemas democráticos en la región centroamericana se violentó con un caudal de demandas sociales insatisfechas, tanto por la cantidad como la calidad de las mismas, así como un predominio de una visión al corto plazo por los gobernantes y los gobernados; dejando así una plataforma de acción gubernamental orientada más por políticas de gobierno que por políticas de estado.

Los problemas de una sociedad marcada por el conflicto armado, la división de clases sociales y el olvido del Estado en la atención primaria de los



servicios sociales —principalmente salud y educación— sobrepasó el caudal que los nuevos regímenes democráticos podrían canalizar en el corto plazo. El resultado primario fue entonces la proliferación de organizaciones sociales en la atención de aquellos servicios que el Estado de forma voluntaria e involuntaria había descuidado. La historia de la región ha sido, hasta ahora, una historia de democracias fragmentadas, un entorno geográfico y político caracterizado por las asimetrías existentes entre el desarrollo económico y social de sus naciones. Esta región ha sido y sigue siendo una tierra de contrastes pronunciados, en la cual convive la opulencia ofensiva con la masificación de las carencias más elementales, esas que permiten tener una vida medianamente digna.

El contexto político de la región, a su vez, por más de dos décadas, solamente ha podido consolidar la democracia electoral, no una democracia suficiente, caracterizada por la participación real y efectiva de la ciudadanía. La transición democrática permitió, con la única excepción de Costa Rica, un cambio de régimen que permitió el tránsito de los gobiernos militares totalitarios a la elección de autoridades civiles escogidas —o a la mejor solamente votadas— en procesos casi siempre transparentes, pero en todo caso periódicos. Se impuso, como resultado inmediato, un régimen mínimo de respeto a los derechos humanos, básicamente los civiles y políticos, como premisa de superación del autoritarismo.

Las políticas públicas que a finales de la década de los ochentas se habían conceptualizado bajo la necesidad de articular mayor cobertura, mayor calidad y eficiencia en el costo, fueron a inicios de los años noventa modificando sus esquemas para priorizar el costo sobre la calidad y con ello sacrificar la cobertura de la atención pública. Esta situación vino a provocar en países como Guatemala y Nicaragua una fuerte brecha entre lo urbano y lo rural, especialmente en el primer caso con un mayor impacto hacia las poblaciones indígenas y en el segundo hacia las poblaciones afrocaribeñas, pero siempre como común denominador las mujeres.

El fenómeno de la desafección política como producto de la desconfianza en los partidos políticos, continúa siendo uno de los principales retos que afecta la calidad de nuestras democracias. Las prácticas clientelares, el abuso de los poderes derivados del ejercicio de la institucionalidad informal, el obstruccionismo, la corrupción y el clima de impunidad, entre muchos otros males, son parte de esa influencia multicausal y multidimensional que atenta contra la calidad de los partidos políticos de nuestra región.

Pese a que durante los años noventa la región ha estado inmersa en procesos de cambio institucional, dentro de los cuales se han efectuado programas de desmilitarización de la vida política, se han iniciado procesos de modernización de la administración, se han realizado transformaciones en el sistema de justicia y se han instaurado democracias electorales. Estos cambios han sido más formales que efectivos y se han producido en una dinámica de arriba hacia abajo, demostrando que los avances en materia de democratización siguen siendo frágiles y los estados centroamericanos aún son incapaces de responder a las

necesidades de su población, y sus avances en materia de equidad, inclusividad, transparencia y participación ciudadana son escasos, sino nulos.

Los cambios sociales, demográficos, económicos y políticos de los últimos años no han desatado mejoras en el desarrollo humano, ni han dinamizado el crecimiento económico, sino que han profundizado las brechas entre los países y más aún a lo interno de estos. Hoy en día Centroamérica se caracteriza por poseer una mano de obra barata y no calificada, por la prevalencia de mayorías pobres, por una creciente emigración, un medio ambiente deteriorado y frágiles estados de derecho. Como resultado de la escasa oferta de oportunidades laborales, la emigración, principalmente a Estados Unidos, ha aumentado, desde la década de los noventa, generando una dependencia importante de las remesas familiares para la estabilidad macroeconómica de nuestros países y convirtiéndose en una necesidad estructural para el funcionamiento de algunas economías y sociedades en la región.

La disminución de la violencia política, no ha logrado traducirse en sociedades más pacíficas, adquiriendo más bien en los últimos años, un perfil distinto, matizado por altos niveles de violencia social, que tienen su expresión en el crecimiento de formas de delincuencia organizada entre miles de jóvenes que ven limitadas sus oportunidades de inserción social.

Ahora la pregunta central, es *¿qué tiene que ver en todo esto el Parlamento?*, pues bien durante mucho tiempo se ha visto el efecto del Parlamento en la calidad de la democracia como una especie de caja negra, centrando los estudios sobre los partidos políticos, o bien sobre el análisis del diseño institucional desde la comparación de las normas jurídicas y las características identitarias del sistema político.

En las últimas dos décadas son múltiples los organismos internacionales que han centrado sus agendas en la importancia de comprender la calidad de la gobernanza, entendida para la presente reflexión como el entramado institucional —marco jurídico y marco institucional—; de esta forma, la calidad de la democracia no sólo depende de las brechas financieras o políticas, sino también de las institucionales, siendo en este caso de estudio, la parlamentaria, pues en un sistema político con un Parlamento débil, tanto sus capacidades de control político como las calidades de su legislación tienden a quedar presa de las acciones del Poder Ejecutivo, lesionando sustancialmente el principio de separación y de complementariedad de los poderes.

## **1. El Parlamento como institución**

El Parlamento como institución constituye el eslabón perdido del proceso de modernización del Estado, pues difícilmente se podrán aprobar reformas estructurales del Estado sin un sistema de partidos lo suficientemente maduro para analizar la calidad del proyecto de ley o dejar las pasiones partidarias y luchas viscerales, para dar paso a la construcción del *interés general*. Caso

contrario, tendríamos una iniciativa de ley —posiblemente con consenso social—, técnicamente bien diseñado, estrellándose frente a una realidad caracterizada por un marco reglamentario parlamentario imprevisible; bancadas parlamentarias con discursos vacíos sino clientelares, y con una pésima capacidad de control político sobre las fases de implementación y evaluación.

A pesar de que en los enfoques teóricos no existe un consenso sobre la definición misma de institución, se puede esclarecer que el Parlamento como institución es el sistema de convicciones, valores, principios y reglas de juego correspondientes que determinan las funciones a desempeñar por los legisladores, producto de un proceso de elección legítima y democrática de sus miembros, como del marco jurídico —y reglamentario— que restringe sus actuaciones y pautas básicas de funcionamiento, y demás modos de relación con los otros poderes del Estado y con la sociedad en general.

Las instituciones conforman las estrategias de los actores y éstas, en su interacción, producen resultados colectivos. Para COLOMER (2001), las instituciones proveen información, oportunidades, incentivos y restricciones tanto a los ciudadanos como a los líderes para la elección de estrategias y sólo cabe explicar los resultados colectivos a través de las decisiones estratégicas de los actores, que son influenciadas por un marco histórico-cultural. La capacidad de toma de decisiones emanadas desde Parlamento se encuentra profundamente marcada por el diseño institucional por medio del cual se materializan las dimensiones políticas y organizativas del mismo, desde las cuales toman vida las funciones legislativas, deliberativas y de control.

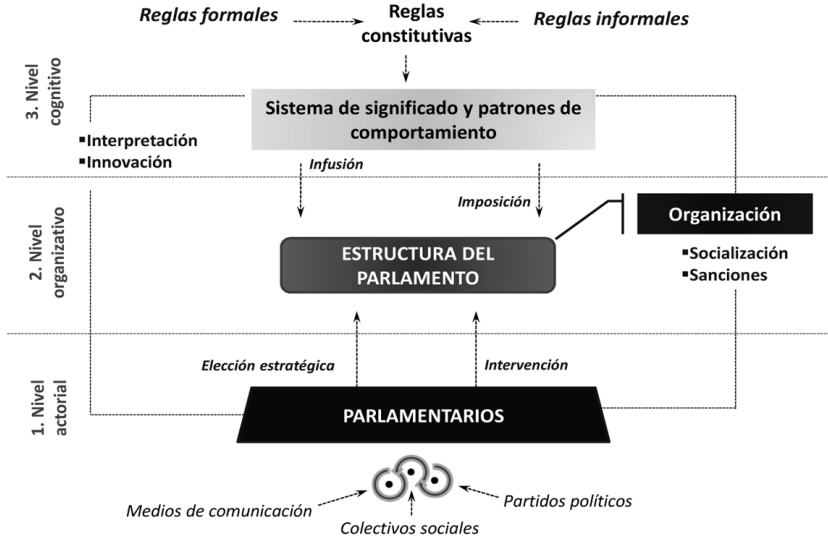
La gobernanza, entendida como la capacidad de interacción institucional del Parlamento debe ser analizada desde la organización e institucionalización parlamentaria. Se ha de evidenciar que el Parlamento como institución se estructura en tres dimensiones complementarias, siendo la primera de ellas la actuarial, seguida por la organizacional y finalmente por la cognitiva (ver *Diagrama N° 3*).

Desde la *dimensión actuarial* (6), las instituciones toman vida, es decir son orientadas según las características de sus actores, o mejor dicho el Parlamento asume su vida desde los actos colectivos de sus parlamentarios —*la decisión parlamentaria*—, quienes a su vez se encuentran vinculados por nexos formales —estatutos, normas o legislación— o informales —prácticas y cultura política— con las estructuras de los partidos políticos y sus militantes, colectivos sociales de toda índole, así como de los medios de comunicación. A mejores canales de comunicación personal y de la bancada, mejores serán las relaciones con la oposición extraparlamentaria y viceversa.

---

(6) La dimensión actuarial ha sido sumamente analizada por la ciencia política, la sociología y la economía, tratando de comprender entre muchos otros objetos de estudio, las dinámicas de coaliciones, los procesos de negociación que inciden en los resultados como en los procesos de las políticas públicas, el transfuguismo, la estabilidad e institucionalización del sistema de partidos, entre otros.

### Diagrama N° 3 El Parlamento como institución



Fuente: Elaboración propia a partir de North (2005).

El segundo nivel, definido como *nivel organizacional* (7) pone el énfasis en lo que se podría denominar «la ingeniería institucional del Parlamento», pasando el enfoque de estudio del resultado al proceso principalmente; es decir, se busca dilucidar el «*vía crucis procedimental*» de cada Parlamento en particular, y cómo ello genera costes de transacción al proceso político. El resultado final es comprender de una mejor forma el funcionamiento de la «maquinaria parlamentaria», siendo una herramienta de gran utilidad el análisis comparado con realidades similares o diferenciadas.

El Parlamento como organización, implica un conjunto de recursos humanos, financieros, tecnológicos, de competencias y capacidades que en un momento dado son aplicados al servicio de las funciones de la institucionalidad parlamentaria (PRATS, 2003).

Finalmente la *dimensión cognitiva* constituye el valor y lugar que se le da a la acción parlamentaria desde la concepción del modelo del sistema político,

(7) Esta dimensión ha sido analizada principalmente por el derecho comparado y parlamentario, pero también por la ciencia política, la sociología y la economía. Algunos de los principales enfoques de estudio ha sido las capacidades legislativas, los instrumentos de control parlamentario, institucionalización de los grupos parlamentarios, la capacidad de fiscalización parlamentaria, el poder de la junta de portavoces, las comisiones legislativas, entre otros.

como de su ciudadanía, siendo que una y otra dimensión puede reforzarse o impulsar hacia su transformación. Un Parlamento poco valorado o apreciado por la ciudadanía, no logrará capitalizar un apoyo social cuando su autonomía sea vulnerada o violentada por un Ejecutivo con voracidad de intromisión y de ejercicio político desde la informalidad.

La dimensión cognitiva genera institucionalidad parlamentaria desde aquellos valores a los que formalmente responde, siendo principalmente la representación del pluralismo y la promoción de la representatividad social —capacidad de agregación de intereses—, cuya combinación faculta la construcción de consensos desde un modelo de seguridad jurídica y sentido de dirección de la sociedad, así como eficiencia económica, equidad social, en el marco de un proceso de promoción de la transparencia y credibilidad institucional. Para ello es fundamental no solo el buen desempeño de los actores —*performance*— sino también, un modelo organizacional que promueva la eficiencia, eficacia y legitimidad en la relación de sus fines y objetivos.

En síntesis, el Parlamento como institución se estructura por normas sociales formales e informales legitimadas dentro de la sociedad política, que delimitan el marco para la interacción y comportamiento (8). Normas y patrones que se encuentran en la constitución política, el reglamento legislativo —*institucionalidad formal* (9)—, como también en la costumbre y niveles de relacionamiento político —*institucionalidad informal* (10)—.

Desde este enfoque, el Parlamento se constituye en una estructura que tipifica los roles de los actores políticos-sociales y ejerce control sobre sus acciones, pero también les ofrecen una selección de alternativas predeterminadas sobre los cursos de acción que están posibilitados o legitimados a llevar a cabo en un contexto sociológico e histórico particular

---

(8) Para NORTH (2005), las instituciones —o conjuntos de normas formales e informales— actúan como estreñimientos mentales para los individuos, lo que contribuye a estructurar las relaciones sociales. Las normas informales son parte del marco más amplio de la cultura, entendida ésta como la transmisión de generación en generación —vía enseñanza e imitación— de conocimientos, valores y otro tipo de factores que influyen el comportamiento, proveyendo un marco conceptual basado en el lenguaje para codificar e interpretar la información que los sentidos presentan al cerebro.

(9) Las normas formales adquieren la forma de constituciones, leyes, tratados y contratos e inclusive estructuras organizacionales compuestas por personas que operan bajo las normas formales descritas. Éstas son típicas de sociedades complejas en donde existe un Estado de derecho capaz no sólo de concebir sistemas judiciales para manejar las relaciones económicas, políticas y los contratos entre individuos, sino también como fórmula de atenuación para auto-regular a los grupos dominantes.

(10) La institucionalidad informal es producto de una serie de valores y principios implícitos en las relaciones de poder y que se encuentran compartidos intersubjetivamente por miembros de una comunidad determinada. Las acciones orientadas bajo estas normas poseen un propio sentido; es decir, su realización tiene un carácter racional y objetivo para los individuos de esa comunidad específica.

## 2. La estabilidad del diseño parlamentario

La institucionalidad parlamentaria confecciona procedimientos y estructuras operantes que definen y fortalecen valores, normas, intereses, identidades y creencias (Hall 1986); aspectos que en su totalidad producen articulaciones cognitivas que suministran estabilidad y significado a la conducta socio-política en una comunidad determinada. Por tanto, el diseño institucional parlamentario se compone de reglas generadas por los actores en la maximización de sus intereses personales y colectivos, reglas que a su vez se transforman en restricciones hacia éstos en su forma de operar.

Al ser el diseño parlamentario producto de una voluntad normativa, es indispensable lograr adecuados arreglos con carácter de estabilidad, a efectos de que el Parlamento pueda cumplir eficazmente sus marcos competenciales (11). La rigidez estructural institucional siempre estará siendo atenuada por las capacidades y habilidades de los actores políticos, flexibilizando así las tensiones normativas con las transformaciones socio-políticas imperantes. De forma adicional a los arreglos institucionales capaces de ofrecer un complejo sistema de restricciones e incentivos, el diseño parlamentario ha de promover una acertada cultura institucional que se traduzca en la generación de un clima de confianza colectiva tendiente a facilitar la cooperación y colaboración entre los diversos actores político-sociales.

La estabilidad del diseño parlamentario depende del equilibrio logrado en una primera instancia y en la capacidad propia para mantenerse vigente y pertinente con el tiempo, pero principalmente la forma en que se logre su articulación interna para el cumplimiento de los marcos competenciales propios. La capacidad de coordinación e interacción entre el modelo de grupos parlamentarios y el nivel de institucionalización de las comisiones legislativas permanentes, por ejemplo, ofrecen mecanismos de coordinación e interacción entre las variables político-institucionales que determinan el desempeño parlamentario.

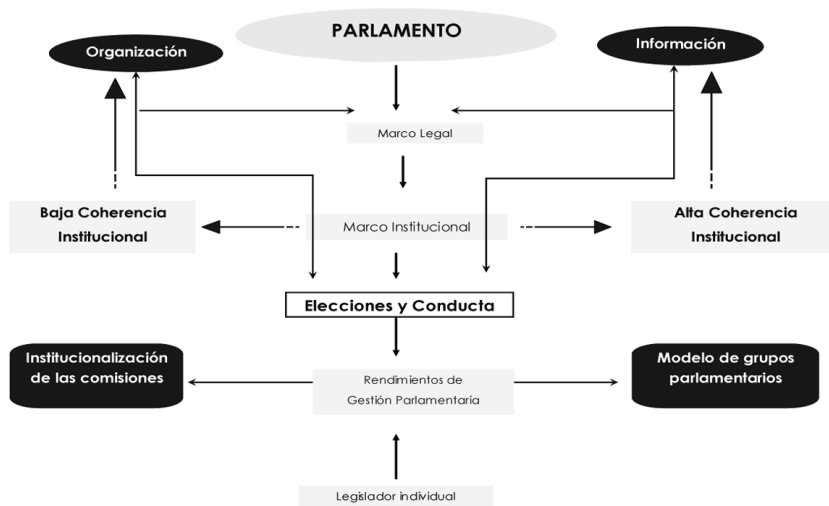
A lo interno del modelo de organización parlamentaria es necesaria la existencia de cierto grado de cohesión con las estructuras de delegación funcional y de actuación política-representativa, entendiéndose como tal el grado mínimo de coherencia y acuerdo entre institucionalización del modelo de gru-

---

(11) «Un arreglo institucional está formado por n- pares ordenados o n- soluciones; cada par o solución constituye la culminación de un proceso de negociación que han desarrollado los actores normativos sobre un tema específico. En virtud del carácter supra-ordinario de los negociadores, el grupo de soluciones toma finalmente el carácter de un cuerpo de restricciones a los comportamientos individuales, el cual busca armonizar el interés de cada sujeto con el bienestar colectivo. Si lo consideramos de esta manera, todo arreglo institucional constituye un «cierre», en cierta forma arbitrario, de los temas que van a formar parte de dicho arreglo; expresado en otros términos, todo arreglo institucional es necesariamente «incompleto», ya que sólo puede definir un conjunto de acuerdos que no son de momento renegociables, mientras queda abierto un infinito número de temas que pueden ser objeto de ulteriores negociaciones dentro del mismo marco» (AGUIAR *et al*, 2008 p. 43)

pos parlamentarios y de comisiones legislativas permanentes; combinación de actuaciones que tienden a regular y canalizar los conflictos en el ejercicio de la función legislativa, deliberativa y de control. La falta de cohesión institucional en estas dimensiones condiciona la capacidad de gestión interna y externa del Parlamento (ver *Diagrama N° 4*).

**Diagrama N° 4**  
**Cohesión institucional parlamentaria**



Fuente: *Elaboración propia*.

Un diseño parlamentario coherente reducirá los niveles de incertidumbre con respecto a la evolución de situaciones y eventos políticos estratégicos para los actores, pues la institucionalidad ofrecerá reglas de juego claras —costes de transacción—, facilita la información estratégica para la toma de decisiones—certidumbre— y articula su accionar político con respeto al ejercicio de la autonomía parlamentaria (12).

El principal efecto producido por las distorsiones de coherencia parlamentaria es el incremento de los costes de negociación entre los diversos espacios de

(12) Una coherencia institucional alta significa un alto nivel de coincidencia entre los actores institucionales y políticos para la ejecución de un determinado modelo de desarrollo; siendo ello un indicador de la capacidad de estructuración del sistema y del cómo la colaboración parlamentaria deja de ser un objetivo de la gestión, para ser una convicción operativa del proceso. Sin embargo, puede haber una alta diferenciación entre la coherencia institucional y la coherencia entre los parlamentarios, mientras que el primer tipo hace mención a comportamientos de articulación organizacional, el segundo es más desde un plano actitudinal (RUIZ RODRIGUEZ, 2007, p. 53).

decisión —comisión y pleno—, así como a nivel intra e interpartidario; abriéndose mayores posibilidades para el ejercicio de poderes formales e informales de veto por parte de los diversos actores institucionales y partidarios. Esta situación tiende a imponer retrasos y generar mayores presiones por la falta de respuesta a la atención de las demandas sociales, minando así la eficacia y legitimidad de ejercicio del Parlamento.

Si los marcos institucionales promueven baja coherencia el principal impacto se dará en los canales de organización y articulación institucionales hacia los grupos parlamentarios, afectando con ello sus capacidades de actuación. Por el contrario, si los marcos fortalecen la coherencia institucional, los grupos parlamentarios tendrán mayor información para la comprensión de las demandas, necesidades y prioridades de la sociedad, con lo cual su capacidad de elección y previsión de las preferencias multi-actoriales será mayor, logrando así los arreglos institucionales adecuados para atender las diversas restricciones —políticas e institucionales—.

Una mayor cohesión institucional del Parlamento implica un incremento en su potestad de autonomía, pues con ello se logra dotar de un mayor poder relativo, mayores capacidades organizativas, así como mejores niveles de información para la toma de decisiones, obteniendo con ello un adecuado margen para el ejercicio de la gobernabilidad parlamentaria.

En su defecto, menores niveles de cohesión institucional generan mayores márgenes de actuación a la institucionalidad informal, siendo ésta en ocasiones complementaria a la institucionalidad formal, o bien entrando en abierta contradicción, pues desde ella se filtran distorsiones políticas propias de intereses sectoriales o partidarios, afectando con ello las capacidades de gestión del legislador o de su grupo parlamentario.

En entornos complejos, los parlamentarios no están completamente capacitados para analizar la situación y calcular su estrategia óptima, y por tanto puede esperarse que adapten su estrategia en el tiempo basándose en aquellos aspectos considerados como efectivos e incluso en otros determinados como poco productivos. La capacidad de efectividad o no de los aprendizajes se encuentra profundamente vinculada a la idea de que las reglas proporcionan un mecanismo poderoso para regular, controlar y disuadir el conflicto entre los grupos, particularmente cuando hay altos niveles de fragmentación y ninguno de ellos se ha consolidado como la autoridad central (AXELROD, 2003, p. 28).

La necesidad de contar con parlamentos ágiles y más oportunos contribuyó a una cultura de organización legislativa basada en el trabajo de las comisiones, pretendiendo así una mayor canalización de las demandas sociales. Las comisiones se definen como los grupos de trabajo, temporales o permanentes, estructurados a partir de áreas temáticas y constituidos por una parte de los integrantes de una Asamblea.

Aunque el Poder Ejecutivo cuenta con mayores recursos humanos y técnicos para formular sus propuestas de ley en comparación con los parlamentos, las comisiones tienden a ser una herramienta técnica y política para el análisis y



la discusión de dichas propuestas. Estas representan uno de los espacios más estratégicos del Parlamento, tipificados por la institucionalidad formal para el ejercicio de la negociación y la toma de decisiones. La reducida cantidad de sus miembros contribuye a un debate más profundo y por ende a una mayor comprensión de las posiciones (13).

### III. DIRECCIÓN PARLAMENTARIA EN EL CAMBIO INSTITUCIONAL

El desarrollo de procesos de cambio institucional en el marco de las relaciones entre los poderes Ejecutivos y Legislativos en los sistemas políticos presidenciales depende en su iniciación y viabilidad de una combinación de factores políticos institucionales donde se destacan principalmente el sistema de partidos en su correlato de grupos parlamentarios y el nivel de institucionalización de las comisiones legislativas. Sin embargo, entre uno y otro extremo aparece la disciplina partidaria y parlamentaria como elemento subyacente que facilita la previsibilidad o no de los acuerdos y pactos políticos, sean sobre temas muy coyunturales o bien sobre una visión de Estado que faculte superar el dominante enfoque de gobierno que tiende a caracterizar las agendas parlamentarias.

Partidos disciplinados pueden obstruir las relaciones entre el Presidente y el Parlamento, cuando el primero no tiene la mayoría legislativa, pero dichos conflictos no sólo son usuales en las relaciones Gobierno— oposición, sino también posibles a nivel intrapartidaria, algo sumamente sensible cuando se dan disconformidades a lo interno del partido de gobierno (14). Por tanto, la habilidad del Presidente para implementar las reformas políticas a favor de las cuáles haya hecho campaña o dirige su accionar gubernamental, es producto de la interacción entre los poderes formales que éste posee y la posición con respecto a los partidos representados en el Parlamento (15).

En un *gobierno con mayorías legislativas* se espera que el partido político en el gobierno tenga poderes legislativos y ejecutivos absolutos, sea por el control de la institucionalidad formal o por un ejercicio más fluido de la institucionalidad

---

(13) SARTORI (1995, p. 291) señalaba que la comisión legislativa, es el mecanismo en el cual las minorías sustantivas que son inexorablemente derrotadas cuando las decisiones se someten al voto mayoritario encuentran el lugar en el que sus reivindicaciones preferidas más intensamente pueden llegar a ser aprobadas.

(14) En situaciones de fragmentación legislativa, la exigencia de gobernabilidad se ha sustentado a partir de las construcciones de coaliciones que aseguren adecuadas mayorías legislativas a los programas del Poder Ejecutivo

(15) «Sin embargo, la verdad del asunto es que aquí tenemos que negociar un trueque y debemos sacrificar la representación del parlamento a la necesidad de un gobierno eficiente, que sería la solución inglesa, o bien sacrificar la función del funcionamiento a la función de la representación —la solución del consenso de la que fuera pionero Arend LIPHART—, así que en esta presentación he desatendido la representatividad, no porque no esté consciente de ella, sino porque para mí, la gobernabilidad es, en casi todas las democracias, la prioridad de nuestro tiempo». (SARTORI, 1996, p. 70-71)

informal, en donde la conflictividad entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo queda principalmente —*pero no necesariamente*— delegada a los conflictos internos del partido en gobierno —intrapartidarios—. En este escenario, el Poder Ejecutivo destaca principalmente porque cuenta con (a) un gabinete de su partido político, (b) una fracción legislativa capaz de asegurarle una mayoría legislativa, (c) la dinámica de la oposición parlamentaria queda delegada principalmente al ejercicio del control político y al uso de los poderes formales e informales de veto, y (d) como sumatoria de los anteriores factores una agenda presidencial legislativa bastante ágil y dinámica para ser aprobada y puesta en ejecución.

*Un gobierno con mayoría* no implica en todos los casos que el presidente puede obtener todo lo que desee, pues esta situación sólo le asegura mayor coordinación institucional desde la esfera intrapartidaria. La capacidad de incidencia del Poder Ejecutivo en el espectro parlamentario se encuentra entonces condicionada por: (a) la estrategia de coordinación y análisis parlamentario que desde el Poder Ejecutivo se lleve sobre el acontecer parlamentario, (b) un adecuado sistema de incentivos positivos y negativos para mantener la disciplina y la cohesión interna de la bancada parlamentaria del partido de gobierno, como para capturar apoyos individuales o colectivos de la oposición parlamentaria (16), (c) la incapacidad de la oposición en el uso de los instrumentos de control político formales e informales y, (d) una pasividad de la oposición extraparlamentaria.

*El gobierno sin mayoría legislativa*, entendido como aquella situación política en la cual una fracción o coalición de oposición parlamentaria tiene un control relativo —mitad más uno de los escaños— o absoluto —dos terceras partes de los escaños—, da como resultado un Poder Ejecutivo sin una fuerte mayoría legislativa y por ende: a) su bancada posee el mayor número de escaños, o b) la bancada oficialista no posee el mayor número de escaños pero el nivel de fragmentación y dispersión de la oposición parlamentaria es tal que ésta ha perdido su capacidad efectiva de oposición —principal bancada pero sin gozar de una mayoría necesaria para la toma de decisiones—. Por tanto, se entenderá para efectos de esta reflexión que un *gobierno sin mayoría* es aquella situación en la cual el partido político que controla el Poder Ejecutivo cuenta con una fracción parlamentaria incapaz de producir o mantener una mayoría absoluta y por ende, el Poder Ejecutivo requiere recurrir de forma frecuente a la disciplina parlamentaria y partidaria, así como a la negociación de coaliciones para asegurar la viabilidad de su agenda política (17).

---

(16) El sistema de incentivos positivos puede ir desde la asignación presupuestaria a obras comunales, la intervención de diversas instituciones del Poder Ejecutivo para resolver conflictos o problemas municipales, hasta incluso opciones para el desarrollo de la carrera política. Entre los principales incentivos negativos se pueden destacar desde el uso y amenaza del ejercicio del veto, la exclusión o entramamiento de iniciativas de la oposición, entre otros.

(17) Esta definición, requiere superar como núcleo conceptual el umbral analítico restringido prioritariamente a la aritmética parlamentaria, es decir la cantidad de escaños de la fracción oficialista versus los escaños obtenidos por la oposición parlamentaria, y concentrar el análisis en

A pesar de que todas estas posibilidades de configuración de las relaciones de poder parlamentarias implican situaciones de fuerte tensión y conflicto entre ambos poderes, será en situaciones en las cuales existe una capacidad de influencia efectiva de la oposición parlamentaria cuando el Poder Ejecutivo se encontrará en absoluta merced de sus facultades constitucionales y de la voluntad política de la oposición por cooperar o competir, con el riesgo de una parálisis y entramamiento del sistema, salvo que por la institucionalidad formal o principalmente la informal se puedan crear los incentivos adecuados de cooperación para el desbloqueo.

En esta realidad, tanto la oposición parlamentaria como el Poder Ejecutivo y su fracción legislativa tienen la posibilidad de articular mayorías, ya sean producto de coaliciones coyunturales o estructurales, con lo cual los resultados se vuelven volátiles e inciertos. En situaciones matizadas por la conformación principalmente de coaliciones de carácter coyuntural, el Poder Ejecutivo podrá articular un control legislativo absoluto o relativo según sus habilidades e incentivos de negociación política; pero también estará sujeto a la posibilidad de gobiernos divididos —sin mayorías parlamentarias— producto de una coalición de la oposición parlamentaria en contra de la agenda o los intereses del Poder Ejecutivo.

Es así como la perspectiva analítica debe gravitar más sobre los comportamientos y estrategias de administración, derivados de la aritmética de poder en el seno parlamentario marcado por condicionalidades como si el Poder Ejecutivo puede contar con partidos pequeños —partidos bisagras— para la articulación de coaliciones ganadoras mínimas o sólo podrá alcanzar acuerdos con partidos grandes —o se encontrará en un escenario mixto—, e incluso definir cuáles son los niveles de distanciamiento ideológico entre la fracción de gobierno y la oposición parlamentaria en estos escenarios.

Algunos de los ejes de análisis desde esta perspectiva pueden ser el análisis de los reglamentos legislativos como plataformas que contribuyen a un mayor dinamismo de los jugadores con poder de veto en dinámicas de gobierno dividido, el control y aprobación de la agenda legislativa especialmente discriminando la legislación que incide, modifica, crea o deroga las políticas públicas en contraposición a los análisis de productividad legislativa que incluyen las leyes menores —declaración de benemeritazgos, permisos municipales, entre otros—, el comportamiento del ejercicio y amenaza del veto, las relaciones entre las bancadas parlamentarias, especialmente de oposición y la oposición extraparlamentaria, así como la canalización de los conflictos sociales hacia o fuera del Parlamento, entre otros.

El hecho de que el Poder Ejecutivo y la oposición parlamentaria se encuentren en posiciones distintas, y uno de ambos pueda frenar o modificar las inicia-

---

el entendimiento de las implicaciones posibles dadas por esta reconfiguración de las relaciones de poder en el seno parlamentario —posterior al proceso electoral—, como a los aspectos de disciplina y cohesión intrapartidarios e interpartidarios.

tivas del otro no significa que el gobierno se encuentre en una absoluta parálisis, sino más bien que la ingeniería constitucional está poniendo en acción los mecanismos del modelo de «pesos y contrapesos», independientemente si el sistema de partidos políticos se encontraba o no familiarizado con esta situación.

Es en la construcción de las decisiones en torno a la agenda del Ejecutivo, las pretensiones sobre ella y el impulso de las agendas propias de la oposición, que se entretajan las relaciones de poder a partir de los posibles costos y beneficios, vinculados con las estructuras de la institucionalidad formal e informal, aspectos que se expresan en una variedad de manifestaciones que oscilan entre la cooperación, la no cooperación y el bloqueo. Cuando el Poder Ejecutivo no cuenta con mayorías legislativas, se pone a prueba la ingeniería institucional —tanto desde la concepción constitucional como la organicidad parlamentaria—, el liderazgo del presidente, su gabinete y su fracción parlamentaria en la conducción de la negociación política, e incluso la calidad de la oposición parlamentaria, tanto desde la institucionalidad formal como en la informal.

El comportamiento sobre la interpretación del gobierno dividido busca dilucidar la expresión manifiesta y latente del conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, pues existen múltiples posibilidades de que ante una situación de gobierno dividido ocurra: (a) sea que el presidente desista de su liderazgo y evite enviar iniciativas al Parlamento que puedan generar la confrontación, o bien que la oposición se encuentre en una situación de alta fragmentación, siendo incapaz de hacer uso de los recursos de control político al Poder Ejecutivo, y (b) se articulen coaliciones ganadoras mínimas que permitan un adecuado ejercicio del gobierno (18).

La adecuada comprensión del entorno parlamentario por los actores políticos puede crear las condiciones para la promoción de consensos —aunque sean en puntos mínimos de entendimiento—, creando así, en situaciones de gobierno dividido, la constitución de gobiernos compartidos, sea tanto en la definición y aprobación de la agenda parlamentaria como en las potestades de fiscalización y control político. La constitución de gobiernos divididos no implica que durante todo el período constitucional —administración del partido en gobierno— la tendencia sea el conflicto y la confrontación con máxima expresión en la parálisis institucional —*gridlock*—, pues el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se encontrarán —como se ha definido en el transcurso de esta investigación— en juegos de mutua dependencia.

La dirección política parlamentaria tiende a surgir particularmente en escenarios donde el Poder Ejecutivo no cuenta con mayorías legislativas, o bien aun gozando de estas, la fracción parlamentaria de gobierno cuenta con un

---

(18) También podría considerarse que no se articulen las alianzas pero se envíen las iniciativas y se deje al libre juego de la praxis parlamentaria el futuro de las políticas públicas, lo cual generará muy probablemente tendencias de ingobernabilidad.

cierto margen de autonomía para desarrollar una agenda política propia —en complemento o en coordinación con la del Poder Ejecutivo—. En ambos casos el resultado final es un Poder Legislativo con capacidad propia de promover y desarrollar un impulso político alterno o complementario al impulsado por el Ejecutivo.

La capacidad de dirección política constituye un impulso parlamentario en un tema especializado de la agenda emanado directamente de las fuerzas con representación parlamentaria, donde estas promueven y aprueban propuestas de las cuales el Poder Ejecutivo tendrá un papel pasivo —aceptación—, o reactivo —transformación o rechazo— sea mediante su fracción parlamentaria o bien vetando la ley aprobada. Esta capacidad depende ya sea de un reglamento legislativo que faculte los mecanismos institucionales principalmente de la oposición para la generación de una agenda parlamentaria propia, o bien de cierta cohesión entre los diferentes grupos de oposición para articular los respaldos políticos necesarios que materialicen la construcción y aprobación de la agenda parlamentaria en un tema específico (19).

La lógica del presidencialismo tiene una fuerte tendencia a producir: (a) presidentes que adoptan un discurso que ataca a las principales instituciones políticas —la legislatura y los partidos—, y (b) presidentes que cada vez más tratan de dirigirse directamente al pueblo marginando a los grupos políticos y civiles organizados (STEPHAN & SKACH, 1997, p. 206). Bajo esta racionalidad, el presidencialismo carece de un sistema de incentivos para promover la cooperación y la articulación de coaliciones sustentables, como se dan en los sistemas parlamentarios. Incentivos que no sólo se dirigen hacia la cooperación de la oposición parlamentaria con el gobierno, sino también para que el gobierno se abra a procesos de diálogo, tolerancia y negociación constante con el Parlamento (20).

Ante esta lógica político-institucional se entiende por gobernabilidad parlamentaria el proceso decisional estructurado sociopolíticamente de modo tal que todos los actores estratégicos se interrelacionan para tomar decisiones colectivas y resolver sus conflictos conforme al sistema de reglas y de procedimientos formales o informales —que pueden registrar diversos niveles de

---

(19) Al respecto se debe recuperar lo expresado por MAINWARING & SHUGART (2002), quienes reconocen que además de la difícil combinación de presidencialismo con multipartidismo, existen otros factores importantes en la determinación de cómo funciona el presidencialismo, tales como la calidad del liderazgo, la naturaleza de los clivajes sociales y los conflictos políticos, el nivel de desarrollo y la cultura política, aspectos que sin duda alguna afectan la manera de funcionar de la democracia. A pesar de estos señalamientos, los autores apuestan a comprender la dinámica de las relaciones entre ambos poderes desde un abordaje institucional.

(20) Entonces, una de las paradojas de los sistemas presidencialistas parte de que sus partidos políticos son débiles y no tienen disciplina, por lo cual los legisladores se comportan en muchas ocasiones —especialmente cuando existe la reelección continua— de manera localista y de acuerdo a sus propios intereses. (LINZ, 1994).

institucionalización— dentro del cual formulan sus expectativas y estrategias (Prats 2001, p. 9) (21).

A partir de esta definición, la dirección parlamentaria oscila en dos posibles dimensiones de actuación: estabilidad política (*i*) y estabilidad democrática (*ii*). Mientras que la primera responde a consensos o fórmulas de atenuación entre las fuerzas políticas tradicionales o mayoritarias que concentraban el poder decisional en el Parlamento, la segunda responde a modelos de inclusión pluripartidarios que aun generando coaliciones sobredimensionadas buscan procesos de toma de decisiones cercanos al mayor consenso posible (22).

La diferencia entre una actuación y otra, está determinada por los niveles de legitimación formales e informales requeridos para que la decisión sea considerada eficaz y legítima por parte de la ciudadanía (23). La obtención de esta eficacia depende en gran medida de la capacidad que posea la estructura parlamentaria para canalizar y dar respuesta de forma satisfactoria a las necesidades socio-políticas, en un proceso caracterizado por constantes demandas que conllevan al surgimiento de conflictos entre la esfera política y social, cuya buena gestión integral permite desarrollar la legitimidad de ejercicio (24).

Algunos de los factores que afectan la calidad de la dirección parlamentaria son los siguientes: (a) el sistema de representación de los legisladores —sistema electoral aplicado y la respectiva conformación del Poder Legislativo—, (b) la

---

(21) «Las reglas y procedimientos de la gobernabilidad serán tanto más duraderas cuanto mayor grado de conflicto entre los actores estratégicos sean capaces de contener y procesar pacíficamente. La crisis de gobernabilidad sólo se produce en realidad cuando el conflicto entre los actores tradicionales por su poder relativo o del conflicto con nuevos actores emergentes pone en cuestión no una regla, procedimiento o fórmula específica, sino la misma matriz institucional que expresaba la estabilidad o equilibrio del sistema sociopolítico». (PRATS, 2001, p. 11).

(22) Indistintamente, el efecto tiende a ser la capacidad del sistema para adaptarse a nuevas dinámicas de relacionamiento para incluir la emergencia de estos nuevos actores, o en su defecto la parálisis parlamentaria. Esta capacidad de inclusión y en ocasiones de absorción, tiende a ser la estabilidad democrática institucional.

(23) «(...) la gobernabilidad es la cualidad propia de una comunidad política según la cual sus instituciones de gobierno actúan eficazmente dentro de su espacio de un modo considerado legítimo por la ciudadanía, permitiendo así el libre ejercicio de la voluntad política del ejecutivo mediante la obediencia cívica del pueblo». (ARBÓS & GINER, 1996, p. 6).

(24) En términos de COICAUD (2000, p. 21) y de URCUYO (2003, p. 19), la pérdida de legitimidad de ejercicio del Parlamento, no sólo es el resultado de una falta de éxito en la práctica del desarrollo de sus potestades, sino también del escaso o marginal éxito obtenido en el proceso electoral y particularmente en el pobre éxito de los rendimientos institucionales parlamentarios. La falta de confianza en el Parlamento se inicia con votaciones que expresan tanto un fraccionamiento partidario como una creciente tendencia al abstencionismo. Esta situación, seguida por una práctica legislativa precaria que no responde a las exigencias coyunturales, ni a una visión clara de desarrollo, genera una deficitaria demostración del derecho a gobernar y por ende, una débil credibilidad y apoyo en la acción política adoptada, cuyo proceso y resultado no goza de una plena confianza en el imaginario colectivo.

definición del estatuto de los legisladores y la naturaleza de su representación, sus retribuciones y privilegios, así como la duración en el ejercicio de sus cargos; (c) la existencia de liderazgos parlamentarios; y (d) el mejoramiento de la calidad democrática de las leyes (PRATS, 1999, 105-124).

Adicionalmente, se podría agregar el ejercicio de las potestades constitucionales para el control político y los niveles de acercamiento o relación con las comunidades representadas. Sobre el tema de credibilidad representativa, el Parlamento es un reflejo de la calidad de los partidos políticos ahí representados. Si existen partidos políticos viciados por un activismo meramente electoral, carentes de un verdadero capital social en sus estructuras bases, y orientados por un fuerte clientelismo en la formulación de las políticas públicas, tendremos instituciones legislativas marcadas por esos rasgos.

Pero, si los partidos políticos son focos de discusión y de análisis del entorno nacional y local, adoptan posiciones críticas con fundamento, muestran una clara vocación hacia la transparencia y la rendición de cuentas y son estructuras sensibilizadas y convencidas del valor de los temas estratégicos de la agenda pública, entonces habrá Parlamentos cuyos partidos posean un capital social activo y con credibilidad (25).

## 1. Gobernanza parlamentaria

Entonces *¿cómo lograr la capacidad de coordinación entre los actores para una adecuada dirección parlamentaria?* La respuesta se encuentra en el diseño institucional, desde el cual se conciben incentivos y restricciones de cooperación y conflicto entre los actores estratégicos, es decir, *la gobernanza parlamentaria*.

Esta postura se aleja de ideas clásicas donde el Parlamento es rígido y jerárquico, y pretende introducir un estilo más cooperativo, donde las instituciones de gobierno junto a diferentes actores colaboran en el diseño e implementación de instrumentos capaces de dar solución a problemas sociales, contribuyendo así: (i) con la distribución del poder en la sociedad y sus grupos de interés, (ii) el mecanismo para la disposición de recursos, (iii) la fortaleza y organización con los colectivos sociales bajo interés comunes con los grupos parlamentarios, y finalmente (iv) un alto nivel de civismo y educación para lograr una identidad, responsabilidad y compromiso. El logro de dichos objetivos esta siempre vinculado con dinámicas que sirven para devolver la credibilidad— legitimidad a la labor parlamentaria, permitir una mayor estabilidad sociopolítica y generar un fortalecimiento de la institucionalidad democrática como forma de gobierno.

---

(25) En cuanto a la definición del estatuto de los legisladores, su naturaleza de representación, sus retribuciones y privilegios, así como la duración en el ejercicio de sus cargos, son factores dominantes para comprender los incentivos en cuanto a la disciplina partidaria a lo interno de la fracción y hacia el partido político. En caso de ser fracción oficialista, permite identificar los grados de lealtad, apoyo y estímulo hacia las líneas emanadas por el Ejecutivo.

La importancia de estas condiciones recae en la necesidad y el reto de una inclusión, representación y representatividad de todas las posiciones, como desde la institucionalidad parlamentaria. Entonces, una correcta gobernanza es la que logra posiciones comunes de cooperación, no de conflicto y crisis de dirección política. Se incorporan así al ejercicio de gobernar, a empresas de mercado, organizaciones civiles, grupos sociales e individuos particulares, planteándose así su necesaria alianza, así como hacia los grupos parlamentarios. Implica un cambio institucional para lograr la alianza entre el control jerárquico y la auto-determinación cívica de la vida pública.

La gobernanza parlamentaria está compuesta de al menos cuatro aspectos: (i) la gobernanza económica que faculta el desarrollo de sus funciones propias por naturaleza constitucional, (ii) la gobernanza política, desde la cual toma vida el principio de autonomía parlamentaria, (iii) la gobernanza administrativa que refiere a la responsabilidad en la eficacia y eficiencia en la administración, y finalmente, (iv) la gobernanza sistémica por medio de la cual el accionar parlamentario se encuentra profundamente hilvanado al quehacer de los demás poderes constitucionales, tomando vida el principio de separación de poderes, como la exigencia de complementariedad entre estos.

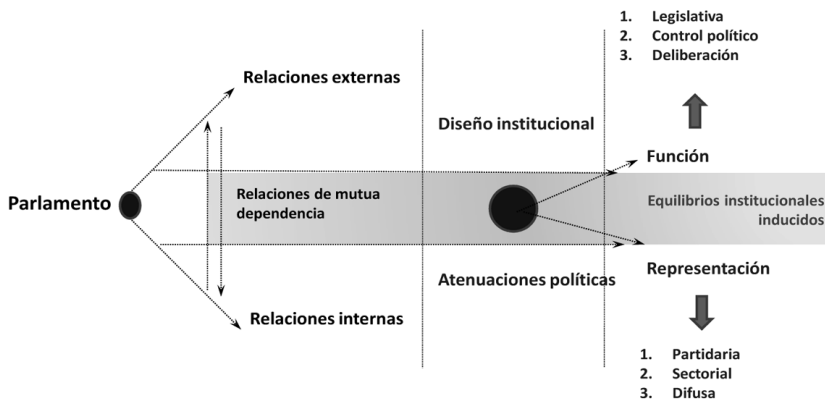
Desde la gobernanza parlamentaria se entretajan relaciones multi-dimensionales de colaboración, coordinación y control entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, dinámicas que tienden a amplificar o reducir sus capacidades de actuación desde una combinación de factores político-institucionales. Por ello, se afirma que los Parlamentos no operan en un vacío de arquitectura institucional, pues toman vida a través de sus actores, sus preferencias y cómo ellos logran articular sus objetivos, desde el cálculo estratégico del uso de los procedimientos —reglas de juego formales— y sus atenuaciones por la institucionalidad informal —las reglas culturales que determinan las relaciones de poder— (Ver *Diagrama N° 5*).

Desde la institucionalidad parlamentaria se cumplen las funciones legislativas de control y de deliberación, en un contexto de relaciones de mutua dependencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, para la canalización y articulación del interés general. La ingeniería de la institucionalidad parlamentaria surge como una forma de articulación político-social para la transformación de las preferencias individuales en colectivas; es decir, la construcción racionalizada del interés colectivo —generación de políticas públicas— bajo el dominio de un Estado de Derecho en un régimen democrático.

Al plantearse la eficiencia y eficacia del cambio institucional desde el Parlamento, se parte del proceso de negociación tendiente a consolidar el conjunto de reglas y principios adecuados para una administración en particular, a través de los cuales se determina el cómo y el quién participa en la adopción de las decisiones públicas, y el quién y el cómo puede hacer uso de los mecanismos de impugnación de esas decisiones, como de aquellas otras vías alternas y complementarias para la manifestación de las interacciones público-privadas que dotan de carácter identitario a los tejidos sociopolíticos existentes.



### Diagrama N° 5 Gobernanza parlamentaria y capacidad institucional



Fuente: *Elaboración propia.*

Al entender el proceso de cambio institucional como el conjunto de reglas de juego y la base institucional por medio de la cual se materializan los procesos decisionales, se debe considerar a su vez la capacidad de adaptación y flexibilidad de la misma para ajustarse continuamente a los factores endógenos y exógenos, sin caer en tendencias arraigadas de reformismo institucional.

La efectividad del cambio institucional se encuentra condicionada a su capacidad para producir reglas de juego formuladas con claridad y mecanismos de acceso a la información proclives a reducir la incertidumbre del proceso decisional, de forma tal que el diseño institucional tiende a ser eficaz cuando permite disminuir la incertidumbre originada en las reglas y mediante la estructuración de un sistema de incentivos se controlan aquellas otras que han quedado por fuera del marco de reglas.

La participación del Parlamento en procesos de cambio institucional se da no para eliminar los conflictos de las decisiones colectivas, sino para atemperar los procesos políticos, manejando las tensiones dentro de los cauces de la legalidad jurídica y la legitimidad del interés aceptado por los actores participantes, constituyéndose además en espacios públicos que facilitan la construcción del interés colectivo. Sin embargo, el cambio institucional no opera al vacío, pues las interacciones externas tienden a sobrecargar las agendas de reforma, afectando las capacidades esperadas de respuesta y de acción pública.

Desde la teoría de la elección racional, la creación de un diseño institucional es el resultado de los arreglos político-institucionales entre los actores con poder de decisión y aquellos con poder de veto—*veto players*—, quienes realizan un

cálculo estratégico de sus preferencias, teniendo conocimiento de sus objetivos, recursos y de las circunstancias que enfrentan. Por tanto, la decisión parlamentaria sobre el cambio es producto del trinomio articulado: *a)* por los actores toman decisiones racionales con arreglo a fines, *b)* dadas sus preferencias (elemento subjetivo de la acción) y *c)* teniendo en cuenta las restricciones en las que pueden tomar sus decisiones —elemento objetivo de la acción— (26).

La combinación y atenuación del diseño institucional por el cálculo de las decisiones parlamentarias es entendido como el conjunto de arreglos institucionales que son a su vez soluciones de aprendizaje histórico, formuladas por los tomadores de decisiones para ir modelando de forma particular las estructuras de la administración pública; es decir, los márgenes de actuación de carácter político, administrativo y financiero.

El diseño institucional existente establece parámetros para la acción, pero también puede auto-reforzarse o dificultar su sustitución, mediante los efectos de los incentivos que posee y modelan las actuaciones de la administración pública. Ciertos diseños pueden producir resultados ineficientes y sobrevivir, esto como consecuencia de un aprendizaje de los actores mediante el uso y adaptación a las regularidades e irregularidades institucionales y los costes de su sustitución, donde el resultado suele ser una sobre-posición de la institucionalidad informal a la formal.

El cambio institucional desde la lógica parlamentaria constituye una relativa estabilización del diseño institucional a partir de una visión de las mayorías para orientar la administración pública hacia un conjunto de metas estratégicas y con una visión de desarrollo en particular. Depende entonces de una sutil influencia provista por el control de la estructura y el procedimiento, en contraposición a una tendencia neo-clásica que asumió el contexto institucional como un aspecto fijo, dado y exógeno, opacando así la capacidad del análisis de cómo dicho contexto contribuía también a la influencia de equilibrios inter-dinámicos entre los actores políticos y sus relaciones con la sociedad.

El desafío entonces es transitar entre asegurar los diseños institucionales adecuados y obtener los resultados necesarios a partir de la combinación de variables políticas que dan vida al acontecer de las administraciones públicas en los sistemas presidencialistas, particularmente en aquellos momentos de tensión y conflicto, donde la visión y orientación del cambio institucional pone

---

(26) Estos tres principios constituyen una teoría general de la acción, en la cual lo objetivo y lo subjetivo son relacionados, teniendo como síntesis de éstos las acciones sociales. Se entiende lo objetivo como las restricciones a la acción, mientras que lo subjetivo es constituido por las preferencias de los actores, así como la interpretación que ellos hagan de las situaciones. Por lo tanto, las acciones son producto de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo, producto que es mediado por la racionalidad. El trinomio acciones-preferencias-restricciones es relacionado por medio de la racionalidad, pues se supone que el agente elige entre varios cursos posibles de acción, buscando maximizar su utilidad —o bien, minimizar sus costes— sujeta a restricciones.

en evidencia múltiples discordancias entre el Ejecutivo y Legislativo, como a lo interno de éste.

La capacidad de adaptación de la institucionalidad parlamentaria se pone a prueba precisamente en situaciones en las cuales el antagonismo de intereses y posiciones es tan extremo, que incentiva a los actores políticos a buscar soluciones de canalización o imposición alternas a las institucionalmente establecidas. El éxito del «*espíritu de adaptación*» radica entonces en la capacidad de flexibilización de los procedimientos para seguir articulando las diferencias y estimulando a la auto-regulación de los actores por las vías formales, esto sin dejar de lado que en la realidad política se buscará controlar e interpretar los procedimientos como una forma de constreñir los márgenes de maniobra de los adversarios.

De esta forma, la ingeniería institucional que orienta las capacidades de relacionamiento entre los actores parlamentarios, como de estos hacia otros actores, es entendida como *gobernanza parlamentaria*, y las formas potenciales de integración de sus diversos mecanismos político-institucionales conforman un panorama mucho más amplio denominado «*capacidad institucional parlamentaria*».

## 2. Equilibrios institucionales inducidos

La institucionalidad parlamentaria importa, y más aún porque toma vida a través de los actores. Ello lleva entonces a valorar la misma identidad y preferencias, pues éstas se encuentran reflejadas en el diseño mismo de las reglas de juego; es decir, en los reglamentos y las estructuras organizacionales derivadas. El Parlamento como institución consiste en una distribución de actividades, una división de actores y la reunión de las actividades con los individuos, de tal suerte que una subdivisión de individuos tiene jurisdicción sobre un subconjunto específico de actividades (SHEPSLE Y BONCHEK, 2005, p. 299). Por tanto, el diseño institucional implica funciones de control y supervisión sobre los diversos efectos formales e informales generados, particularmente sobre la forma de interacción entre representantes y representados en la toma de decisiones.

La teoría de las «*instituciones en equilibrio*» sostiene que la elección y supervivencia de las instituciones depende de su desempeño en la provisión de los bienes públicos y en la reproducción de los costes de transacción, así como de la vía por la que han sido elegidas, incluido el papel de pequeños acontecimientos y de la suerte en la obtención de adhesiones. Una vez que las instituciones existen, establecen parámetros para la acción, pero también pueden reforzarse y dificultar su sustitución mediante los efectos de los incentivos que comportan. Incluso ciertas instituciones que producen resultados ineficientes pueden sobrevivir como consecuencia del aprendizaje de los actores mediante el uso, su adaptación a las regularidades institucionales y los costes de su sustitución (North 2005).

El concepto de «*equilibrio inducido institucionalmente*» de Kenneth SHEPSON (1986) expone que las estrategias de los actores y sus interacciones en un escenario social pluralista pueden producir elecciones sociales estables, aunque a veces no deseadas o ineficientes, gracias al papel de las instituciones. La estabilidad es un resultado de los costes impuestos a ciertas estrategias y de los mecanismos de agregación establecidos por las reglas institucionales.

Es así como toda modernización del Estado emanada desde el Parlamento, parte de la búsqueda de un equilibrio institucional, donde la ecuación se encuentra dominada por la integración de tres factores estratégicos: (a) actores, (b) preferencias y (c) procedimientos. No obstante, aun cuando una perfecta alineación entre actores y preferencias se haya conjugado, siempre el factor institucional asumirá una posición privilegiada, pues al final de cuentas son las instituciones las que regulan los conflictos de la sociedad y por ello su sobrevivencia (ver *Diagrama N° 6*). Si el procedimiento tiende a ser complejo y disperso, los actores optarán por reformas paralelas, vía institucionalidad informal, salvo que la garantía de institucionalización determina la sostenibilidad de la transformación en la ingeniería deseada —o incluso ante la amenaza de una futura emergencia de actores estratégicos que alteren la reconfiguración de las relaciones de poder—.

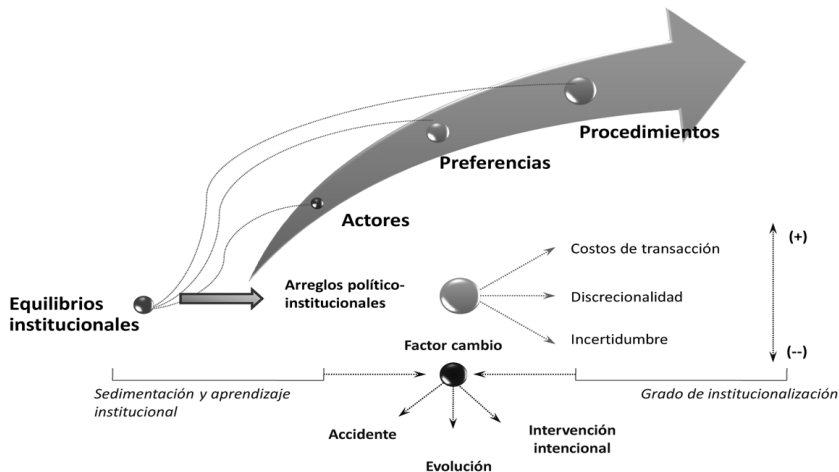
Como se infiere en el *Diagrama N° 5*, el cambio institucional tiende a surgir ya sea por (a) accidente —lo que sucede simplemente sucede—, (b) por evolución —se han dado mecanismos de selección, habitualmente de naturaleza competitiva, que determinan la supervivencia de prácticas específicas—, o bien (c) por una intervención intencional —efecto de una intervención deliberada por parte de los agentes dotados de intención e búsqueda de un objetivo, siendo el caso de la incidencia parlamentaria en el cambio—.

Desde la primer perspectiva —*accidente*— no juegan causales político-institucionales mayores que impulsen el cambio, pues lo que sucede, simplemente sucede, por lo cual el cambio es producto de una cuestión puramente de contingencia político-institucional (GOODIN, p. 2003; pp 41-48). La cuestión entonces es ¿por qué cambian las instituciones?, ¿son todos los cambios pertinentes?, ¿quién determina la pertinencia o no de esos cambios?

El diseño institucional representa un mecanismo de solución de conflictos sociales dentro del sistema político, que requiere de un liderazgo imaginativo para hacerle frente al gran número de intereses que presionan con sus demandas; se necesita de habilidad en el análisis partidista y capacidad para reestructurar las controversias políticas para identificar las plataformas institucionales más aptas a las realidades históricas, políticas y culturales de una sociedad, sin caer en la tentación de anclajes sin posibilidad de adaptación.

Los cambios por *evolución* son producto de variaciones iniciales que bien han sido por accidente o simplemente por una cuestión al azar, donde la dimensión política de los actores que dirigen las instituciones, particularmente sus personalidades han podido dejar una huella que de una u otra forma tiende a

**Diagrama N° 6**  
**Equilibrios institucionales inducidos**



Fuente: *Elaboración propia.*

influir en términos generales en la gobernanza parlamentaria. Bajo esta perspectiva, la institucionalidad informal prolongada puede generar transformaciones institucionales bajo una lógica de absorción de las reglas informales hacia las formales.

El tercer tipo es la *intervención intencional*, donde el cambio es producto de una actuación deliberada por actores estratégicos que pretenden alteraciones parciales o totales en busca de intereses y objetivos determinados. Caso particular es cuando en situaciones de gobierno dividido la falta de mayoría legislativa por parte del oficialismo le obliga a concertar alianzas con un costo de cambios a ciertas instituciones, o bien, la ampliación de una agenda de reforma del Estado.

No se puede obviar que los procesos de cambio institucional son a menudo el resultado de actividades intencionales que se descaminan: subproductos imprevistos, derivados de ciertas acciones intencionales que se superponen entre sí, de intenciones mal dirigidas o simplemente, de un error (GOODIN, p. 2003; p 45).

Los resultados de una perspectiva u otra llevará siempre a puntos de tensión entre la formulación de un modelo normativo perfecto o bien estructuras de carácter empírico susceptibles a la perfectibilidad. El supuesto medular del diseño institucional es una adecuada correspondencia con los entornos internos y externos, ello implica que su conceptualización normativa y prescriptiva debe lograr niveles óptimos de coherencia intra-institucional como inter-institucional,

en armonía con el resto de la ingeniería del Estado y del contexto social en el cual se encuentra inserta.

En ocasiones, la falta de coherencia puede responder a incentivos para alentar la falta de armonía y por tanto constantes confrontaciones del proceso decisional y con ello mejorar los niveles de calidad de los resultados institucionales —fenómenos identificados como *irritantes institucionales* (GOODIN, p. 2003)—.

Cuando una institución se transforma de forma endógena —*modificación de las reglas de juego*—, se crean o transforman muchas incertidumbres del cómo los procedimientos alteran o modifican las preferencias de los actores, que tienden a reflejarse directamente en los costes de transacción política. El desafío entonces es generar adecuados arreglos institucionales capaces a adaptarse al ambiente interno y externo, sin que ello desemboque en un proceso permanente de reforma institucional.

Entonces, ¿por qué han fallado muchos de los procesos de cambio institucional? Sin pretender generar afirmaciones generalizadoras suele encontrarse como tendencias que los procesos de reforma institucional son eminentemente procesos de carácter político y por ende:

- Las estrategias de modernización serán más eficientes en cuanto más institucionalizados y programáticos sean los partidos políticos.
- El diseño de una administración en particular asegure una sólida capacidad para elaborar políticas públicas en su ámbito competencial como en relaciones de coordinación internacional con otros entes públicos y privados.
- Los sistemas de seguimiento, evaluación y control de las reformas institucionales sean eficientes, transparentes y gocen de legitimidad técnica y política.
- La administración pública sea fuerte y técnicamente competente

Para el desarrollo de estrategias viables de cambio institucional se requiere comprender cómo el diseño contribuye o no a la capacidad de las administraciones públicas para el ejercicio de sus funciones desde una visión de largo plazo, pues caso contrario se correrá el riesgo de confundir el papel estratégico del cambio institucional con la política pública. El postulado central es apostar por una decodificación, de-construcción y re-construcción del sistema de incentivos y restricciones formales e informales que influyen en el desempeño del Estado desde una administración en particular como en la dinámica sistémica de las administraciones públicas.

La adecuada correspondencia entre la agenda de cambio institucional planteada y la posible solo es posible cuando el diseño en sí mismo alberga la posibilidad de *revisión*, sin caer en tendencias permanentes de reforma y constante transformación. De forma tal que la *solidez* surja como capacidad de adaptación selectiva a nuevas situaciones y no resultar inelásticas y fáciles de

desmoronar. Ambos factores deben ser a su vez armónicos con la *sensibilidad a la complejidad motivacional* de los parlamentarios en cuanto a las orientaciones del cambio.

#### **IV. ARENAS PARLAMENTARIAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS POLÍTICAS**

La dinámica del principio de separación de poderes lleva una trampa implícita de mutuos bloqueos tanto por características propias del diseño institucional como por las correlaciones de fuerzas parlamentarias y sus posiciones sobre la agenda legislativa. Esta situación tiende a expresarse en intensos juegos de poder negativo, en las capacidades de veto e inclusive censura de veto a nivel formal e informal (Cameron 2000 p. 10).

La política pública desde la arena parlamentaria constituye un objetivo en movimiento, un proceso en el cual los resultados no están lo suficientemente claros, caracterizándose por la constante intervención de diversos interlocutores, y en donde el conflicto es un elemento expreso de su realidad —una dinámica de rompecabezas que está constantemente en transformación dadas las relaciones Gobierno-oposición—.

En términos del poder de decisión en las políticas públicas, las legislaturas pueden oscilar principalmente entre reactivas y proactivas; esta clasificación identifica tres posibilidades: (a) de origen, cuando la construcción y la caída del proceso, así como las responsabilidades que se derivan recaen exclusivamente en quienes promueven la toma de decisiones, (b) proactiva, la cual constituye el impulso parcial o total de iniciativas, así como la construcción colectiva de la agenda, y (c) reactiva, cuando lo que se pretende es frenar, total o parcialmente, una iniciativa o agenda, a través del veto (MORGENSTERN, 2002).

Las coaliciones parlamentarias, ya sean entre bancadas de oposición o de éstas con la fracción oficialista, pueden llegar a puntos de consenso en términos de iniciativas o para el acomodo de la agenda legislativa. El ejercicio de los recursos de poder que posean sobre la conformación, alteración o no de la agenda, puede crear mayores espacios de diálogo y negociación o constituirse en mecanismo de control y presión por parte de la oposición para obligar a la coalición que controla, a la fracción oficialista o incluso al Ejecutivo, a ceder puestos estratégicos a lo interno de la organización legislativa o a la aprobación de iniciativas específicas.

La arena parlamentaria por naturaleza convierte a la política pública en un mecanismo de solución de conflictos sociales dentro del sistema, puesto que se requiere de un liderazgo imaginativo para hacer frente a un gran número de intereses —quienes presionan con sus demandas—, necesitando de habilidad en el análisis partidista y capacidad para reestructurar las controversias políticas —intra y extra parlamentarias—, para identificar aquellos intereses comunes a los

distintos grupos que se encuentran enfrentados, alejando la noción de controversias inútiles a favor de nuevas visiones e iniciativas (LINDBLOM, 1991, p. 79)

En cuanto a la capacidad de la arena parlamentaria en la promoción de políticas públicas surgen dos hipótesis que han sido profundamente analizadas por NORTON (2003): *a)* la capacidad de los legisladores de afectar la política pública se determina mediante variables que están en gran medida más allá de su control —se determina por el entorno externo—, y *b)* las variables internas del legislativo pueden determinar su rango y que su capacidad de influir los resultados de políticas es mayor cuando está altamente institucionalizado.

Es esta segunda posición desarrollada por Norton la que hace énfasis al valor estratégico de la especialización parlamentaria como fundamento al fortalecimiento del diseño institucional, pues el autor concluye que aquellos parlamentos que exhiben una mayor capacidad para determinar los resultados de políticas tienen estructuras de comité altamente desarrolladas.

De forma tal, que el proceso de institucionalización parlamentaria en la construcción de las políticas públicas ha de integrar al menos tres dimensiones sensibles: especialización, permanencia y competencia, en aquellas funciones básicas del Parlamento en el proceso de las políticas públicas: proceso legislativo (4.1), proceso de deliberación (4.2) y el proceso de control (4.3).

## 1. Proceso legislativo y políticas públicas

El proceso legislativo constituye una dinámica de transacción política multi-nivel de la agenda parlamentaria, donde el contexto interno y extra-parlamentario se encuentran profundamente vinculados, que independientemente de la complejidad de dispositivos institucionales adoptados entre un sistema político y otro, llevan al desarrollo de las fases: *a)* recepción de la iniciativa, *b)* delegación para su análisis —fase de comisiones—, *c)* estudio en pleno —aprobación o rechazo—, *d)* envío al Ejecutivo —aceptación, veto/resello—, y finalmente *e)* publicación.

La función legislativa contribuye al sistema político para dotar de legitimidad y legalidad aquellas políticas públicas trascendentales que requieren por su naturaleza articular de forma pluripartidaria el interés general, en aras de asegurar la sostenibilidad y durabilidad de la iniciativa; es decir, trascender de una política de gobierno a una política de Estado (ver *Diagrama N° 7*).

Como se infiere del *Diagrama N° 6*, la función legislativa faculta una incidencia en dos direcciones: *a)* construcción de políticas con base a mayorías parlamentaria y *b)* articulación de una función legitimadora. Desde el primer punto se pone especial énfasis en las habilidades políticas para alinear las agendas de cada grupo parlamentario con poder de decisión —o capacidad de frenar el proceso de decisión «jugadores con poder de veto»—.

El segundo aspecto, faculta el diálogo abierto y transparente no sólo entre grupos parlamentarios, sino en sus relaciones con la oposición extraparlamentaria



**Diagrama N° 7**  
**Función legislativa e influencia en las políticas públicas**



Fuente: *Elaboración propia.*

contribuyendo a una base de legitimidad previa de ejercicio de la política pública en tres niveles: pragmática, moral y cognitiva. Desde la dimensión pragmática se busca dar respuesta a las presiones sociales en cuanto al contenido de la política pública, el aspecto moral se vincula con la forma por medio de la cual se logran establecer los criterios de decisión y preferencias de los actores, y finalmente el componente cognitivo es la capacidad de incidencia de la dinámica política en el constructo del imaginario colectivo, sobre el porqué la priorización de un punto sobre el otro, como su capacidad de absorción posterior por el andamiaje institucional.

La capacidad de influencia parlamentaria se encuentra condicionada por una combinación de factores del ambiente externo como interno, destacando la existencia y calidad de los sistemas de información sobre la materia que contribuyen a la toma de decisiones, los mecanismos de coordinación del Parlamento con otras instancias de la administración pública a efecto de suplir cualquier deficiencia técnica en la materia, el nivel de especialización del sistema de comisiones como de sus integrantes, la cultura proclive al diálogo partidario, e incluso los instrumentos tecnológicos y las capacidades técnicas del personal institucional que inciden en la calidad de la ley.

El reglamento legislativo es el factor institucional donde se contempla el conjunto de reglas emanadas por la potestad auto-normativa con la finalidad de disciplinar los procedimientos legislativos, para el desarrollo de las otras actividades —determinar los órganos que los conforman y las funciones asignadas al Parlamento—.

Cuanto menos amplia y detallada sea la regulación constitucional en materia parlamentaria, más vastos y prolongados serán los reglamentos parlamentarios, dándose entonces una relación inversa (MARÍN, 2005, p. 44) (27). Rubén HERNÁNDEZ (2000, p. 50) determina que dentro del ordenamiento parlamentario, el reglamento interno constituye el instrumento técnico por medio del cual el proceso político se convierte en un proceso jurídico, razón por la cual éste deberá de ser elástico, pues constituye el núcleo dinámico de ese ordenamiento, cuya finalidad es absorber y racionalizar las tensiones y demandas del proceso político en la arena parlamentaria.

Esas eventuales tensiones y demandas señaladas por HERNÁNDEZ (2000) pasan por aspectos de gestión de control político y de la potestad legislativa, como también por asuntos de orden administrativo y organizacional, en cuya dinámica la construcción de la agenda parlamentaria si bien responde a reconificaciones de las relaciones de poder —dada la diversidad de intereses y posiciones—, conlleva implicaciones de carácter administrativo y organizacional (28). Ante una debilidad institucional y escasez de un adecuado sistema de incentivos y restricciones, el sistema tiende a canalizar sus tensiones y conflictos principalmente por la vía informal. En situación inversa, ante una cultura política deficiente o inestable —alta fluidez y debilidad del sistema de partidos, por ejemplo—, el sistema requiere de una mayor dependencia de incentivos y restricciones formales, a efectos de asegurar la estabilidad política (VARGAS & PETRI, 2008).

El análisis comparado de los reglamentos legislativos, faculta la identificación de los modelos de organización y funcionamiento adoptados. Las diferencias determinan además la capacidad de flexibilidad, espontaneidad y dinamicidad de los mismos para concebir aquellas normas necesarias que contribuyan a la estabilidad política del Parlamento. Los reglamentos parlamentarios se caracterizan por estar inmersos en un constante proceso de reformas parciales y

---

(27) «Como ha puesto de manifiesto Manzella, respecto a la autonomía parlamentaria, la Constitución ofrece el cuadro de las atribuciones y de los principios procedimentales base, creando un espacio que pertenece al poder normativo de las Cámaras, colmar con una disciplina, correspondiente a las exigencias políticas de funcionalidad parlamentaria que debe mantenerse al interior de aquel cuadro y de aquellos principios» (MARÍN, 2005, p. 44).

(28) «El concepto de flexibilidad del Reglamento Interno debe combinarse con el de estabilidad, en el sentido de que éste constituye un factor de institucionalización de las fuerzas políticas que operan en el Parlamento. Lo anterior significa que el Reglamento Interno responde a exigencias permanentes en las que el ordenamiento parlamentario encuentra su razón de ser y operar. Estas exigencias se refieren, por ejemplo, a que la mayoría actúe sin impedir a las minorías desarrollar su función, y éstas, por su parte, deben desenvolverse sin usurpar los poderes funcionales de la mayoría. Otra característica importante del Reglamento Interno, derivada de su flexibilidad, es la posibilidad de que sea derogado, para casos concretos, por otros actos y comportamientos que también constituyen fuentes normativas del ordenamiento parlamentario» (HERNÁNDEZ, 2000, pp. 50-51).

estructurales, que en la mayoría de los casos desembocan en una reestructuración sustancial de los mismos (29).

A una mayor recurrencia de reformas reglamentarias, menor será el grado de dependencia a la estabilidad política, entendiéndose como tal aquellos arreglos políticos institucionales dados por dos o más bancadas, cuya articulación faculta la construcción de las mayorías parlamentarias necesarias para la adopción de decisiones. Por otra parte, a un mayor nivel de tipificación temática, más se incide en la ingeniería parlamentaria para asegurar la promoción de mejores niveles de estabilidad democrática, es decir, la representación y proporcionalidad de todas las fuerzas políticas reflejadas en el pleno.

La tipificación temática destaca la capacidad del reglamento para trascender las tendencias de función legislativa a orientaciones de carácter deliberativo, como de control y fiscalización parlamentaria, particularmente los derechos de las minorías, entre otros. El resultado al analizar los reglamentos legislativos de la región es que la ingeniería parlamentaria desde la plataforma de los reglamentos se ha orientado por una amplia tipificación del proceso de formación de la ley, lo cual deja por resultado un absoluto desnivel en cuanto a la constitución de normas sustantivas y procedimentales que faculden el adecuado y recurrente ejercicio del control parlamentario (Ver *Cuadro N° 4*).

Del *Cuadro N° 1* se infiere dos tendencias homogéneas en la región: a) un nivel detallado de institucionalización de la función legislativa y b) un nivel básico de institucionalización de la función de fiscalización parlamentaria. En cuanto a la función de auto administración se destacan los casos de Guatemala, Honduras, El Salvador, y Panamá con niveles detallados, y en un segundo lugar los casos de Nicaragua y Costa Rica con niveles básicos.

El resultado es una ingeniería parlamentaria que desde la plataforma de los reglamentos se orienta por una amplia tipificación del proceso de formación de la ley, lo cual deja por resultado un absoluto desnivel en cuanto a la constitución de normas sustantivas y procedimentales que faculden el adecuado y recurrente ejercicio del control parlamentario. Entonces, la función legislativa constituye un

---

(29) El reformismo parlamentario se puede identificar en: a) reformas parciales, b) reformas semi-estructurales, y c) reformas estructurales. Se parte de dos supuestos de interlocución política, una disconformidad generalizada o focalizada. Si los actores políticos identifican una fuerte viabilidad y consenso político sobre una mayor cantidad de ejes temáticos optarán por una reforma estructural, y conforme la solidez de los apoyos políticos pueda irse minando irán declinando hacia reformas semi-estructurales o parciales. Por lo contrario, la disconformidad focalizada se da sobre un tema específico y el consenso político tiende a tejerse únicamente como una reforma parcial, que en ocasiones ante la falta de articulación de alianzas, es sacrificada su especialidad para ampliarse hacia una reforma semi-estructural, provocando una sumatoria de agendas e intereses. En aquellos sistemas políticos donde son más evidentes las reformas parciales —aun cuando sean significativas y generen un cambio proporcional— demuestran que los consensos políticos se dan solo sobre un elemento concreto para la creación, modificación, precisión o inclusive eliminación de una regla o conjunto específico de reglas parlamentarias.

**Cuadro N° 4**  
**Orientación funcional de los reglamentos legislativos.**  
**Ejemplo de análisis Centroamérica y Panamá 2012**

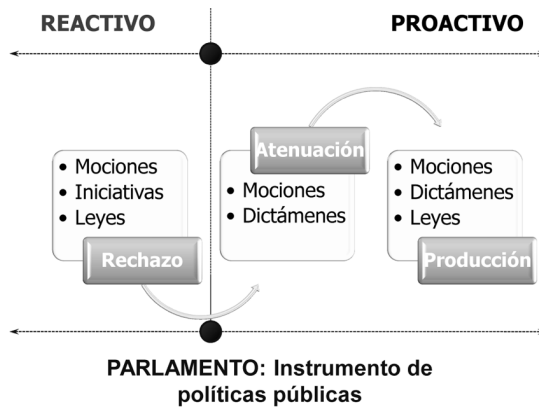
País	Nivel de institucionalización		
	Legislación	Control parlamentario	Administración
Guatemala	++	+/-	++
El Salvador	++	+/-	++
Honduras	++	+/-	++
Nicaragua	++	+/-	+/-
Costa Rica	++	+/-	+/-
Panamá	++	+/-	++

++: Detallada; +: Amplia; +/-: Básica; -: Deficiente

Fuente: *Elaboración propia con base en los reglamentos parlamentarios de la región.*

espacio de interacción en las relaciones Gobierno-oposición que puede oscilar entre dinámicas reactivas y proactivas, siendo las primeras el ejercicio del rechazo de mociones, iniciativas y leyes, y por las segundas la capacidad de atenuación —modificación o alteración—, como de aprobación (ver *Diagrama N° 8*).

**Diagrama N° 8**  
**Dinámicas de incidencia parlamentaria en las políticas públicas**



Fuente: *Elaboración propia.*

El uso calculado del reglamento legislativo facilita una conducción estratégica del proceso desde el control de la agenda, pues faculta la capacidad de introducir un tema preferencial en el orden del día —según el momento político

oportuno—, influyendo de manera significativa en el resultado final del proceso político, aunque no logre alcanzar su punto ideal. La habilidad en la definición de la agenda puede ser de utilidad para mantener iniciativas de ley lejos del debate hasta que existan las condiciones pertinentes para obtener el resultado deseado, o bien incidir para colocar en orden prioritario un tema que ya ha generado al menos un consenso básico. Así las cosas, si es el gobierno el que define la agenda, puede fácilmente acelerar o aminorar el pasaje de la legislación, según sus intereses políticos.

## 2. Proceso deliberativo y políticas públicas

Las democracias centroamericanas se encuentran ante una encrucijada en su capacidad de respuesta institucional, pues requieren atender el déficit histórico-institucional que experimentan, ante el constante crecimiento de los problemas de la actualidad, aunque el reto principal sigue siendo el mismo: *lograr mejores niveles de eficacia, cohesión social y representación democrática*.

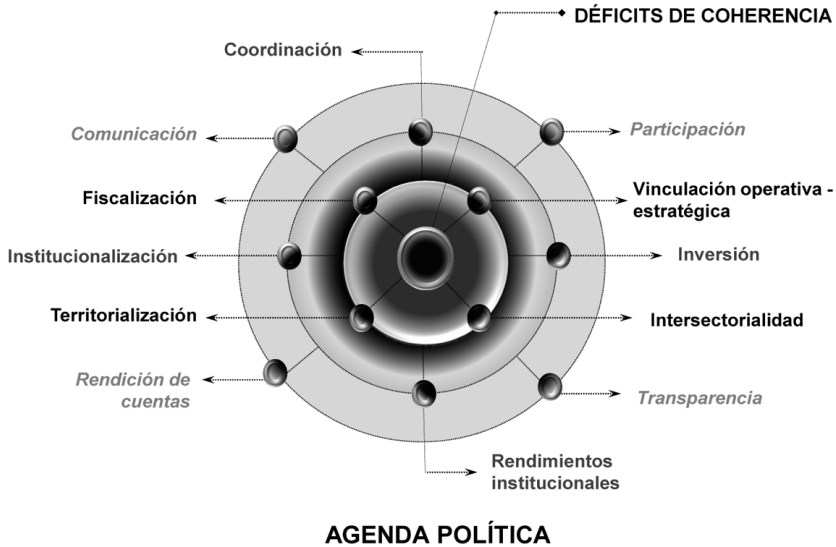
La presión de las reformas institucionales ha volcado la lanza por una democracia directa, que en muchas ocasiones va en sustitución de la democracia representativa, con lo cual tensiones político-sociales empiezan a oscilar entre las exigencias de aquellos colectivos sociales que demandan una mayor democratización de las instituciones públicas, y aquellos que exigen una mayor eficiencia y legitimidad en el rendimiento de dichas instituciones para canalizar sus demandas sociales, siendo el resultado final la democracia de la calle como panacea de los problemas actuales.

Sin importar en cuál de los extremos se pueda ubicar la mira, estas tendencias han venido a minar los canales de representación de los partidos políticos, promoviendo una cultura de acumulación electoral individual sobre el partidario. Situación que en diferentes niveles ha aumentado la competencia pluripartidaria bajo estrategias de desgaste político y cuyo efecto directo es el descrédito de las instituciones de representación democrática y de los mismos partidos políticos, siendo el resultado más visible los déficits de coherencia en las políticas públicas.

Entre los principales déficits de coherencia destacan: la falta de vinculación operativa con la visión estratégica del Estado, la adopción de respuestas públicas concebidas desde la intersectorialidad, la capacidad institucional instalada para la «territorialización de las políticas públicas», así como la fiscalización y control de la gestión pública. Déficit que, sin duda alguna, contribuyen a las brechas de coordinación interinstitucional, modelos adecuados de inversión pública, participación ciudadana en la toma y supervisión de las decisiones, transparencia y rendición de cuentas (ver *Diagrama N° 9*).

Aspectos que en su presencia colectiva inciden en la atrofia del accionar parlamentario, sea por la ineficacia o por una sobredemanda de necesidades sociales, abriendo espacios para empoderar a un nuevo grupo de actores en

**Diagrama N° 9**  
**Déficits de coherencia en las políticas públicas**



**AGENDA POLÍTICA**

Fuente: *Elaboración propia.*

la palestra política, los «outsiders» cuya finalidad tiende a ser la supervivencia en el poder. Esta situación particular pone a la cultura política de cada uno de los países en confrontación ante una reconfiguración del imaginario colectivo, particularmente desde la visión de los colectivos sociales, pues sobrepone por una parte el ideal del rendimiento del Parlamento versus el fortalecimiento de la institucionalidad democrática a partir de un debilitamiento de sus estructuras fundamentales. Es un punto entre quienes desean y hacen incidencia para una mayor gobernabilidad democrática sin importar la ingeniería institucional, y aquellos cuya agenda política se concentra única y exclusivamente en más gobernanza democrática del sistema.

El desafío es asegurar los diseños institucionales adecuados que contribuyan a la función deliberativa y de participación del Parlamento, para obtener los resultados políticos necesarios, a partir de la combinación de variables políticas que dan vida al sistema. Ante esta situación, se evoca con frecuencia la existencia de una «crisis de la representación y de agregación de intereses del Parlamento» como explicación de la desafección democrática la cual parecen padecer los países de la región. Los ciudadanos ya no se reconocen en sus representantes, los políticos ya no son capaces de responder a las esperas de los ciudadanos. En síntesis, los representantes ya no representan.

Se pueden identificar varias explicaciones multidimensionales y multicausales a esta crisis de representación. Las explicaciones antropológicas identifican al individualismo generado por la globalización. Las explicaciones institucionales subrayan la inadecuación de las instituciones a las necesidades de la sociedad moderna. Las explicaciones políticas abarcan factores como la deficiente comunicación e información en las capacidades deliberativas del Parlamento, la débil reactividad de los representantes a las demandas sociales y la crisis de la oferta política y del sistema de partidos.

Durante las dos últimas décadas, la crisis de la representación parlamentaria en la región se ha visto agravada por la incapacidad de los parlamentos para realizar eficiente y eficazmente sus funciones deliberativas. Excesiva burocratización, como punto focal del desmedido crecimiento de los aparatos estatales, corrupción manifiesta en diversos estratos de la administración pública y bajos niveles de participación y control tienen sumidas en el descrédito a las instituciones. El efecto inmediato es la pérdida de la legitimidad política. Los sistemas políticos se han quedado rezagados frente a la creciente aceleración de los acontecimientos, demostrando cada vez más una menor capacidad de respuesta ante las más complejas y numerosas demandas y expectativas de los ciudadanos.

Sobre los partidos políticos —los actores clásicos— se ciernen mayores conminaciones y los recelos alcanzan proporciones apocalípticas. La mayoría de los estudiosos aciertan al señalar las principales causas de su descalificación una visión auto-referencial y autista de los partidos políticos. Las explicaciones institucionales sobre las causas coyunturales y estructurales de esta crisis de representación y agregación de intereses de los partidos políticos no son suficientes, pues tiende a expresarse en diferentes grados en cada uno de los países de la región. El balance general, estamos ante un déficit democrático del Estado, pero aun así la política importa.

Aun cuando en Centroamérica existen tenues o profundas diferencias entre sus sistemas electorales, sistema de partidos políticos y sistemas de gobierno, el empoderamiento de los grupos de presión es una de las múltiples consecuencias de la debilidad de los partidos políticos. Los mismos colectivos sociales tampoco escapan a esta crisis de representación y agregación de intereses, mostrando en ocasiones su incapacidad o falta de voluntad real para articular intereses sociales y federar diferentes sectores en una agenda social común.

Este empoderamiento de los colectivos sociales o institucionales en la esfera de lo político y de las políticas públicas ha generado una reconfiguración y realineamiento de relaciones de poder, pues son ahora los colectivos sociales que en ciertas temáticas y ciertos momentos logran ejercer un papel protagónico como jugadores sociales con poder de veto formal e informal. Es decir, la región se encuentra experimentando dinámicas de una oposición extraparlamentaria que tiende a matizar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, siempre en detrimento de las capacidades de representación y deliberación de este último.

Si bien en muchas ocasiones la oposición extraparlamentaria ejerce una fuerte presión hacia la agenda del Poder Ejecutivo, la praxis demuestra que no necesariamente ello va en sintonía o convergencia con el comportamiento de la oposición parlamentaria. De hecho, en ocasiones el ejercicio de la oposición extraparlamentaria tiende a generar presiones contra la misma oposición parlamentaria. Por tanto, las modalidades de ejercicio de oposición son variables y cambiantes, en función del tema y del contexto, pero los partidos políticos ahora tienen que competir con otros actores cuya representatividad y legitimidad cada vez es más alta.

Ante esta crisis de la representación y de la representatividad, los hacedores de la política han aprovechado los detonantes de la conflictividad social como una justificación para la introducción, a veces precipitada, de un cierto número de reformas institucionales, de reformas electorales, e incluso justificar la generalización de prácticas participativas y deliberativas que en ocasiones aseguran un ejercicio efectivo de la ciudadanía, pero que en otras vienen a incrementar la insatisfacción y el vacío hacia lo político y hacia la política.

En la constante redefinición y modernización en que se encuentra el Parlamento, para crear mejores expresiones de legitimidad de ejercicio, las políticas públicas y las formas en que éstas son definidas constituyen un elemento fundamental para el éxito de las mismas. En la actualidad, la definición de la política pública no sólo pone el acento en la interacción entre objetivos y resultados, sino también en el proceso por medio del cual se identifican dichos objetivos —de la agenda y del programa—, y la definición y decisión de las acciones para emprenderlas (ver *Diagrama N° 10*).

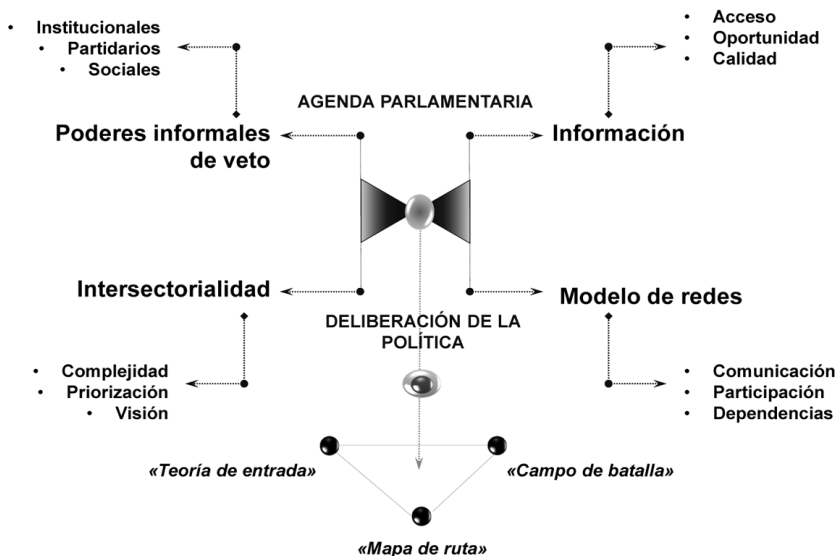
El ejercicio de la deliberación parlamentaria suele premiar en la praxis la eficacia del proceso sobre cualquier otra variable política o institucional; es decir, impulsar el ejercicio de la deliberación lo más rápido posible, amenazando de esta manera la construcción de la legitimidad de la decisión y los mecanismos de control sobre la calidad de la ley —restando así credibilidad de ejercicio a la forma por la cual se construye y decide la política pública—.

La agenda parlamentaria desde la función deliberativa se convierte en un espacio por excelencia para suplir cuatro necesidades fundamentales en la construcción de las políticas públicas: *i)* acceso a la información, *ii)* articulación de modelo de redes, *iii)* impregnar la iniciativa con un enfoque de intersectorialidad y *iv)* contener el poder de los jugadores con poderes de veto informales. Desde *el acceso a la información* se incide en que la política parta de los mejores datos posibles para comprender su oportunidad —evitar la exacerbación del problema—, coherencia —compatible con otras políticas vigentes sin entrar en objetivos y procesos contradictorios—, y sensible —satisfacer las necesidades de los diversos públicos y beneficiarios directos e indirectos— (MEZEY, 1999).

Desde *el modelo de redes* se parte del criterio que el proceso de política pública se encuentra conectado por interacciones que influyen las decisiones y determinan la capacidad de rendimiento institucional. La formación e imple-



**Diagrama N° 10**  
**Función deliberativa e incidencia en las políticas públicas**



Fuente: *Elaboración propia.*

mentación de una política son el resultado de la interacción entre actores separados con intereses, metas y estrategias divorciadas. Por tanto, la intervención político-institucional en las relaciones entre los diversos grupos parlamentarios, administraciones públicas y oposición extra-parlamentaria debe orientarse hacia la red interinstitucional en la cual se definen e implementan las políticas (30).

La generación de políticas públicas desde la función deliberativa del Parlamento se encuentra determinada por las interacciones entre los diversos actores interesados en un complejo marco de interacciones público-privadas, que contribuyen a la generación de redes por una articulación de a) dependencias, b) diversidad de actores, y c) coherencia en las metas y relaciones. Plantear el tema del modelo de redes en la función deliberativa del Parlamento es hacer énfasis en el comportamiento de las fuerzas políticas, y cómo desde sus niveles

(30) El enfoque de red de políticas públicas comienza cuando acaba el enfoque de proceso —modelo secuencial—, pues se concibe que los problemas, actores y percepciones no son elementos fortuitos en su dinámica (cargas ideológicas sobre la forma de ver y comprender el mundo). De forma tal que el proceso está conectado por interacciones quienes influyen en las decisiones y determinan la capacidad de rendimiento institucional en el territorio. El concepto de redes comprende diferentes actores, organizaciones o nódulos vinculados entre sí a partir del establecimiento y mantenimiento de objetivos comunes y de una dinámica gerencial compatible y adecuada.

de interacción convergen relaciones capaces de convertir intereses particulares en valores generales para la sociedad.

La *intersectorialidad* pone en evidencia una mayor complejidad de interdependencia temática e institucional en las respuestas que la sociedad requiere por parte de las administraciones públicas. Desde este enfoque se obliga a un mayor ejercicio de coordinación y colaboración interinstitucional en los procesos de construcción, implementación y evaluación de las políticas públicas, haciendo hincapié en la mayoría de los casos al papel estratégico de la gobernanza multinivel.

La *intersectorialidad* desde la función deliberativa permite superar un enfoque de sectores cerrados, por lo cual se busca integrar estructuras, políticas y recursos como un abordaje más eficaz de los problemas y proyectos, que muchas veces traspasan las esferas de competencia de un órgano —propio a la pluralidad de agendas dadas por los grupos parlamentarios—. Esto debe complementarse con la gestión de políticas públicas a partir de la proximidad con la ciudadanía y sus problemas en un territorio determinado; es decir, sobre los beneficiarios directos.

La visión de intersectorialidad busca (i) traspasar esferas ministeriales que ve competencias en un solo órgano, (ii) proyectos que visualizan la ciudad como un territorio, como un todo, y (iii) la descentralización de la formulación, la ejecución y evaluación de políticas públicas. Sin embargo, las principales barreras de la intersectorialidad son la falta de coordinación y consideración de lo local en los planes de las administraciones públicas.

Los *poderes informales de veto* hacen mención a la relación de actores que tienen el poder necesario para obstruir el proceso de decisión, clasificándose principalmente en institucionales —determinados por el marco jurídico—, partidarios —los partidos políticos representados en la arena legislativa y con alguna aritmética de escaños ventajosa— y finalmente los sociales —aquellos que poseen la capacidad de acceder a dispositivos institucionales formales e informales capaces de paralizar el proceso decisional—. El análisis de los actores con poderes de veto —formales e informales— requiere establecer una sutil diferencia entre quienes actúan en una dimensión institucional y una dimensión posicional, dividiéndose a la vez esta última en dispersión y centralidad.

La *dimensión institucional* es determinada por la siguiente pregunta: ¿Quién controla la agenda y según qué condiciones? Esta dimensión es parte de la teoría clásica sobre las pautas institucionales; es decir, los actores que intervienen, los momentos o fases, los tiempos y los procedimientos debidamente tipificados. Si bien esta dimensión permite entender las prerrogativas institucionales de la *agenda setter*, no es suficiente para analizar en su conjunto la cuestión del control de la agenda. Es ahí donde intervienen otras dos dimensiones: las *posicionales*.

La *primera dimensión posicional* tiene que ver con la *dispersión y la fragmentación de los jugadores*, que afectan inversamente el poder de los *agenda setter*. Si los actores son numerosos y muy divididos (no importa el número de

personas sino el número de jugadores con veto individuales o colectivos), es mucho más difícil cambiar el *status quo* porque se necesitaría un largo proceso de negociación.

En este caso, el control de la agenda no tiene gran peso, porque el *agenda setter* no puede tomar en cuenta la pluralidad de las preferencias. Además, esta configuración genera situaciones de bloqueo institucional y de inestabilidad. En cambio, si los actores están más cerca o agrupados, por ejemplo en dos o tres bloques, será más fácil encontrar un consenso, y por ende cambiar el *status quo*. En esta configuración, el poder del *agenda setter* es mucho más fuerte. Cabe resaltar otro aspecto que también tiene que ver con la posición de los actores: el caso en el cual el Presidente tiene la prerrogativa de fijar la agenda en un momento determinado, y si ello va acompañado de una bancada oficialista disciplinada y cohesionada.

*La tercera dimensión —segunda posicional— es el grado de centralidad del controlador de la agenda* en relación con la posición de los jugadores. A un mayor balance entre los intereses y preferencias de estos actores con respecto a la media del resto, más posibilidades e influencia tendrán los temas y asuntos en el proceso de toma de decisiones.

El poder del establecedor de la agenda también depende de su ubicación con respecto a los otros actores con poder de decisión —y veto—, pues se requiere de la capacidad de generar propuestas que sean aceptables. Por eso al *agenda setter*, si quiere aumentar su probabilidad de que los jugadores elijan su propuesta, le conviene ubicarse en el centro de las preferencias de los demás. Entre mayor sea el grado de centralidad del definidor de la agenda en comparación con las preferencias de los demás jugadores con poder de veto, más factible será la construcción de alianzas a favor de la iniciativa.

La convergencia de la información, modelo de redes, intersectorialidad y los poderes informales de veto, provocan una forma diferenciada de construcción de políticas públicas en el Parlamento: *el modelo pluralista*, que se basa en tres momentos determinantes: *i)* teoría de entrada, *ii)* mapa de ruta, y *iii)* «campo de batalla».

Desde la «teoría de entrada» la iniciativa de ley responde fundamentalmente a una selección de valores con un sustento ideológico sobre lo que debería de ser la visión e intervención del Estado en una materia particular, de forma tal que se prioriza un tema sobre el otro sea por razones de pertinencia, oportunidad, o inclusive presión mediática o social —*lógica de racionalidad predetermina*—. De forma tal, no todos los problemas urgentes de la sociedad logran dar el salto para convertirse en parte de la agenda parlamentaria, marcando la diferencia el acceso a recursos estratégicos de poder, como la capacidad de presión e incidencia para hacer valer las posiciones propias.

El «*mapa de ruta*» hace mención a una lógica persuasiva sobre la relevancia del problema identificado y los niveles de intervención pública requeridos;

constituye una construcción técnica de la política bajo criterios de negociación política capaces a integrar «apoyos estratégicos» al proceso. La diferencia entre la construcción de un programa político-administrativo y un mapa de ruta es que el primero carece de criterios de sensibilización y persuasión política, siendo ello el énfasis fundamental del segundo.

La característica fundamental del mapa de ruta es una estructura de carácter argumentativo y persuasivo capaz de dar sustento técnico primario de coordinación e implementación a la política pública; destaca por ser demasiado técnico para los políticos, pero a su vez demasiado político para los técnicos. Sinergia que faculta articular de forma clara y estratégica el pensamiento entre los decisores y los implementadores de la política.

Finalmente, «*el campo de batalla*», constituye la lucha política en la cual entran en conflicto las diversas posiciones e intereses sobre el tema, así como la más amplia gama de opciones externadas sobre los modelos de implementación y control en la materia. Es el punto de construcción previo a la decisión final parlamentaria, cuyos escenarios más críticos se centran en: a) el debate mediático, b) el trabajo de la comisión dictaminadora y c) el proceso de adopción o rechazo por el pleno legislativo.

En dicho viacrucis tienden a originarse diversos obstáculos capaces de alterar el «mapa de ruta», destacándose particularmente el riesgo de los procedimientos y el de la discrecionalidad. El primero consiste en la sustitución de los fines que persigue la política por rutinas burocráticas y procedimentales carentes de todo sentido, buscando la mayor homogeneidad en el proceso de implementación y desconociendo las realidades y desequilibrios territoriales del Estado.

El riesgo de la discrecionalidad es producto de la apertura de márgenes de decisión durante el proceso de implementación, con lo cual el sistema de incentivos colectivos dados en la aplicación de la política a su público meta, puede desvirtuarse como un instrumento de incentivos selectivos. Asimismo, mientras más actores participen en el proceso de implementación y con multiplicidad de puntos de decisión —sin necesaria comunicación interna—, mayores son las probabilidades de que esa política se desvíe de sus objetivos, un factor muy recurrente cuando los marcos competenciales institucionales no tienen definidas las competencias propias y compartidas, más aún cuando se le agrega la existencia de competencias concurrentes.

La capacidad de construcción de políticas públicas desde la función de deliberación parlamentaria depende de una combinación de realidades dadas por el marco jurídico —a nivel constitucional y del reglamento legislativo— como del mismo diseño y capacidades institucionales del Parlamento —mapa institucional—. Adicional a las anteriores variables institucionales, intervienen aquellas otras de dominio político como son los niveles de fragmentación y dispersión entre las bancadas parlamentarias a efectos de articular las mayorías necesarias, el tiempo estratégico del proceso decisional —sea de carácter pre-electoral o post-electoral—, el enfoque asumido para determinar el problema de la política

pública, así como la incidencia o no de la oposición extraparlamentaria en la materia (ver *Diagrama N° 11*).

### Diagrama N° 11 Proceso de construcción de las políticas desde las arenas parlamentarias



Fuente: *Elaboración propia*.

Se debe considerar que la agenda política desde la arena parlamentaria se encuentra condicionada por dinámicas políticas que influyen de forma activa sobre los factores institucionales, particularmente se destacan cuatro de estas realidades: *a)* el Parlamento vive y actúa en lo inmediato, *b)* el Parlamento es un ente social abierto —vinculación social—, *c)* el cálculo del riesgo de actuación, y *d)* la combinación entre fuerza política y valores.

La generación de la política pública constituye un proceso constante de construcción, de-construcción y re-construcción entre diversas fuerzas políticas intervinientes, movidas por intereses y posiciones coyunturales y estructurales que determinan cada movimiento en función de una ponderación de beneficios selectivos y colectivos, donde no siempre los valores propugnados son la razón neurálgica de la toma de decisión.

Esta situación exige entonces una articulación de estrategias políticas en la formación de las políticas, basándose en: *i)* construcción de una simetría entre la opción ofrecida y el problema percibido, *ii)* uso estudiado de metáforas, *iii)* ambigüedad determinada en el discurso como en los puntos conflictivos, *iv)* la aplicación de la idea del interés general como justificación de las intervenciones dadas en la política, *v)* identificación selectiva de la información para justificar las posiciones e intereses propios, *vi)* aplicación de doctrinas simples para una comprensión más universal del problema y la oferta pública ofrecida.

En síntesis, la función de deliberación parlamentaria da sentido a las políticas públicas, contribuye con su vinculación a un entorno social —construido de forma pluripartidaria y actorial—, y dota de significado sus actuaciones —explica y justifica las intervenciones en función de propósitos, necesidades y prioridades colectivas—, siendo el proceso parlamentario un juego para ganar y ejercer el poder, mediante la existencia de múltiples discursos en competencia y con recursos formales e informales asimétricos aplicados en momentos segmentados, con la finalidad de imponer las posiciones propias.

### 3. Proceso de control y políticas públicas

En un sistema democrático es el Parlamento la institución designada para tomar decisiones y ejercer el control político, en función del bienestar de la colectividad, siendo entonces los grupos parlamentarios y sus legisladores los que han de considerar «...las respuestas a los problemas recurrentes son a menudo institucionalizadas. La acción colectiva ocurre en la comunidad política porque se han establecido procedimientos normalizados para suministrar a los actores políticos los incentivos adecuados con el propósito de que emprendan las acciones necesarias para suministrar un bien público o controlar un efecto externo» (SHEPSLE Y BONCHECK, 2005, p. 289).

El ejercicio del control implica una fuerte relación con las funciones legislativas y deliberativas, gestándose una tenue delimitación entre estas, pues al final de cuentas es la capacidad y habilidad de persuasión hacia los legisladores como hacia la ciudadanía —y principalmente los medios de comunicación— lo que logra imponer las posturas propias en una determinada política pública. Es así como la capacidad de control del Parlamento se da no sólo en la fiscalización de los procesos de implementación del Ejecutivo, sino también en la misma definición de las políticas públicas, siendo un círculo que constantemente se retroalimenta —según la capacidad institucional instalada para el ejercicio de dispositivos político-institucionales—.

La función deliberativa se encuentra presente en mayor o menor intensidad en el proceso de formación de la ley, como en el ejercicio del control parlamentario, aunque es la oposición parlamentaria la que tiende a dar sentido aplicado al control político-parlamentario (31). Esta situación genera un ejercicio especializado de las distintas formas de control, destacando el *control parlamentario* —formal e informal— y el *control legislativo*.

---

(31) «(...) el control parlamentario es una pieza central de la arquitectura democrática. Con ella se procura evitar que la voluntad de los legisladores sea desvirtuada, ya sea por el Ejecutivo o por la burocracia, en el momento de ser llevada a la práctica. Puesto en otros términos, se trata de asegurar que las decisiones de los representantes sean correctamente implementadas» (LIANOS & MUSTAPIC (2006). El control parlamentario en Alemania, Argentina y Brasil, p. 15).

Se entiende por *control político* el realizado por un órgano de carácter político que tiene sobre todo consecuencias o efectos igualmente políticos—salvo en aquellos sistemas que le otorga además potestades judiciales—, siendo por tanto una actividad cuya precisión varía fundamentalmente en términos de SARTORI (1994) del tipo de ingeniería constitucional existente (32). Es una práctica recurrente al confundir el término de control político con el control parlamentario, aun cuando el primero obedece al conjunto de incentivos formales cuya actuación individual o combinada tiene como esencia contrabalancear el funcionamiento del aparato institucional a fin de evitar transgresiones entre poderes.

El *control parlamentario* tiene el propósito de determinar si las acciones del Poder Ejecutivo y otros órganos o entes públicos —así como la de sus funcionarios— se adecuan a las expectativas de la voluntad popular externada por la decisión de los parlamentarios; es decir, que la fiscalización sobre los criterios de pertinencia y oportunidad política dados en la fase de implementación de la política pública no contradigan lo que se podría denominar como «el espíritu del legislador» (33). Es de carácter *formal* cuando se encuentra debidamente tipificado en la constitución política o por el reglamento legislativo y se considera *informal* si responde a una serie de prácticas tendientes a contribuir a los procesos u objetivos perseguidos por los instrumentos formales.

El *control parlamentario informal* vela por un ejercicio del poder sobre lo público, en apego a un conjunto no escrito pero aceptado de normas éticas, basadas en criterios de racionalidad, oportunidad, prudencia y conveniencia —estos son los propósitos legales, políticos y morales que determinan la gestión del control parlamentario informal—. Los efectos del control parlamentario formal e informal pueden ir orientados a: *i)* generar legislación y mecanismos de control, *ii)* denunciar ante las instituciones encargadas de ejercer el control judicial, *iii)* denunciar ante la sociedad, *iv)* formar opinión pública, *v)* generar censuras políticas, entre otros.

El *control legislativo* alude a la capacidad que tienen las legislaturas para presentar, modificar, demorar y rechazar iniciativas de ley; es la capacidad de la oposición y las minorías legislativas de influenciar efectivamente el proceso de toma de decisiones (SARTORI, 1995), o bien de ser jugadores con poder de veto (TSEBELIS, 2002). Aunque la definición más frecuente es aquella referida a

---

(32) Guillermo O'DONNELL señala dos tipos de rendición de cuentas: la horizontal y la vertical. La horizontal se da entre las agencias estatales, y la vertical de la sociedad sobre el Estado. En la primera se identifican los controles clásicos entre poderes, como lo son las agencias de balance y los controles que cronológicamente posteriores, complementan las acciones de los controles clásicos, agencias asignadas. En la rendición de cuentas vertical se ubican las acciones de control de la sociedad mediante el proceso electoral y de otros mecanismos, como la participación ciudadana.

(33) Se debe considerar que en la praxis dicho «espíritu» tiende a expresar más la concate-nación de intereses en equilibrios precarios o fuertes, que de una forma u otra lograron articular las mayorías necesarias para la aprobación de la iniciativa, como para superar los posibles procesos de obstrucción legislativa.

la capacidad efectiva de la oposición legislativa para influenciar el proceso de formación de la ley, esta influencia requiere establecer una tenue diferenciación analítica entre lo que se podría denominar: a) el nivel *positivo* —*proactivo*— y, b) el nivel *negativo* —*reactivo*—.

El *control legislativo positivo (proactivo)* es la capacidad, interés y voluntad del legislador de oposición de ofrecer visiones tendientes a enriquecer, aportar y apoyar la iniciativa de ley, sin que necesariamente dichas actuaciones tiendan a fomentar la conflictividad parlamentaria en las relaciones gobierno-oposición. El *control legislativo negativo (reactivo)* concierne a las actuaciones de los parlamentarios cuya finalidad o intencionalidad final es frenar, limitar o evitar la aprobación del proyecto de ley o incluso alargar lo más que se pueda dicho proceso. En ocasiones la incorporación o apoyo a una determinada moción responde a una lógica de generar conflictividad y minar las bases de las coaliciones entabladas por el gobierno con algunas de las bancadas de oposición, con el interés final de crear condiciones de parálisis y bloqueo.

Tanto el *control legislativo positivo* como el *negativo*, pueden sustentar su ejercicio a partir de un uso de instrumentos generados por la institucionalidad formal —reglamento legislativo—, o por la institucionalidad informal —prácticas de relacionamiento entre los actores políticos—. En ambos casos es de uso común el desvirtuar la naturaleza de los procedimientos legislativos a efectos de lograr una influencia calibrada con la persecución de objetivos y metas particulares, siendo ejemplo la presentación masiva de mociones, o bien la promulgación de informes o dictámenes de minoría, un intenso uso de la palabra, apelaciones a las resoluciones del pleno, e incluso el rompimiento del quórum (ver *Diagrama N° 12*).

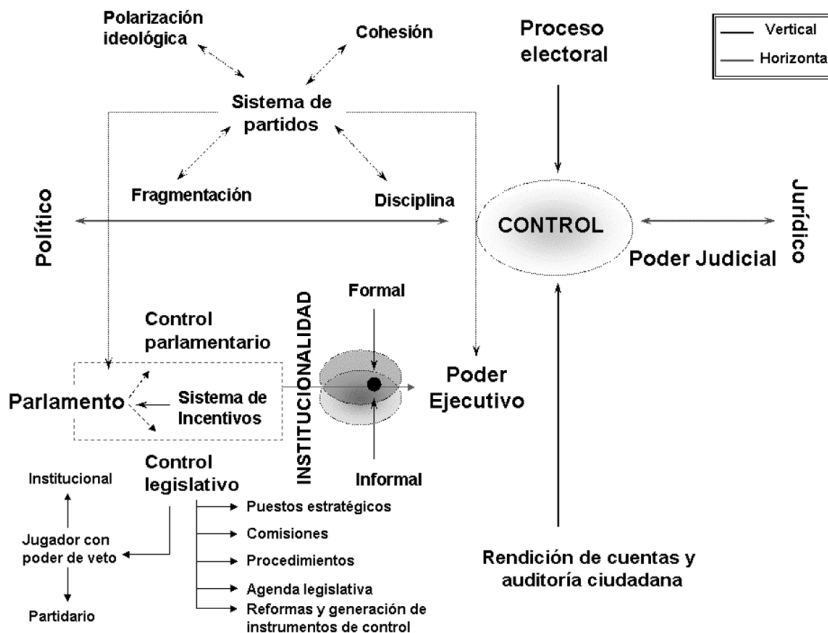
El control ejercido por parte del Parlamento se encuentra condicionado por un sistema de incentivos habiendo por lo menos tres factores que desalientan el control: a) los vínculos partidarios que unen al Ejecutivo y al Legislativo, b) la naturaleza de la orientación de cada poder constitucional —por ejemplo un presidente cuya agenda se concentra en temas más de carácter nacional o internacional y un parlamento interesado en los temas locales, sin generarse muchos espacios de interferencia entre sí—, y c) situaciones en que no existe mucho por controlar porque no existe una burocracia en condiciones de actuar en función de su propio interés.

Ambos poderes constitucionales pueden implementar instrumentos de control sobre el proceso de implementación de políticas, respondiendo a incentivos contradictorios, generándose la interrogante de *¿cuál es el tipo de control más efectivo?*, destacando principalmente aquellos de naturaleza «*patrulla policial*» y «*alarma de incendio*» (PALANZA, 2006, p. 36).

El primero es centralizado, activo y directo, y requiere de un Parlamento capaz de examinar afanosamente las actividades llevadas a cabo por las agencias implementadoras en busca de desviaciones, con el objetivo de remediar a los desvíos y castigar la agencia responsable. El segundo exige al Parlamento



**Diagrama N° 12**  
**Control parlamentario y control político**



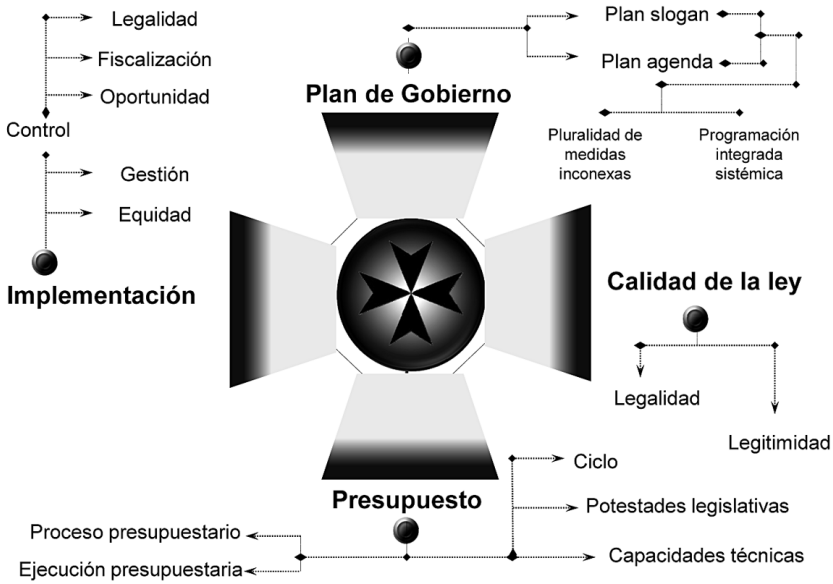
Fuente: Vargas & Petri (2008).

acciones menos centralizadas, necesitando saber únicamente una serie de procedimientos, reglas y prácticas que habiliten a los grupos de interés y particulares a mantenerse informados de las actividades de las agencias administrativas de su interés. Por efecto inverso, se puede prever una mayor delegación de autoridad al Ejecutivo en áreas que demandan alta intensidad/capacidad de información, y una mayor delegación de poder discrecional al Poder Ejecutivo en aquellos proyectos surgidos en comisiones con jurisdicción sobre áreas de políticas que requieran alta capacidad técnica (PALANZA, 2006, p. 38).

Los principales ámbitos en los cuales se desarrolla la función de control del Parlamento se dan en: *i)* el plan de gobierno, *ii)* calidad de la ley, *iii)* control presupuestario, y *iv)* los procesos de implementación de la política pública (ver Diagrama N° 13).

El control del plan de gobierno a diferencia de los sistemas parlamentarios, en los regímenes presidenciales tiene como objetivo comprender los grandes objetivos de dirección del Poder Ejecutivo, confrontándolos de forma particular con los informes de labores anuales presentados por la Presidencia como por las memorias anuales de todas las dependencias del Ejecutivo. Por tanto, el

**Diagrama N° 13**  
**Función de control e incidencia en las políticas públicas**



Fuente: *Elaboración propia.*

«plan de gobierno» constituye una herramienta de control para la oposición a efectos de comprender la claridad con la cual el Ejecutivo ha tomado el rumbo del país, dilucidando entre sus promesas aquellas que se convirtieron en simples *slogans políticos* y aquellas que facilitaron la articulación de una *agenda estratégica nacional*.

Desde la implementación del «plan de gobierno» es posible dilucidar los temas más prioritarios para la Presidencia, como aquellos que gozan de criterios de inter-sectorialidad y de alta coordinación interinstitucional —programación integrada sistémica—; igualmente se puede determinar la «agenda del ejercicio del poder», como «la agenda de acceso al poder». La primera constituye una serie de medidas tendientes a responder a demandas sectoriales desde el uso de la institucionalidad formal e informal, generando condiciones particulares para el desarrollo del país —en áreas focalizadas y con públicos beneficiarios específicos—, el segundo tipo de normas, constituyen medidas de carácter popular que vienen a afianzar la imagen del partido en gobierno, o de forma particular a ciertas figuras del equipo, asegurando la carrera política necesaria para continuar en el poder.

El control sobre *la calidad de la ley* supone la construcción del equilibrio entre legalidad y legitimidad, asegurando un ejercicio de fiscalización en el

procedimiento por medio del cual se toman las decisiones y particularmente las leyes, remachando el debido respeto a las minorías parlamentarias —legalidad—, pero a su vez presionando para dar la publicidad y el debate necesario a efectos de lograr integrar la opinión de los grupos beneficiarios y afectados de la iniciativa —legalidad—. En una segunda dimensión, esta calidad de la ley supone además la creación de los dispositivos necesarios para asegurar sus mecanismos posteriores de fiscalización, evaluación y seguimiento por las instancias competentes, así como evitar las lagunas jurídicas o dispersiones en el marco jurídico que afecten la adecuada implementación de la ley.

El control presupuestario como herramienta en la construcción de las políticas públicas requiere ser concebido en dos dimensiones estrictamente complementarias: el control sobre la elaboración del presupuesto (i) y sobre la ejecución presupuestaria (ii) (34). La primera dimensión pone el énfasis sobre las prioridades de la inversión externadas por el Ejecutivo, y las capacidades institucionales que posee el Parlamento para debatir sobre esas prioridades según las condiciones del momento en el país; desde luego los márgenes de actuación político-institucional dependen de los ciclos y tiempos presupuestarios, las potestades legislativas de intervención y no menos importante las capacidades técnicas con las que cuenta el Parlamento en general, y las bancadas parlamentarias en particular.

La segunda dimensión pone el énfasis en el ejercicio de fiscalización sobre el presupuesto ejecutado, controlando la pertinencia, eficiencia y eficacia del gasto e inversión pública, para lo cual el Parlamento es auxiliado por los Tribunales de Cuentas —o también denominadas Contralorías de Cuentas—.

Finalmente, el control parlamentario en la implementación de las políticas públicas no responde a un análisis exclusivo en los criterios técnicos de resultado y gestión de la política sino más bien busca dilucidar los niveles de legalidad, oportunidad, gestión y equidad, así como el debido cumplimiento de los mecanismos de fiscalización: *ex ante* y *ex post*, establecidos por los entramados institucionales. Para el desarrollo de este tipo de control se requiere contar con sistemas de información pertinentes y fiables, que contribuyan a la construcción de opiniones parlamentarias acertadas y con la menor subjetividad posible sobre los efectos obtenidos en las políticas y programas públicos.

Con el control parlamentario sobre la implementación de las políticas se pretende comprender los efectos inducidos por estas o por aquellas prácticas distorsionadas —dinámicas desvirtuadas— en las realidades sociales, a efectos

---

(34) «Mediante la aprobación del presupuesto, el legislativo confiere al ejecutivo poder y facultad de realizar actos jurídicos en materia financiera, pero limitando al propio tiempo esas potestades. La institución presupuestaria y su necesaria aprobación por el Parlamento aseguran el control democrático de la actividad financiera, pero también de toda la política del Gobierno, puesto que en los presupuestos no sólo se le fijan los objetivos, sino que también se le arbitran los medios y recursos necesarios para su desarrollo y ejecución» (RECODER, 2011; p. 7).

de acentuar las responsabilidades públicas sobre el éxito o fracaso de los programas, pero a su vez dotar a los cuerpos y unidades de decisión intermedias y finales, del conocimiento necesario para la toma de decisiones futuras en un ámbito determinado de la política pública.

La capacidad de control del Parlamento en los procesos de implementación de las políticas públicas se encuentra condicionada por un predominio del Ejecutivo en todas las fases de la política, la ausencia de controles efectivos en la gestión pública, un proceso de constante redefinición entre el espacio público y privado, así como por deficiencias en instrumentos técnicos de la institucionalidad parlamentaria. Por tanto, promover el papel del Parlamento como instrumento de las políticas, desde la función de control de los procesos de implementación implica mejorar los mecanismos de control y evaluación del Legislativo hacia el Ejecutivo *(i)*, como fortalecer en términos generales la institucionalidad democrática *(ii)*.

Desde el primer componente se requiere no sólo promover las reformas de modernización institucional pertinente, sino también contribuir a un cambio de cultura para facilitar las coaliciones políticas necesarias para el control de los factores «políticos» de la política. En el segundo componente, fortalecer la independencia y credibilidad del sistema judicial, dotar de mejores herramientas y profesionalizar la administración pública, como incidir en el mismo sistema de partidos, facultando reformas institucionales de Estado sobre aquellas propias de una administración en particular.

## V. LA AGENDA DE REFORMAS PENDIENTES

En la actualidad, se suele afirmar que hay demasiadas normas, que éstas tienden a ser oscuras, confusas o dispersas, o bien imprecisas; que difícilmente las normas alcanzan los objetivos planteados e incluso que no importa su forma de implementación, pues el balance general dará siempre un déficit de rendimientos institucionales y problemas cada vez más distantes a las políticas públicas concebidas para ellos. Situación que hace pensar una necesaria abstinencia normativa del Estado.

No se toma en consideración que los puntos de encuentro entre el espacio público y privado cada vez más se encuentran difuminados, el Estado se enfrenta así, a una sobrecarga de demandas sociales que evolucionan con mayor rapidez que la capacidad de absorción y respuesta gubernamental. En síntesis, la complejidad actual obliga a una evolución imperante en el diseño de la institucionalidad democrática, en particular la forma y dinámica del cómo el Parlamento asume los retos actuales.

Los déficits de la institucionalidad democrática y particularmente del Parlamento en la generación de adecuadas políticas públicas, no pueden ser anulados única y exclusivamente desde la generación productiva de leyes, pues

en dicho caso se condena la esencia parlamentaria a su función legislativa. De igual forma, considerar al Poder Legislativo como una instancia de generación de leyes deja de lado el principio deliberativo —asambleísta— y la función de control político; aspectos medulares para asegurar el principio de separación y equilibrios funcionales de poderes constitucionales.

Un análisis integral y detallado de la efectividad parlamentaria en las políticas públicas implicaría comprender las interlocuciones políticas emanadas en la generación de las agendas, como la capacidad de los diversos grupos parlamentarios para modificar, alterar e incluso rechazar las iniciativas de ley —tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo—, así como identificar las capacidades de control político que se realizan sobre dichas políticas. El ejercicio de control parlamentario lleva como desafío la capacidad por identificar si la norma es obedecida (a), si consigue los objetivos que perseguía (b), y en su caso cuáles son los costes de transacción que ha generado su aplicación (c).

Desafíos que introducen cuestionamientos tales como: *¿Cuál es la influencia del Poder Legislativo en la generación de políticas públicas en los sistemas presidenciales? ¿Qué factores político-institucionales contribuyen al desarrollo de una agenda parlamentaria de consenso? ¿Se encuentra condicionada la viabilidad de la agenda por su naturaleza temática y por la comisión que la dictamina? ¿De qué forma las relaciones entre el Gobierno-oposición dinamizan consensos o disensos en materia de políticas públicas?*

## 1. Capacidad de toma de decisiones y su control

El Parlamento constituye una institución sólida en la formación de políticas públicas si logra garantizar de forma simultánea una doble exigencia: la toma de decisiones y el control de estas; en el desarrollo de ambas tareas sobresale el papel predominante del Poder Ejecutivo en la conducción de la agenda política y la capacidad de los parlamentarios para incidir en ella.

La gestión parlamentaria en las políticas públicas se encuentra profundamente permeada por las relaciones formales e informales dadas entre los legisladores y los partidos políticos, pues desde ahí se dan las funciones de integración y de innovación para cumplir con el proceso de canalización de intereses y demandas en la elaboración, modificación o eliminación de políticas. En otros casos estas relaciones se pueden dar de forma multilateral —modelo *cross-party*— donde el legislador responde a intereses distintos a los de su partido.

El proceso de políticas públicas responde a complejos entramados coalicionales a nivel intra-partido como inter-partido, ejerciéndose la presión centrífuga o centrípeta, según las relaciones de la aritmética legislativa y de la efectividad de la oposición —como los niveles de dispersión y cohesión a lo interna de ella—. Esta compleja relación de variables políticas, pone en evidencia la capacidad formal e informal del Parlamento para influir y el proceso de las políticas.

Sin duda alguna desde una mirada puesta en el partido oficialista depende de la fuerte disciplina, cohesión y coherencia tanto a lo interno de la bancada como su relación con el Poder Ejecutivo; desde la oposición el panorama es un poco más complejo, pues su capacidad de incidencia en las políticas depende: *a)* de los niveles de cohesión interna de la bancada oficialista y sus relaciones con el Ejecutivo, *b)* de la relaciones de poder que posee en contraposición al oficialismo —control de escaños y sobre todo su posibilidad de articular mayorías alternas a la bancada de gobierno—, *c)* de las capacidades institucionales instaladas —acceso a puestos en el directorio, control de comisiones estratégicas, etc.—, y *d)* de las capacidades técnicas de las asesorías parlamentarias.

En términos generales, los partidos políticos que logran controlar el Poder Ejecutivo logran mantener sus bancadas parlamentarias disciplinadas, siempre y cuando aseguren un sistema de incentivos a la lealtad, los cuales pueden ir desde la promoción de iniciativas de ley con vocación a beneficiar a un territorio o sector en particular, como la promoción personal para el desarrollo de la carrera política (35).

La oposición tiende a ser más disciplinada si el partido evidencia: *(a)* vocación de gobierno, *(b)* una fuerte estructura de organización y comunicación, *(c)* fortaleza en los liderazgos y carismas interno, *(d)* adelantamiento prematuro de los ciclos electorales; en caso contrario los grupos parlamentarios tienden a ser disidentes generando: *(i)* divisiones internas, o bien *(ii)* incremento en las tasas de transfuguismo.

Al tratar de comprender el papel del Parlamento en las políticas no se pueden obviar las diferencias del contexto institucional entre un país y otro, pues establece en qué dirección y según cuáles medios un grupo político debe ejercer su liderazgo para fortalecer una determinada política.

---

(35) La disciplina parlamentaria desde la teoría de la elección racional asume que individualmente cada legislador acepta la línea de acción apuntada por el liderazgo partidista o de fracción, debido a dos razones: *(a)* la disciplina aumenta su capacidad personal de negociación y, *(b)* asegura el apoyo de la organización para el desarrollo de su carrera política. De acuerdo a este esquema, como actores racionales, los parlamentarios efectúan un cálculo sobre la conveniencia de sujetarse a tales directrices, toda vez que este comportamiento les reporta beneficios superiores a los de su resistencia. La disciplina constituye una forma de delegación de poder requerida para superar los problemas que supone la acción colectiva en la definición de las políticas públicas; este sería el caso del proceso que acompaña la integración de la representación y su complemento, la expedición de la ley. Su ejercicio es posible por el incentivo electoral derivado de la pertenencia a una fórmula reconocida por la ciudadanía, y la acción de un líder capaz de coordinar las actividades del grupo y de fortalecer su estabilidad. Para que esto opere, se requiere del funcionamiento de controles institucionales que aminoren los costos de esta delegación; valga decir, de procedimientos orientados a limitar las posibilidades de abuso por parte de quien se ocupa de esta labor.

## 2. Fortalecer la coordinación interinstitucional

El Parlamento como institución se basa intrínsecamente en los arreglos político-institucionales dados por sus actores políticos, por lo cual la coordinación intra-parlamentaria resulta de procesos interdependientes de relación a partir de tres ámbitos: diseminación de la información *(i)*, la creación de capacidades *(ii)*, y la estructuración de interacciones *(iii)*.

La *diseminación de la información* implica un acceso estructurado a datos estratégicos procesados para la toma de decisiones, así como contribuye a la creación de incentivos y formación de expectativas de comportamiento. Información que se obtiene sea por demanda parlamentaria a diversas instituciones públicas, comparecencias o incluso por documentación valiosa que llega a manos de los legisladores.

La *creación de las capacidades* se da porque las estrategias entre los parlamentarios no siempre responden a lógicas de actuación inducidas por las reglas formales y costumbres racionales, más bien se guía por las capacidades adquiridas en las interacciones; así por ejemplo ante un escenario de información y conocimiento heterogéneo, los actores desarrollan mecanismos de coordinación para acumular capacidades cognitivas según sus procesos de aprendizaje —los actores se forman y se transforman—.

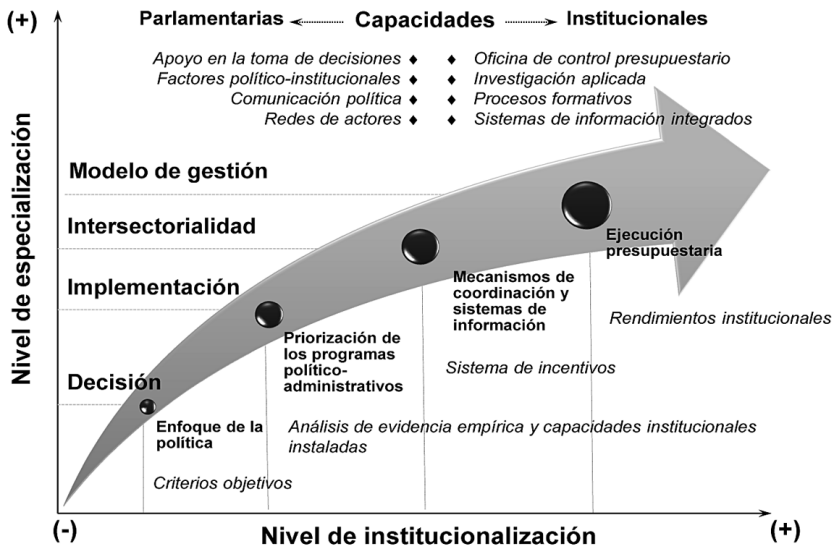
La *estructuración de interacciones* es el resultado de un equilibrio dado entre las interacciones informales y formales para el proceso de toma o no de decisiones, pues al final de cuentas son las reglas de decisión las que generan los resultados finales de los juegos de coordinación entre los actores, siendo el reglamento legislativo la estructura que fomenta o inhibe la capacidad de generación de políticas públicas en sus funciones legislativas, deliberativas o de control.

La sumatoria de estos tres ámbitos incide en los niveles de institucionalización y especialización del Parlamento como instrumento de políticas públicas, siempre y cuando se fortalezcan sus capacidades de gestión parlamentaria, como institucionales. El primer tipo obedece más a una lógica de actuación de lo «político de la política», supliendo las necesidades técnicas para la toma de decisiones, así como creando los espacios y márgenes de actuación para las mismas habilidades políticas —de interlocución y negociación en la constitución de coaliciones—; aspectos que contribuyen a mejorar los canales de comunicación entre los actores políticos y los grupos sociales en particular y con la ciudadanía en general, desde una lógica de interacción de redes.

Desde las capacidades institucionales se busca suplir las deficiencias organizacionales y técnicas para el adecuado desarrollo de las funciones legislativas, deliberativas y de control, acentuando la agenda de reformas en la creación o fortalecimiento de «oficinas de control presupuestario» —instancias técnicas para apoyar el control en el proceso de elaboración y fiscalización presupuestaria—, el desarrollo de investigación aplicada para la generación de mejores iniciativas de ley, como de control en los procesos de implementación de la política.

El desarrollo de capacidades institucionales del Parlamento en la generación de políticas públicas requiere promover habilidades técnicas y políticas en cuatro ámbitos estratégicos: *i)* decisión, *ii)* implementación, *iii)* intersectorialidad y *iv)* modelo de gestión (ver *Diagrama N° 14*). Desde el ámbito de la decisión se determina el enfoque ideológico de la política pública, incidiendo no sólo en su desarrollo técnico, sino también en los diversos públicos que se beneficiarán de forma directa de ella, por lo cual es fundamental desarrollar la mayor cantidad de criterios objetivos como mecanismos de persuasión sobre la evidencia presentada.

**Diagrama N° 14**  
**Variables político-institucionales para la promoción de políticas en el Parlamento**



Fuente: *Elaboración propia.*

En el ámbito de la implementación se destaca el valor estratégico del Parlamento para incidir en las lógicas de priorización de los programas político-administrativos, asegurando los adecuados mecanismos de coordinación y colaboración interinstitucional, en procura de lograr la mayor eficiencia y eficacia posible en la gestión pública.

La intersectorialidad pone el énfasis en las lógicas de coordinación temática y actuarial, buscando respuestas complejas a problemas difusos, por lo cual los sistemas de información determinan en gran medida los sistemas de información capaces de mitigar la incertidumbre y la discrecionalidad en la gestión administrativa.



El modelo de gestión se concentra en el control sobre la ejecución presupuestaria de la política o programa público, determinando los rendimientos institucionales desde criterios de equidad, igualdad, participación y transparencia, evitando prácticas clientelistas.

Sin importar el ángulo de análisis, el desafío parece ser siempre cómo se pueden lograr que las políticas públicas emanadas desde el Parlamento sean más eficaces, más efectivas y más eficientes, y cuál es la ingeniería institucional adecuada —tomando en consideración la herencia histórica y las realidades de la cultura política— para articular de forma acertada el procedimiento legislativo con las funciones integrales del Parlamento (36).

Se ha puesto en reflexión que la capacidad y calidad de la política pública dependen de la combinación del grado de conocimientos que posean las personas que formal e informalmente influyen en la decisión (*a*), en la preparación y el análisis de los textos normativos (*b*), y mediante la participación de los expertos en la formación de la opinión pública en relación a la decisión legislativa (*c*).

Esta aproximación a la racionalidad parlamentaria en la formulación de las leyes daría entonces por sentado que los legisladores toman decisiones óptimas en un contexto definido por estar dotado de una inteligencia que les permite encontrar una solución verdadera a un problema; tienen unas preferencias claras y estables; conocen todas las soluciones posibles; pueden adelantar todas las consecuencias de cada opción y; finalmente disponen de un criterio objetivo de decisión con arreglo al cual son capaces de ordenar todas sus preferencias. La realidad difícilmente encaja en este modelo, dado que todos los parlamentos tienen problemas para la generación de la información necesaria —escasa y costosa—, por tanto no es posible conocer todas las posibles soluciones. Además, los criterios de elección son escasos y no siempre utilizables en las decisiones a tomar.

Es así como muchos de los problemas derivados de la decisión parlamentaria se resuelven a través de las decisiones rutinarias casi automáticas siguiendo protocolos previamente establecidos —en el reglamento legislativo o por la práctica parlamentaria—. Las políticas públicas se deciden a través del ejercicio del control y la influencia, más que por un desarrollo analítico y reflexivo (37).

---

(36) La eficacia hace señalamiento a la correspondencia entre el modelo de comportamiento previsto en la norma y el comportamiento real de los destinatarios de la misma, de forma tal que una norma es eficaz cuando es obedecida. La efectividad de la norma depende, de que quien haya tomado la decisión normativa hubiese establecido correctamente la relación casual entre el resultado que se persigue y la conducta que se demanda a la ciudadanía, siendo entonces la tutela y comprensión del proceso de implementación el punto neurálgico —y controvertido—. Finalmente la eficiencia es producto de un contexto en el cual el legislador ha de perseguir los resultados deseados al menor coste posible (ZAPATERO, 2009 pp. 30-34).

(37) Uno de los principales desafíos que impera en el desarrollo y aprobación de la agenda municipal en la región es la clarificación de lo que en teoría de la legislación se define como la distinción entre motivos para y motivos porque. Su validez radica en la capacidad para distinguir

De forma tal que la predicción teórica bajo el anterior escenario sería: (a) si los beneficios de una nueva regulación son difusos entre la población mientras que los costes son concentrados, la regulación se bloqueará; (b) si los beneficios se concentran sobre un pequeño grupo y los costes son difusos, el parlamentario tenderá a apoyar los intereses del pequeño grupo; y (c) si los costes y los beneficios son concentrados entre grupos que compiten entre sí, el parlamentario actuará como un árbitro entre estos. Por tanto, y desde ese enfoque teórico se obtiene como supuesto de partida que los partidos políticos formulan políticas que les permiten ganar las elecciones, en lugar de ganar elecciones con el fin de formular determinadas políticas.

### 3. Las relaciones Ejecutivo-Legislativo

La capacidad de generación de políticas públicas desde las arenas parlamentarias exige e involucra un alto nivel de entendimiento entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Si bien desde el plano normativo ambas esferas se encuentran separadas, también se ha de considerar que las constituciones políticas dotan al Ejecutivo de una función co-legisladora.

La agenda de las políticas públicas dependiendo de la complejidad temática y del grado de afinidad que posea con los intereses del Poder Ejecutivo, se construye desde un modelo de disciplina de partido (a), modeo intrapartidario (b), modo multilateral (c), modelo interpartidario (d), o por presión externa (e).

El *modelo de disciplina de partido* suele ser cuando el Poder Ejecutivo define la política y la envía al Parlamento para su discusión y análisis, con lo cual la capacidad de actuación de la oposición se basa en la transformación o rechazo a la misma.

El *modelo intrapartidario* suele ser más que una imposición del Poder Ejecutivo una línea de actuación del partido político, ya sea basado en un programa ideológico o bien por una sólida línea de actuación entre la bancada parlamentaria y las autoridades de ese partido político. En el *modelo multilateral* —cross-party— los parlamentarios responden principalmente a intereses distintos a los de los partidos políticos, pues el capital electoral individual se sobrepone a los incentivos dados por la obediencia partidaria.

El *modelo interpartidario* es aquel en el cual la construcción de la política es producto de la capacidad de negociación y consensos sobre algunos puntos

---

entre el para qué de las normas y el por qué de las mismas; es decir, entre los objetivos y la casualidad de las decisiones legislativas.

Cuando una política pública se encuentra sesgada por la confusión entre los motivos para y motivos porque el resultado tiende a ser que los beneficios proporcionados por estas se concentren en un determinado grupo o bien sean difusos; y la misma situación ocurriría con los costes de transacción derivados de ellas. De forma tal que bien puedan darse grupos que no reciben los beneficios de la política pública, pero se encuentran sumamente afectados por su proceso de implementación.

básicos, aun cuando persisten diferencias y posibles conflictos sobre otras áreas temáticas del mismo proyecto. El *modelo de presión externa o extraparlamentario* se deriva de la capacidad de incidencia de diversas instancias público-privadas que realizan fuertes esfuerzos de cabildeo para generar, modificar, transformar o inclusive frenar la construcción de la política.

En síntesis, el desarrollo de las políticas públicas desde las arenas parlamentarias se encuentra determinado por las capacidades de control que se pueden generar a partir de la combinación de los recursos político-institucionales (38). La capacidad de lograr un control político y técnico en la construcción y aprobación de las políticas públicas depende entonces de tres condiciones básicas: (i) comisiones especializadas en el análisis y seguimiento del tema, (ii) capacidad técnica institucional en el *expertise* de la comisión, y (iii) legisladores especializados en el tema.

Los desniveles en el desarrollo institucional del Parlamento en su sistema de comisiones especializadas, sus capacidades técnicas y la especialización propia de los legisladores, dotan de márgenes de colaboración asimétricos en la promoción de políticas públicas, la cuestión entonces es *¿Qué aspectos contribuyen a la viabilidad de algunas políticas en comparación a otras? ¿Qué factores político-institucionales inciden en las capacidades de control parlamentario? ¿Incide la función deliberativa en la construcción de consensos sociales a favor de las políticas públicas emanadas en el Parlamento?*

Las respuestas a esas preguntas tendrán múltiples matices para cada uno de los sistemas políticos, pero de forma global se podría introducir aspectos como la afinidad que los actores poseen sobre el tema, en muchos casos la falta o excesiva presión del Ejecutivo sobre la iniciativa, e incluso el dinamismo y naturaleza heterogénea de las iniciativas.

Si se toma como supuesto que la realidad política puede ser interpretada como un juego en el que los partidos tratan de conseguir la mayor parte de las ganancias posibles a través de diversas estrategias cooperativas (39), bajo un esquema de inclusiones y exclusiones, nos lleva al problema de comprender la construcción de coaliciones entre varios agentes cuando intervienen más de dos dimensiones —preferencia de resultados, cálculo electoral, polarización ideológica, etc.—.

---

(38) Si el Parlamento se encuentra dominado por el partido de gobierno con una fuerte disciplina partidaria, la capacidad de aplicar los recursos institucionales en el control técnico de la agenda parlamentaria será poco probable, dados los mecanismos de la institucionalidad informal. Sin embargo, aún con un parlamento fragmentado y un control o presión fuerte por parte de la oposición, tampoco asegura una base institucional técnica para el control de la agenda, pues bien sea porque la estructura parlamentaria carece ya de los medios técnicos profesionales, o los niveles de fragmentación dificultan la capacidad de incidencia técnica del Parlamento como actor institucional.

(39) Entendiendo por ganancia aquella adopción de una política pública lo más parecida posible a sus preferencias (o efectos de la política pública).

De ahí que el diseño de las comisiones legislativas asuma un papel protagonista para comprender el cómo y el por qué los actores terminan relacionándose de una determinada forma, pues la ingeniería parlamentaria, y particularmente el grado de institucionalización de estas, determinan los procedimientos por medio de los cuales los actores pueden o no incidir en la construcción y alteración de las políticas públicas. Procedimientos que entran en la sumatoria de actores y preferencias, siendo el efecto una reducción de la multidimensionalidad y por ende la generación de dinámicas decisionales; de ahí la importancia de generar especialización técnica y política de las comisiones más allá del procedimiento parlamentario.

En cuanto al análisis de las estrategias gubernamentales sobre las políticas en el Parlamento, el primer punto consiste en dilucidar si efectivamente dicha agenda se encuentra o no en las prioridades del Poder Ejecutivo. Un apoyo de las fracciones oficialistas a temas particulares no debe ser interpretado de forma rígida como un apoyo por parte del Poder Ejecutivo.

En ocasiones las fracciones de gobierno tienen el margen de actuación para generar políticas que no afecten o al menos no desestabilicen los intereses prioritarios del Poder Ejecutivo. Cuando de forma temprana o tardía se evidencia que una determinada iniciativa afecta los intereses del Gobierno, tiende a ser frenada en su fase de discusión en el pleno, o bien en el peor de los casos a ser vetada por el Ejecutivo, es decir la zona de bloqueos político-institucionales de las mayorías.

Cuando el Poder Ejecutivo expresa una dispersión o falta de claridad en el desarrollo de una agenda temática particular, se crea un espacio de interlocución fundamental para los actores político sociales interesados en el ejercicio de la incidencia política. Capacidad que de forma proactiva puede inclusive contribuir a definir la misma orientación estratégica de la fracción de gobierno —de abajo hacia arriba—, o bien desde los generadores de la política pública del Ejecutivo —de arriba hacia abajo—.

La capacidad de contribución de la fracción oficialista en la política pública expresa escenarios como: *a)* canalización de iniciativas del Ejecutivo vía parlamentario, *b)* capacidad autonómica del parlamentario oficialista para generar políticas, *c)* conflictos intrapartidarios en las relaciones Ejecutivo-Legislativo (40). El análisis del apoyo de gobierno a la agenda parlamentaria implica entonces conocer *¿Cómo se materializan las políticas públicas en iniciativas de ley?* *¿Quién asume el liderazgo en la comisión?* *¿Cuáles son los tiempos reales de*

---

(40) En algunas ocasiones la presión y generación de proyectos de ley por parte de los legisladores oficialistas no responde necesariamente a un interés de promover políticas públicas, sino más bien a una estrategia para saturar la agenda parlamentaria y generar presiones internas en las relaciones entre el Gobierno y su bancada, a efectos de obtener apoyos políticos e institucionales particulares.

*aprobación—rapidez del proceso—? ¿Se realiza una fiscalización procedimental y sustantiva?*

Entre menor sea el grado de institucionalización de los grupos parlamentarios más capacidad tendrá el Poder Ejecutivo para desagregar el sistema de incentivos de coaliciones. A mayor grado de institucionalización los incentivos girarán más hacia la definición de políticas públicas estructurales y sobre la agenda sensible nacional, mientras que a menor grado de institucionalización serán incentivos de actuación territorial y sectorial. Mientras que el primer tipo de incentivos contribuye a una mayor base electoral de los partidos políticos que participan en la coalición —siempre y cuando puedan explotar su visibilidad e incidencia—, el segundo tipo estimula modelos de capital electoral personalista —en detrimento del sistema de partidos políticos—.

En un sistema de partidos políticos con altas tasas de volatilidad se incentivarán incentivos coalicionales más de carácter territorial, mientras que en escenarios de mayor institucionalización de los grupos parlamentarios los programas político-ideológicos tendrán más posibilidad de hacerse sentir.

Empero, las presiones de la realidad política actual evidencian que cada vez más las decisiones parlamentarias se encuentran condicionadas a las coyunturas políticas y no a un proceso estratégico para el desarrollo de la gestión gubernativa. Siendo entonces el resultado, que ante una falta de control político extraparlamentario la coyuntura política se sobrepone a las agendas temáticas; de ahí el papel protagónico que ejercen las organizaciones de la sociedad civil, pues su peso técnico-político determina el equilibrio entre la presión coyuntural y el desarrollo estratégico de las políticas públicas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR et al (2008): «*Economía, Sociedad y Teoría de Juegos*», Mc Graw Hill; Madrid
- ALCÁNTARA, M. (2006): «*Políticos y política en América Latina*». Fundación Carolina, Madrid.
- ALONSO & GARCIMARTÍN (2008): «*Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones*», UCM Editorial Complutense – ICEI, Madrid.
- ARBÓS, Xavier y GINER, Salvador. (2002): «*La gobernabilidad: ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*». Madrid, España: Editorial Siglo XXI.
- AXELROD, Robert (2003): «*La complejidad de la cooperación. Modelos de cooperación y colaboración basados en los agentes*». Fondo de Cultura Económica, México.
- CAMERON, Charles M. (2000): «*Veto Bargaining. Presidents and the Politics of Negative Power*». Cambridge University Press Political Economy of Institutions and Decisions, United States.

- COLOMER, J. (2001): «*Instituciones políticas*». Ariel Ciencia Política, Barcelona.
- COICAUD, Jean Marc (2000): «*Legitimidad y política. Contribución al estudio del derecho y de la responsabilidad política*», Homo Sapiens, Ediciones Rosario, Buenos Aires.
- GOODIN, Robert E. (Editor) (2003): «*Teoría del diseño institucional*». Barcelona. Gedisa Editorial.
- GOODIN, Robert E. (Editor) (2006): «*The Oxford Handbooks of Political Science*». New York, U.S.A., Oxford University Press Inc.
- HELME & LEVITSKY. (2006): «*Informal institutions and democracy: lessons from Latin America*». The John Hopkins University Press, USA.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2000): «*Derecho Parlamentario Costarricense*» IJSA Investigaciones Jurídicas, S.A., San José.
- LINDBLOM, Ch., & DAHL, R. (1971): «*Política económica y bienestar*», Biblioteca de Economía, Política y Sociedad, Volumen 4 Paidós, Buenos Aires.
- (1991): «*El proceso de elaboración de políticas públicas*»; Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid.
- LINZ, Juan J. & Arturo VALENZUELA (1994): «*The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives, Volume 1*», The Johns Hopkins University Press, United States of America.
- (1998): «*Democracia presidencial o parlamentaria ¿Qué diferencia implica?*» en *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas, Volumen 1*, Juan J. Linz & Arturo Valenzuela (eds), Alianza Universidad, Madrid.
- & Arturo VALENZUELA (1998): «*La crisis del presidencialismo. El caso de Latinoamérica, Volumen 2*», Alianza Universidad, Madrid.
- LLANOS, Mariana & MUSTAPIC, Ana María (2006): «*El Control Parlamentario en Alemania, Argentina y Brasil*», GIGA, Konrad Adenauer Stiftung, Homo Sapiens Ediciones, Argentina.
- MAINWARING & SHUGART SOBERG, M. (2002): «*Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate*», en *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Mainwaring & Shugart Soberg, M. (ed.), Paidós, Argentina.
- MARÍN VIDAL, Tomás (2005): «*Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas*». Colección Monografías. Congreso de los Diputados España, Madrid.
- MASSARI, O. (2008): «*I partiti politici nelle democrazie contemporanee*». Roma: Gius, Laterza & Figli.
- MASTROPAOLO & VERZICHELLI (2006): «*Il Parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*». Italia: Laterza.
- MAUCOUR, Amicie (2005): «*La rénovation des pouvoirs budgétaires du Parlement sous la V<sup>e</sup> République*», Sénat, DALLOZ, París.

- MAUGUIN, Murielle (2006): «*L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*», Sénat, DALLOZ, París.
- MEZEY, Michael (1999): «*La legislatura, el Poder Ejecutivo y las políticas públicas. La inútil búsqueda de poder para el Congreso*» en: «*La Democracia Dividida. Cooperación y Conflicto entre el Presidente y el Congreso*»; James Thurber (ed), Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- MORGENSTERN, Scott (2002): «*Explaining legislative politics in Latin America*», en *Legislative politics in Latin America*, Morgenstern, Scott & Nacif Benito (ed), Cambridge University Press, United Kingdom.
- (2002): «*Towards a model of Latin American Legislatures*», en *Legislative politics in Latin America*, Morgenstern, Scott & Nacif Benito (ed), Cambridge University Press, United Kingdom.
- NORTH, D. (2005): «*Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*». México. Fondo de Cultura Económica.
- NORTON, Philip (2003): «*Parlamento y Gobierno en Europa Occidental*», Editorial Porrúa, México.
- PALANZA, Valeria (2006): «*Delegación y Control Parlamentario en Argentina*». En: Llanos, Mariana & Mustapic, Ana María 2006 «*El Control Parlamentario en Alemania, Argentina y Brasil*», GIGA, Konrad Adenauer Stiftung, Homo Sapiens Ediciones, Argentina.
- PASQUINO, Gianfranco (1995): «*La Oposición*». Alianza Editorial Colección de Ciencia Política, España.
- (1997): «*Por qué y cómo estudiar la oposición*» en *La oposición en las democracias contemporáneas*, Gianfranco Pasquino (ed), Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- (2004): «*Sistemas Políticos Comparados*». Prometeo Libros, Bononiae Libris. Buenos Aires.
- PRATS, Joan (1999): «*Reforma del Estado y reforma parlamentaria en América Latina*», en *Experiencias de Modernización Legislativa en América Central y República Dominicana*, Ronny Rodríguez (ed.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos – CAPEL y Unidad para la Promoción de la Democracia de la Organización de Estados Americanos, San José.
- (2001): «*Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico*», Desarrollo Institucional para una Gobernabilidad Democrática, N° 10, Octubre. Disponible en: [www.iigov.org/revista/re10/re10\\_04.htm](http://www.iigov.org/revista/re10/re10_04.htm)
- (2003): «*El concepto y el análisis de la gobernabilidad*». Revista Instituciones y Desarrollo. No. 14-15. Barcelona, España; pp. 239-269.
- Recoder, Tatiana (2011): «*Análisis de la ley de presupuesto y de su procedimiento de elaboración*» Congreso de los Diputados de España, Fundación CEDDET, Madrid.

- Sartori, Giovanni (1994): «*Ingeniería Constitucional Comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*», Fondo de Cultura Económica, México.
- (1995): «*Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*». Alianza Universidad, Madrid.
- (1996): «*Límites de la ingeniería constitucional*» en *Apuntes para una reflexión sobre la democracia: tres ensayos*, Cuadernos de CAPEL N° 41, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Centro de Asesoría y Promoción Electoral, VARITEC S.A., San José.
- SHEPSLE, Kenneth. (1986): «*Institutional Equilibrium and Equilibrium Institutions*», en Herbert Weisberg (Ed.). *Political Science: The Science of Politics*. Agathon. New York. 1986.
- & BONCHEK, Mark. (2005): «*Las fórmulas de la política. Instituciones, racionalidad y comportamiento*». CIDE / Taurus. México.
- STEPHAN, Alfred y SKACH, Cindy (1997): «*Presidencialismo y parlamentarismo en perspectiva comparada*», en *Las Crisis del Presidencialismo, Perspectivas comparadas Volumen I*, Juan J. Linz y Arturo Valenzuela (ed.), Alianza Universidad, Madrid.
- STRØM, K and MÜLLER, Wolfgang C. (2003): «*Coalition Governments in Western Europe*» Oxford University Press, United States of America.
- (1990): «*Minority Government and Majority Rule*». Cambridge University Press, United States of America.
- TSEBELIS, George (2002): «*Veto players. How political institutions work*», Princeton University Press, United States of America.
- TUDELA ARANDA, José (2008): «*El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el Siglo XXI*» Congreso de los Diputados de España, Madrid.
- VARGAS, J. (2007): «*El ocaso del presidencialismo costarricense*». San José: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano.
- Vargas & Petri. (2008): «*Efectividad parlamentaria: incentivos y restricciones coalicionales en Costa Rica y Nicaragua*». San José: DEMUCA.
- (2010): «*Transfugismo. Desafíos político institucionales para la gobernabilidad parlamentaria en Centroamérica*». San José: DEMUCA.
- VINTZEL, Céline (2011): «*Les armes du gouvernement dans la procédure législative*». Sénat, DALLOZ, Paris.
- URCUYO, Constantino (2003): «*Reforma política y gobernabilidad*», Editorial Juricentro S. A., San José.



# ARGENTINA: TRES REFORMAS INSTITUCIONALES DEL KIRCHNERISMO(\*)

MARIO D. SERRAFERO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS ETAPAS DEL GOBIERNO KIRCHNERISTA.– III. LAS REFORMAS Y SU CONTEXTO.– IV EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA.– V. EL CONGRESO Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.– VI. LA REFORMA DE LA LEY DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA (LOS «SUPERPODERES»).– VII. CONCLUSIONES: ¿PRESIDENCIA REPUBLICANA O PRESIDENCIA HEGEMÓNICA? ¿MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN?*

*RESUMEN:* Este trabajo aborda tres reformas institucionales llevadas a cabo durante la primera gestión del presidente Néstor Kirchner. En 2006, el Congreso de la Nación, con mayoría del partido gobernante, aprobó la ley de reforma del Consejo de la Magistratura, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia y la llamada ley de «superpoderes». Si bien las reformas significaron más instrumentos de gobierno en manos del presidente, también implicaron un aumento del desequilibrio entre los poderes del Estado y una democracia menos republicana. El estudio analiza cómo estas reformas incrementaron las facultades del presidente dando un paso más hacia un sistema presidencial de tipo casi hegemónico.

*Palabras clave:* presidencialismo; democracia; república; decretos de necesidad y urgencia; Consejo de la Magistratura.

*ABSTRACT:* This paper deals with three institutional reforms carried out during the first administration of President Nestor Kirchner. In 2006, the National Congress, with the majority of the ruling party, approved the bill to reform the Council of the Judiciary, the regulation of Necessity and Urgency Decrees and the law called «superpowers». While these reforms meant more government instruments in the hands of the president, they also implied a widening gap between the branches of government and a less republican Democracy. The study analyzes how these reforms increased the powers of the president taking a step closer to a quasi-hegemonic type of presidential system.

*Key words:* presidentialism; democracy; republic; necessity and urgency decrees; Council of the Judiciary.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de noviembre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de enero de 2013.

## I. INTRODUCCIÓN

Con la llegada de Néstor Kirchner al gobierno y su ejercicio del poder se señaló como atributo positivo la fortaleza que fue adquiriendo la presidencia luego del período de debilidad terminal del bienio (1999-2001) del ex presidente Fernando de la Rúa. Pero la cuestión de la *urgencia* de aquel momento (1) debe diferenciarse de la *necesidad* de ciertos cambios en el régimen político. La urgencia era tener un presidente que obtuviera obediencia de los ciudadanos. La necesidad era cumplir una deuda histórica de la clase política y la ciudadanía argentina: consolidar el imperio de la ley y las instituciones, que se tradujera en lograr una democracia más republicana con un sistema más equilibrado de poderes. Históricamente, existió un ostensible desequilibrio en cabeza del Poder Ejecutivo y a expensas de los otros poderes del Estado. En este sentido, lo que se encontraba también pendiente era una necesaria *institucionalización* y *democratización* de la presidencia con el fin de que ésta no se excediera en sus facultades y poderes.

Cabe aclarar que por institucionalización de la presidencia se entiende como un Poder Ejecutivo *que acierta en desplegar su actuación dentro de las reglas institucionales, cumple la ley (2) y la hace cumplir*. Respecto de la *democratización*, se definiría en términos de *menor personalismo en la toma de decisiones —que suelen ser unilaterales— y en una actitud que reflejara la participación de más jugadores en el rumbo político o la inclusión del mayor número de intereses comprometidos al momento de decidir las políticas*.

En la Argentina ha imperado un *presidencentrismo* (3), esto es, desde el segmento simbólico-cultural, la presidencia alojada en el centro del sistema político y social. Desde el eje jurídico-institucional el país ha tenido distintos modelos: el *presidencialismo fuerte* de la Constitución de 1853-60, el *presidencialismo hegemónico* de la Constitución de 1949 y el *presidencialismo fuerte reforzado* de la reforma constitucional de 1994. Desde el segmento de la práctica política concreta se han distinguido dos polos: el *hiperpresidencialismo* y el *hipopresidencialismo*, según fuere el ejercicio y la fortaleza del poder presidencial.

---

(1) El tema de la fortaleza de la presidencia tiene más que ver con la *autoridad* que con la acumulación de poder. Esto último es necesario para llevar a cabo las políticas deseadas por el Ejecutivo, pero la fortaleza de un presidente se vincula íntimamente con el arte de la negociación y de la persuasión. Ver NEUSTADT, Richard (1993): *El poder presidencial y los presidentes modernos. Políticas de liderazgo de Roosevelt a Reagan*, Bs. As., Grupo Editor de América Latina.

(2) Un ejemplo interesante lo constituyó el decreto el Decreto 222/03 que transparentaba las propuestas presidenciales de designación de jueces para la Corte. El decreto dictado por el Poder Ejecutivo, no fue cumplido por el presidente en relación a las obligaciones que aquél le imponía y respecto a todos los cargos de la Corte Suprema de Justicia cubiertos durante el gobierno del presidente Néstor Kirchner.

(3) Este concepto lo desarrollo en distintos trabajos, por ejemplo, puede verse en SERRAFERO, Mario D. (2005): *Exceptocracia. ¿Confín de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, Bs. As. Lumiere.

El estilo y la concepción presidencial que tuvo Kirchner dio silueta a una presidencia vigorosa, centro del sistema institucional y que fue reacia al mecanismo de «checks and balances» entre los poderes del Estado. Este estilo, de alguna manera, se oponía a la referida necesidad de *institucionalización* y *democratización* de la presidencia en la Argentina. Durante la gestión de Néstor Kirchner fueron muchas las medidas de gobierno implementadas a través de leyes dictadas por el Congreso. No es ese el foco de este estudio. *En este trabajo se analizan tres leyes de índole institucional y que fueron dictadas tras el triunfo electoral del gobierno de Néstor Kirchner, en las elecciones legislativas intermedias de 2005.*

Las tres leyes que se tratan en este estudio fueron *la reforma del Consejo de la Magistratura, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia y la llamada ley de «superpoderes»*. ¿Qué tipo de modificaciones implicaban estas leyes en el régimen presidencial argentino? ¿Las nuevas medidas apuntaban al equilibrio de poderes o, por el contrario, incrementaban aún más el poder personal de la presidencia? Cabe señalar que los decretos de necesidad y urgencia no estaban previstos en la Constitución de 1853/60 y que fueron introducidos con motivo de la reforma constitucional de 1994 en el artículo 99 inciso 3 de la Carta Fundamental. Lo mismo ocurrió con el Consejo de la Magistratura, que fue incorporado en el artículo 114 de la Constitución reformada en 1994.

El trabajo comienza con una diferenciación analítica de distintos momentos de la administración de Néstor Kirchner. Luego aborda las tres reformas referidas en relación con el Consejo de la Magistratura, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia y la llamada ley de «superpoderes». Finalmente brinda una reflexión sobre las aludidas reformas y el sistema constitucional y el régimen político. *El estudio plantea que las tres reformas significaron un aumento notorio del poder presidencial y que fue útil como herramienta de la presidencia más allá del mandato de Néstor Kirchner.* El presidente gobernó entre 2003 y 2007 y luego le continuó su esposa, Cristina Fernández de Kirchner quien obtuvo su reelección en 2011. Pero más allá de esta «utilidad» para el Poder Ejecutivo, *significaron un mayor desequilibrio y un avance hacia un presidencialismo cuasi hegemónico* (4). Cabe recordar que el peronismo histórico había configurado su propio presidencialismo hegemónico a través de la reforma constitucional de 1949 (5).

Este estudio se inscribe dentro de la extensa literatura generada a partir del pionero trabajo de Juan LINZ (6) acerca de los sistemas presidenciales. Los

(4) Sobre el tema puede verse BOTANA, Natalio R. (2006): *Poder y hegemonía*, Bs. As., Emece.

(5) Ver SERRAFERO, Mario D. (1993): *Momentos institucionales y modelos constitucionales*, Bs. As., Centro Editor de América Latina y, también, SERRAFERO, Mario D. (2003): «Mapa institucional del primer peronismo», en *Lecturas del peronismo a través del tiempo*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Comunicación de la UADE, Documento de Trabajo n° 5, pp. 26-39.

(6) Ver LINZ, Juan, (1988): «Democracia Presidencialista o Parlamentarista. ¿Hay alguna diferencia?», en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Bs. As., Eudeba, pp. 19-43; LINZ, Juan, (1990): «The

trabajos (7), generalmente, se han centrado en variables institucionales, políticas y sociales y enfocándose en diferentes aspectos del régimen presidencial. Este estudio, concretamente, muestra como a partir de determinadas leyes dictadas por el propio Congreso el poder presidencial puede expandirse a punto tal de desplazarse hacia los umbrales de un régimen presidencialista cualitativamente distinto.

## II. LAS ETAPAS DEL GOBIERNO KIRCHNERISTA

Kirchner había obtenido un 22% en las elecciones presidenciales de 2003, frente al 24% de Carlos Menem. El ex presidente decidió no competir en la segunda vuelta, frente a un más que probable fracaso y así fue finalmente electo Kirchner. El tema mereció atención pues se suponía que la legitimidad presi-

---

perils of Presidentialism», en *Journal of Democracy*, Vol.1, n.4, pp. 51-69; LINZ, Juan y STEPAN, Alfred (1989): «Political crafting of democratic consolidation or destruction: European and South American comparisons», en *Democracy in the Americas*, New York; y LINZ, Juan, (1994): «Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?», en LINZ, Juan J. y VALENZUELA, Arturo (1994): *The Failure of Presidential Democracy*, Vol. 1, The Johns Hopkins University Press, pp. 3-87.

(7) La producción, desde el pionero trabajo de LINZ, es muy vasta. Cabe citar al solo efecto ilustrativo y, entre otros, los siguientes trabajos aparecidos a lo largo del tiempo: NOHLEN, Dieter (1991): «La reforma institucional en América Latina. Un enfoque conceptual y comparativo», en D. NOHLEN y Liliana DE RIZ, *Reforma institucional y cambio político*, Bs. As., Legasa, pp. 14-20; SHUGART, Matthew y CAREY, John (1992): *Presidents and Assemblies*, Cambridge University Press; STEPAN, Alfred y SKACH, Cindy (1993): «Constitutional frameworks and democratic consolidation», en *World Politics*, n° 46, pp. 1-22; TSEBELIS, George (1995): «Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism», en *British Journal of Political Science*, n° 25, pp. 289-325; MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew Sobert (1997): *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press; SERRAFERO, Mario D. (1998): «Presidencialismo y parlamentarismo: un debate abierto», en *Revista Mexicana de Sociología*, Instituto de Investigaciones Sociales, México, Vol. 60, n° 2, pp. 165-186; AMORIM NETO, Octavio (2000): «Presidential Cabinets, electoral Cycles and coalition discipline in Brazil», en *DADOS*, vol. 43, n° 3, pp. 479-519; CHEIBUB, José Antonio; PRZERORSKI, Adam y SAIEGH, Sebastián (2004): «Government Coalitions and Legislative Success under Presidentialism and Parliamentarism», en *British Journal of Political Science*, 34, pp. 565-587; VALENZUELA, Arturo (2004): «Latin American Presidencies Interrupted», en *Journal of Democracy*, Vol. 15, pp. 5-19; COLOMER, Josep M. y NEGRETTO, Gabriel L. (2005) «Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?», en *Government and Opposition*, pp. 60-89; ELGIE, Robert (2005): «From LINZ to Tsebelis: Three Waves of Presidential/Parliamentary Studies?», en *Democratization*, Vol. 12 n° 1, pp. 107-122; CAREY, John (2006): «Presidencialismo versus parlamentarismo», en *POSTData*, n° 11, pp. 121-161; PÉREZ LIÑAN, Aníbal (2007): *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge University Press. Cambridge, New York; MARSTEINREDET, Leiv (2008): «Las consecuencias sobre el régimen de las interrupciones presidenciales en América Latina», en *América Latina Hoy*, Vol. 49, pp. 31-50; HOCHSTETLER, Kathryn y SAMUELS, David (2011): «Crisis and Rapid Reequilibration. The Consequences of Presidential Challenge and Failure in Latin America», en *Comparative Politics*, Vol. 43, n° 2, pp. 127-145; HOCHSTETLER, Kathryn (2011): «The Fates of Presidents in Post-Transition Latin America: From Democratic Breakdown to Impeachment to Presidential Breakdown», en *Journal of Politics in Latin America*, n° 1, pp. 125-141.

dencial resultaba escueta, al menos, en su inicio. Pero el presidente, consciente de la necesidad de producir una imagen de autoridad y fortaleza, emprendió inmediatamente una decidida acción. Este objetivo determinará una primera fase de su mandato, que fue percibido como *la búsqueda de acumulación de poder*.

La meta, sin duda, se logró visto el resultado electoral de las elecciones legislativas de medio término, celebradas en octubre de 2005, que le dieron un fuerte respaldo al proyecto kirchnerista (8). A partir de allí comenzó lo que puede denominarse la segunda etapa de la acción presidencial. Reconocida la fortaleza del presidente a través del incuestionable resultado de las urnas, comienza el período de mayor despliegue de las acciones y mecanismos *tendientes a traducir el poder electoral en reformas institucionales que dotaran al presidente mayor poder institucional*. Esta fase podemos decir que se resiente con motivo del triunfo electoral del NO a la reelección del gobernador en la provincia de Misiones, provincia donde estaba vedada la reelección del entonces gobernador de filiación kirchnerista.

La tercera fase —en términos institucionales— implica una presidencia que comienza a sentir cierto desgaste por la emergencia de ciertos hechos que parecen mostrarle límites a su expansión y a lo que era un aparente horizonte de despliegue de poder sin obstáculos. A la derrota de Misiones le seguirá un repliegue del proyecto reeleccionista, una mayor demanda y conflictividad sectorial general, el levantamiento popular que cuestionará el manejo automático del presidente en su propia provincia —Santa Cruz— el escándalo de corrupción del llamado caso «Scanska» que determinará el despido de funcionarios del Poder Ejecutivo sospechados de estar involucrados en sobornos, el triunfo de los candidatos opositores en las elecciones de la Ciudad de Buenos Aires y Tierra del Fuego, la «bolsa de dinero» encontrada en el baño de la oficina de la Ministra de Economía, la valija de dólares proveniente de Caracas y que podría salpicar al gobierno, etc.

Quizá se había exagerado un poco cuando se le prestó tanta atención al tema de la escueta legitimidad supuesta del presidente. Kirchner, quien en la primera vuelta electoral de las elecciones de 2003 había obtenido —como se dijo— el 22% de los votos frente al 24% logrado por Carlos Menem. Conciente de la necesidad de producir una imagen de autoridad y de decisión, emprendió inmediatamente acciones a tales efectos.

La decisión fue acertada pues todas las miradas estaban puestas en él y siempre existen en el ojo y la mente de los analistas de opinión, los distintos sectores y la ciudadanía ideas predeterminadas que hay que satisfacer si se quiere no fracasar casi gratuitamente, desde el inicio. Un lugar siempre transitado es el de los primeros 100 días que deben mostrar a un presidente produciendo

---

(8) Ver CALVO, Ernesto (2005): «Argentina, elecciones legislativas 2005: Consolidación institucional del kirchnerismo y territorialización del voto», en *Revista de Ciencia Política*, Santiago, Vol. 25 ° 2, pp. 153-160.

hechos que, a veces son verdaderos cambios y otras no. Y fueron acertadas las primeras acciones de Kirchner para lograrlo, más allá de los reparos que podrían ponerse a tales medidas. El comportamiento y las acciones del presidente fueron desplegando un estilo que, a grandes rasgos, tuvo distintos componentes y que se mantuvo a la largo de su gestión.

Respecto del estilo presidencial mucho se ha escrito y no hay espacio para extenderse (9). Además, el análisis requeriría precisiones de contexto, del diseño institucional y de las características personales del mandatario (10). Pero basten unas brevísimas notas referidas, especialmente, a su contorno institucional. En cuanto a la forma de relacionarse con los distintos actores políticos y sociales, primaron los rasgos de confrontación, imputación de responsabilidades, despliegue de la lógica amigo-enemigo con aquéllos percibidos como opositores y firmeza para intentar doblegarlos. Respecto del estilo cognitivo y el mundo perceptivo del presidente, se destacan los mecanismos de simplificación de la realidad y de los escenarios, principalmente, en esquemas binarios. Estos mecanismos facilitaron la percepción social acerca de la falta de ambigüedad en la toma de decisiones del mandatario. *En cuanto a las ideas institucionales expresadas por el presidente, a través de su acción, cabe señalar las siguientes: la concepción de la presidencia como sitio de liderazgo moral; la idea la presidencia como motor del sistema institucional; la relación privilegiada entre presidente-pueblo sin otras mediaciones, y la presidencia como representante predominante de la soberanía popular.* Estos rasgos se dieron dentro de un perfil general de presidente pragmático respecto de su gestión gubernativa, pero de apariencia dogmática o principista en cuanto a las características de su discurso. Fiel a la concepción institucional referida, *se trató de una presidencia que le restó importancia al mecanismo de división de poderes y tuvo una fuerte inclinación hacia la configuración de un régimen institucional hegemónico enclavado en la presidencia.* Como se ha señalado, de alguna manera se entroncaba con la tradición peronista que, en la reforma constitucional de 1949, había diseñado una suerte de presidencialismo hegemónico.

### III. LAS REFORMAS Y SU CONTEXTO

Existe cierto acuerdo entre los analistas que el gobierno, en sus dos primeros años, logró despegar al país de la crisis, se resolvió relativamente bien el problema de la deuda externa y la economía tuvo un crecimiento sostenido, más allá de las críticas acerca del modelo económico implementado y de la falta de optimización de un contexto internacional, extraordinariamente favorable para

(9) Sobre el kirchnerismo en el poder puede verse MALAMUD, Andrés y DE LUCA, Miguel (coordinadores) (2011): *La política en tiempos de los Kirchner*, Bs. As. Eudeba.

(10) Ver SERRAFERO, Mario D. (2011): «El área de estudios presidenciales», en *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Bs. As., pp. 5-42.

el país. Mención aparte merece la consideración del estilo del presidente —algo se ha dicho arriba—, su política exterior, las alianzas internacionales y el tipo de relación establecida con las fuerzas políticas y los distintos sectores del país, temas que exceden el objetivo de este trabajo.

Desde el punto de vista netamente político-institucional, el gobierno emprendió casi desde sus comienzos una tarea de concentración del poder. Así avanzó a través de distintos proyectos. Desde lo político, al principio fue la «transversalidad» que pretendió superar el justicialismo histórico y tuvo repliegues frente a las resistencias que encontraba, fundamentalmente en el peronismo duhaldista. El ocaso de la figura del ex presidente Eduardo Duhalde y el triunfo de las elecciones de 2005 con la formación del Frente para la Victoria despejó por cierto el camino. Su sumó a esto una oposición desarticulada y fraccionada que no pudo o no quiso conformar un frente de consensos básicos. *La cooptación de figuras de otros partidos como mecanismo de reclutamiento político, el congelamiento de las vinculaciones con los partidos de la oposición, el opacamiento intencional desde el poder del propio partido peronista y una concepción de «concertación política» muy particular completan el cuadro de estilo y concepción política del presidente y del círculo íntimo del kirchnerismo.* Un hecho que contrastó, al menos en apariencia, con esta concentración de poder fue la renovación que produjo Kirchner en la Corte Suprema de Justicia heredada del menemismo, al inicio de su mandato. El máximo tribunal había sido fuertemente criticado por la supuesta existencia de una «mayoría automática» que votaba a favor de las políticas que el presidente Menem consideraba fundamentales. Los jueces renunciantes —ante la posibilidad de una destitución por juicio político— fueron reemplazados por magistrados prestigiosos que le dieron a la nueva Corte una imagen de independencia.

Luego del triunfo electoral de 2005 sobrevino una tarea de mayor homogeneidad de los miembros del gobierno, que implicó la salida del ministro de Economía, Roberto Lavagna. Fue esta la segunda etapa que se mencionó anteriormente. Y comenzó, fundamentalmente, un ejercicio de rediseño institucional a efectos de adecuar el formato de las estructuras institucionales a un esquema de poder más concentrado en la figura presidencial.

A lo largo de 2006 el gobierno impulsó tres proyectos que *implicaban reforma y consolidación: el Consejo de la Magistratura, la supuesta limitación de la facultad presidencial respecto del dictado de decretos de necesidad y urgencia y los llamados «superpoderes».*

#### IV. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La reforma constitucional de 1994 introdujo en el sistema institucional el Consejo de la Magistratura. El artículo 114 de la Constitución señala: «El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la

selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley» (11). *Es importante recalcar que la norma fundamental pone el acento en el equilibrio de representación entre los órganos políticos y los referidos al universo del derecho, incluyendo a la administración de justicia, a los abogados y al mundo académico.* Asimismo, el artículo 115 dispone que los jueces inferiores de la Nación serán removidos por un Jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. La misma ley especial del artículo anterior determinaría la integración y funcionamiento del Jurado. Por motivos de espacio, no se consigan a continuación comentarios sobre el Jurado de Enjuiciamiento, pero le caben las mismas observaciones referidas respecto del Consejo de la Magistratura.

La ley 24.937 promulgada el 30 de diciembre de 1997 plasmó la integración y los mecanismos de funcionamiento del Consejo y del Jurado de Enjuiciamiento. Durante el gobierno de Kirchner sobrevino la reforma de lo dispuesto por la referida norma. En el mes de febrero de 2006 el Congreso sancionó y el Ejecutivo promulgó la ley 26.080 (12). Los cambios que se introdujeron respecto de la ley 24.937 fueron de distinta índole, pero el más significativo fue el relativo a la integración del cuerpo. Los antiguos veinte miembros se redujeron a trece. La ley anterior determinaba la siguiente composición: cuatro jueces representando al Poder Judicial, cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal, cuatro diputados —dos pertenecientes al bloque de la mayoría, una de la primera minoría y el restante de la segunda minoría—, cuatro senadores distribuidos de la misma forma, dos representantes del ámbito académico, un representante del Poder Ejecutivo y el presidente de la Corte Suprema de Justicia. En la nueva composición el número de jueces se redujo a tres, la representación de los abogados a dos, el segmento académico a uno, desapareció en las Cámaras el representante de la segunda minoría, el Poder

---

(11) El mismo artículo señala las atribuciones del Consejo: «Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia».

(12) Ver el trabajo de SERRANO, María Cristina (2005): «El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento. Análisis de la ley 26.080», en *Debates de Actualidad*, n° 196, pág. 12. También puede verse GENTILE, Jorge Horacio (2006): «La integración del Consejo de la Magistratura», en *La Ley*, E, 768 y el estudio de VANOSSI, Jorge Reinaldo (2006): «Un enfoque no aritmético del Consejo de la Magistratura», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Bs. As.



Ejecutivo mantuvo su representante y dejó de integrar el cuerpo el presidente de la Corte Suprema de Justicia.

En la nueva composición del cuerpo todos los sectores han perdido peso, con excepción del oficialismo que mantiene sus cinco representantes. Ello significa que «ningún juez, por ejemplo, podrá ser seleccionado para integrar una terna ni acusado sin el aval del oficialismo, ya que dichas decisiones deben ser aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes» (13). Asimismo, se ha establecido un desequilibrio entre sectores. Sobre trece integrantes, los provenientes del sector político son siete y por sí solos —como señala GELLI (14)— constituyen *quórum*. Caben señalar otras cuestiones que no se compadecen con el referido artículo 114, por ejemplo se requiere la representación de «los jueces de todas las instancias» y el presidente de la Corte Suprema dejó de presidir el Consejo. Asimismo, respecto de la integración del cuerpo la norma habla —en plural— de «otras personas del ámbito académico y científico», sin embargo, la representación del segmento académico se ha reducido a un solo integrante.

Cabe destacar que el rechazo al proyecto de reforma del oficialismo fue unánime. Organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, colegios de abogados y hasta la oposición del arco parlamentario coincidieron respecto a la principal finalidad del cambio: el control del Consejo por parte del Poder Ejecutivo.

Respecto del funcionamiento del Consejo de la Magistratura han existido críticas en múltiples sentidos. Sin duda, la demora en la sustanciación de los concursos y los cargos que no se cubren atentan contra la eficacia del órgano, además de críticas referidas a la burocratización del cuerpo. No obstante —y sin entrar a considerar la propia incorporación de este instituto en la reforma de 1994 que merecería una discusión aparte— resulta destacable y valioso el hecho de la instauración de un mecanismo de concursos, cuya finalidad—al menos, teóricamente, era mejorar la calidad de los distintos candidatos a ocupar los cargos del poder judicial. Pero si uno de los objetivos era disminuir el peso de la política a efectos obtener mayor calidad institucional, la reforma fue en dirección contraria. Cabe señalar que uno de los problemas que tiene el poder judicial latinoamericano es, justamente, la falta de procedimientos objetivos y rigurosos para la selección de los jueces y la influencia de la política partidaria que interfiere no sólo con la calidad de los magistrados designados, sino también con su propia y teórica independencia.

---

(13) SERRANO, María Cristina (2005): «El Consejo de la Magistratura y el Jurado de enjuiciamiento. Análisis de la ley 26.080», citado anteriormente, pág. 8.

(14) GELLI, María Angélica (2006): «El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda», en *La Ley*, A, 1082.

## V. EL CONGRESO Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Los decretos de necesidad y urgencia no estaban presentes en la Constitución de 1853/60. Durante toda la historia argentina se dictaron alrededor de 15 decretos de este tipo. Pero la cifra aumentó a partir de la redemocratización iniciada en 1983, con el gobierno de Raúl Alfonsín. Y fue recién en el primer gobierno de Carlos Menem donde se produjo una verdadera explosión de dictado de decretos. Cabe señalar que tales decretos habían tenido aval de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a determinadas condiciones de gravedad o riesgo social (15).

Con motivo de la reforma existió un debate entre los que consideraban que no debían ser introducidos en la Carta Fundamental, y quienes señalaban que su regulación era una forma de limitarlos. Finalmente, en la reforma constitucional de 1994 se introdujeron una serie de facultades legislativas dentro del ámbito de la presidencia y de acuerdo a determinadas condiciones de ejercicio. Cabe reiterar que parte de la doctrina se había expedido en relación con su inconstitucionalidad y existió, entonces, una fuerte divisoria de aguas respecto de su legitimidad constitucional (16). Así, por ejemplo, señalaba BIDART CAMPOS: «Nosotros creemos que los reglamentos de necesidad y urgencia siempre son inconstitucionales en nuestro régimen, porque la división de poderes que demarca la constitución argentina (que es suprema y rígida) no tolera, ni siquiera por razones de urgencia y necesidad, que el poder ejecutivo ejerza competencias del congreso» (17)

Con la reforma se produjo, entonces, un notable campo de expansión al introducirse «excepcionalmente» el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3), los decretos delegados (art. 76) y el veto parcial (art. 80). La ampliación del Poder Ejecutivo fue notable, sin entrar a considerar aspectos técnicos o de fondo, como las ambigüedades, los límites imprecisos, el impacto sobre la división de poderes, el debate acerca de la delegación propia o impropia, las condiciones fácticas de la necesidad y la urgencia, etc. Señala el artículo 99, inc. 3 respecto de los Decretos de necesidad y urgencia: «...El Poder Ejecutivo no podrá

---

(15) En relación con la Corte Suprema de Justicia y los decretos, el alto tribunal había avalado su constitucionalidad. Antes de la reforma fue importante el fallo dictado en el caso «Peralta» cuando la Corte convalidó el decreto 36/90 —dictado durante la primera presidencia de Carlos Menem— que disponía la conversión obligatoria de los depósitos a plazo fijo en títulos de deuda denominados «Bonex». Luego de la reforma de 1994 la Corte —con variaciones en su composición— fue dictando distintas sentencias, entre otros los casos «Video Club Dreams», «Verrocchi», «Casime», «Della Blanca», «Guida», «Risolía de Ocampo», donde se establecieron ciertas limitaciones en el uso de los decretos por parte del Ejecutivo. Ver SERRAFERO, Mario D. (2005): *Exceptocracia. ¿Confin de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, citado anteriormente.

(16) Sobre las opiniones de constitucionalistas y administrativistas ver COMADIRA, Julio Rodolfo (1995): «Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional», en *La Ley*, T. – B, Sec. Doctrina, pp. 831 y 832.

(17) BIDART CAMPOS, Germán (1989): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Bs. As., Ediar, pág. 230.

en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...». el Constituyente estableció el control legislativo a través de la presentación del decreto, por el Jefe de gabinete ante una Comisión Bicameral. En relación con este punto, dice el último párrafo del artículo 99, inciso 3: «El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras». Pero la reforma dejó abierta la regulación del procedimiento al señalar que «una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso».

El resultado de la falta de dictado de la ley regulatoria de los decretos implicó que el Poder Ejecutivo continuó emitiendo una significativa cantidad de decretos a lo largo de la segunda administración del presidente Carlos Menem y los mandatarios que le continuaron: Fernando de la Rúa, Adolfo Rodríguez Saá y Néstor Kirchner.

Luego del triunfo en las elecciones legislativas de 2005 y ante un número mayoritario de legisladores oficialistas la administración Kirchner tuvo su propio proyecto de regulación. Según la propia versión del gobierno, ante el incremento de los decretos de necesidad y urgencia dictados por los presidentes desde la refundación democrática (18) y la deuda del Legislativo respecto de la sanción de la legislación y conformación de la Comisión Bicameral Permanente, el oficialismo impulsó su proyecto de supuesta de regulación del dictado de estos decretos (19).

---

[18] Ver, entre otros, SERRAFERO, Mario D. (2005): *Exceptocracia. ¿Confin de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, citado anteriormente; FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Matteo (1996): «Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989-agosto 1994)», *Desarrollo Económico*, Vol. 36, n° 14, pp. 443-474.

[19] Para una visión comparada pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: CAREY, John M., y SHUGART, Matthew Soberg (1998): *Executive Decree Authority*, Cambridge University Press; MOE, Terry M. y HOWELL, William G. (1999): «Unilateral Action and Presidential Power: A Theory», en *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 29, n° 23, NEGRETTO, Gabriel L. (2002): «¿Gobierna solo el Presidente? Poderes de decreto y diseño institucional en Brasil y Argentina», en *Desarrollo Económico*, Vol.42, n° 167; pp. 377-403. También, para el caso argentino, pueden verse los trabajos de MAURICH, Mario y LIENDO, Gabriela (1998): «¿Estilo decisionista de gobierno o estrategia decretista de gobierno? La Argentina de Alfonsín y Menem», en KVATERNIK, E. (comp.), *Elementos para el Análisis Político*, Bs. As., Paidós; y MAURICH, Mario y LIENDO, Gabriela (2000): «¿Reforma del Estado y estilo

La propuesta del Ejecutivo fue criticada por la oposición pues si bien, de acuerdo al proyecto, el Congreso debería expedirse sobre cada decreto y la Comisión Bicameral contaría para su dictamen de diez días y, luego, pasaría al Congreso para su tratamiento, existiere o no dictamen, no se establecía plazo alguno para que se expidiera el Legislativo. En otras palabras, si bien era cierto que no se establecía la aprobación ficta por silencio del Legislativo, en los hechos ocurriría algo parecido pues el decreto permanecería en vigencia hasta tanto sea rechazado por el Congreso. Bastaría, entonces, que el Congreso no tratara un decreto para que éste siguiera vigente.

El 6 de julio el proyecto fue tratado por la Cámara de Senadores y finalmente fue aprobado por 42 votos a favor y 17 en contra. La defensa del proyecto la sostuvo la senadora Cristina Fernández de Kirchner —presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la cámara— y señaló que ningún gobierno antes había querido dictar la pertinente reglamentación, que todos habían hecho uso de la medida y que antes de 1983 el país había padecido inseguridad jurídica y no por cierto por la existencia de estos decretos. Señaló que no implicaba la sanción ficta y, por el contrario, de ahora en más, el Congreso por simple mayoría podría derogar un DNU a diferencia de lo que ocurría hasta entonces, ya que eran necesarios dos tercios pues se requería una ley que, por ser tal, podría ser vetada por el Ejecutivo. La senadora recordó una serie de decretos dictados por otros gobiernos y que valoró negativamente y señaló que, en el gobierno de Kirchner, el decreto fue instrumento de medidas dictadas en favor de la población.

La senadora realizó un repaso histórico señalando los momentos en que no se pudo llegar a un acuerdo para el dictado de la reglamentación, principalmente, en la época de la Alianza (1999-2001) y remarcó que ningún gobierno tuvo la voluntad real y expresa de limitar sus propios poderes en la materia. A lo largo de su discurso realizó un embate contra opiniones de académicos que, según ella, se encontraban directamente interesados en denostar al peronismo gobernante. Criticó la acción de los medios de comunicación, especialmente del diario *La Nación*, que —según la Senadora— había prestado su tribuna para que periodistas y académicos criticaran el proyecto oficialista.

La oposición consideró que el proyecto establecía la sanción ficta. Se recordó, asimismo, que la senadora Fernández siendo oposición—y como diputada— había presentado un proyecto substancialmente distinto. En aquel texto se señalaba que en el caso de que pasaran treinta días sin que los plenarios de las cámaras trataran el dictamen de la Comisión Bicameral el decreto perdía vigencia. Asimismo, se recordó que bastaba que una sola de las cámaras rechazara el decreto para que éste fuera derogado. El senador radical, Rodolfo Terragno, comparó las distintas partes del texto presentado por Cristina Kirchner cuando era diputada y el que se ponía en debate y que defendía como senadora.

---

decisionista de gobierno? Un estudio del caso argentino (1989-1995)», en OSZLAK, Oscar (comp.), *Estado y Sociedad. Las nuevas reglas del juego*, Vol. 2, Bs. As., Eudeba, pp. 405-427.

El 20 de julio la Cámara Baja trató el proyecto en una sesión que duró más de siete horas. A grandes rasgos, se reprodujeron los argumentos de la Cámara Alta. El oficialismo señaló que se saldaba una deuda institucional pendiente desde la reforma de 1994 y que la nueva ley incrementaría la calidad de las instituciones. La oposición reiteró que implicaba un grave retroceso de la República y que el proyecto en debate implicaba aumentar el poder del Ejecutivo en materia legislativa.

El proyecto fue aprobado por 139 votos y obtuvo 82 en contra. A favor se expidieron el Frente para la Victoria (113), el Peronismo Federal (16), el partido Nuevo Córdoba (3) y radicales kirchneristas (2), el resto fue aportado por Proyecto Corrientes, Convergencia y Guardia Peronista. Los votos en contra provinieron de la UCR (29), Propuesta Republicana (13), el ARI (12), el Justicialismo Nacional (13), y el resto del Partido Socialista, Concertación entrerriana y CTA.

¿Cuáles son los trazos centrales de la ley reglamentaria?

En primer lugar, que señalar que la referida ley es aplicable al tratamiento de los supuestos referidos en la reforma de 1994: decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa y veto parcial. El artículo 10 establece en relación con los decretos que: «La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia».

Según el artículo 3 «La Comisión Bicameral Permanente está integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas». En cuanto a su duración y permanencia, duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos, según dispone el artículo siguiente.

Respecto de la obligación constitucional del Jefe de Gabinete, señala el art. 18: «En caso de que el jefe de gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de gabinete». En el artículo siguiente, se establece el plazo dentro del cual deberá expedirse la Comisión, que es de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El art. 21 establece la elevación del dictamen al plenario de las Cámaras: «Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento».

En cuanto al pronunciamiento, el art. 22 señala que «Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá

ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma Inmediata» (20). En el art. 23 la ley le impide a las Cámaras la modificación de los decretos: «Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes».

El artículo siguiente fue el que generó más polémica por parte de la oposición respecto de las condiciones de la derogación: « El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia».

Podrían realizarse diversos comentarios acerca de los distintos contenidos de la nueva ley. Pero, aquí, cabe ir directamente a la cuestión medular. En síntesis, la derogación del decreto presenta significativas limitaciones: a) *el art. 22 no establece plazo alguno para el pronunciamiento de las Cámaras con lo cual mientras el decreto no es tratado, mantiene su vigencia*; b) *la derogación del decreto requiere el rechazo de ambas Cámaras con lo cual si el Ejecutivo tiene respaldo en una de ellas gozará de vigencia. Asimismo, podría decirse que si el Ejecutivo controla una de las cámaras tiene expedita la facultad legislativa en el marco y por la vía del decreto de necesidad y urgencia, salvo en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos (21).*

¿Y en caso de silencio del Congreso o de una de las Cámaras? En realidad, la postura que sostiene que en esos casos el decreto mantendría su validez es insostenible, según una interpretación razonable —como han señalado (22), entre

---

(20) El artículo 82 señala: «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta».

(21) BADENI extiende —con buen criterio— la limitación del dictado de estos decretos: «la interpretación sobre el alcance de las facultades del Ejecutivo en esta materia debe ser restrictiva, consideramos que tampoco es viable la emisión de decretos de necesidad y urgencia cuando recae sobre cuestiones que sólo pueden ser reguladas legislativamente por urgencia cuando recae sobre cuestiones que sólo pueden ser reguladas legislativamente por mayorías especiales, o en aquellos casos en que la constitución le asigna a una de las Camas del Congreso la calidad de Cámara originaria. Así, no se podrán emitir decretos de necesidad y urgencia para la reglamentar la iniciativa (art. 39, Constitución Nacional; y la consulta popular (art. 40 Constitución Nacional); ni la Auditoría General de la Nación (art. 85, Constitución Nacional), ni el Consejo de la Magistratura (art. 114, Constitución Nacional). Tampoco para declarar la necesidad de la reforma constitucional (art. 30, Constitución Nacional) o aprobar tratados internacionales (art. 75 incs. 22 y 24, Constitucional Nacional). En síntesis, los decretos de necesidad y urgencia están sujetos a los límites establecidos para la delegación de facultades legislativas», en BADENI, Gregorio (2006): «Reglamentación de la Bicameral Permanente», en *La Ley*, D, 1229. Ver también BADENI, Gregorio (2007): «Emergencia económica y Estado de Derecho», en *La Ley*, A, 1039.

(22) Ver GELLU, María Angélica (2006): «De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa. Acerca de la reforma a la ley de Administración Financiera», en *La Ley*, E, 868; BADENI, Gregorio (2006): «Reglamentación de la Bicameral Permanente», citado anteriormente. Además, resulta

otros, GELLI y BADENI— de los arts. 76, 82 y 99, inc. 3° de la Constitución Nacional. Se requiere que las dos Cámaras se expidan expresamente acerca de la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia, de los decretos delegados y de los decretos de promulgación parcial de leyes. Y, si no hay manifestación expresa del Congreso o de una de las Cámaras, de ello no debe colegirse que prosiga la vigencia del decreto. Sin duda hubiera sido preferible la opción de fijar un plazo para que el Congreso se expidiera y vencido el término sin haberlo hecho, se operase la caducidad de los decretos emitidos por el Ejecutivo.

Si bien algunas disposiciones menores —o de procedimiento— resultan correctas, lo esencial es que este régimen regulatorio, en definitiva, no agrega diferencia al criticado poder legislativo en manos del Poder Ejecutivo y que conculca la división de poderes. La pregunta que uno se hace es hasta que punto cambiará la situación de uso y abuso con la nueva ley que regula el régimen del instituto. Parece que poco o nada, sobre todo si agregamos al análisis realizado aquí, la experiencia reciente. Sólo resta esperar que la cultura jurídica y política cambie hacia prácticas de mayor contenido republicano.

Además de las consideraciones de técnica constitucional y las cuestiones vinculadas a la concepción republicana del gobierno, como balance empírico de la tarea legislativa del Poder Ejecutivo, *cabe remarcar que la presidencia de Kirchner tuvo más decretos de necesidad y urgencia que proyectos de ley remitidos al Congreso*. Efectivamente, según algunos cálculos, el presidente dictó 249 decretos de necesidad y urgencia contra 176 proyectos de ley de origen en el Poder Ejecutivo (23). La cifra de decretos es incluso más elevada que la correspondiente al período de Carlos Menem, quien durante su segundo mandato emitió 144 decretos y, en sus 10 años de gobierno, alrededor de 370 (24). Y respecto de la actividad de la Comisión Bicameral, los números no son menos elocuentes. *La comisión comenzó a funcionar a fines de 2006 y en un año de labor aprobó todos los decretos de necesidad y urgencia dictados entre 1994 y 2007: 391 decretos* (25).

---

pertinente la lectura de los siguientes textos, desde una perspectiva constitucional: CAYUSO, Susana (2005): «Los decretos de necesidad y urgencia. Texto constitucional vs. Praxis constitucional», en *La Ley*, D, 961 y DALLA VIA, Alberto Ricardo (2005): «A diez años de la reforma constitucional», en *La Ley*, D, 1367; SERRANO, María Cristina (2008): «El rol del poder legislativo frente a las facultades legislativas del poder ejecutivo», en GENTILE, Jorge (Compilador), *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pp. 551-564; MIDÓN, Mario A. (2006): «Una ley contradictoria omisiva y claudicante», en *La Ley*, E, 1475; y SAGUÉS, Néstor P. (2006): «La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia (DNU.)», en JA V-1040 – SJA 18/10/2006, Lexis N° 0003/012879.

(23) Ver *La Nación*, 10 de septiembre de 2007.

(24) *Ibidem*.

(25) Ver Diario *Clarín*, Suplemento Zona, 4 de mayo de 2008.

## VI. LA REFORMA DE LA LEY DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA (LOS SUPERPODERES)

Otro proyecto de ley que suscitó la reacción de la oposición y que significó un aumento de poder del Ejecutivo fue la reforma de la ley de administración financiera conocida periodísticamente como la ley de los «superpoderes». Grosso modo, *con la modificación de la ley se permite al Jefe de Gabinete la reasignación de partidas presupuestarias modificando, de tal forma, las asignaciones decididas por el Congreso de la Nación.*

Resulta interesante traer aquí los fundamentos del proyecto presentado y que lleva las firmas del ministro de Economía, Felisa Miceli y del Jefe de Gabinete de ministros, Alberto Fernández. Una primera justificación fue la pertinencia de la reforma en cuanto se ajustaba a las competencias que la reforma de 1994 le atribuía a la nueva figura institucional introducida: la jefatura de Gabinete (26). Así se expresaba: «...debe tenerse presente que a través de la reforma constitucional de 1994 introdujo la figura del Jefe de Gabinete de Ministros. Así, por el nuevo artículo 100, inciso 7, de la Constitución Nacional, se establece que al Jefe de Gabinete de Ministros le corresponde hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional. Por tal motivo deviene necesaria la modificación propuesta, en atención a que el referido funcionario resulta responsable político ante el Congreso de la Nación en las materias señaladas precedentemente y a fin de adaptar la normativa vigente al cambio constitucional introducido a partir de 1994, puesto en ejecución durante el ejercicio 1995». En síntesis el fundamento gira en derredor de la competencia del jefe de Gabinete respecto a hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional.

Otra justificación era la autorización que se había otorgado al Jefe de Gabinete, desde 1997, para practicar las reasignaciones presupuestarias. Decía el mensaje: «Asimismo, cabe señalar que desde 1997, en diversas circunstancias, se ha autorizado al Jefe de Gabinete de Ministros a disponer de las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias sin sujeción a las limitaciones previstas en el artículo 37 de la ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, lo que ha facilitado a quien ejerce la administración general del Estado, un instrumento importantísimo en procura de lograr la optimización en el uso de los recursos públicos».

La fundamentación del accionar del Ejecutivo en el mantenimiento de la gobernabilidad fue otro argumento esgrimido: «Las facultades delegadas al Poder Ejecutivo Nacional en los sucesivos ejercicios presupuestarios, provinieron de la

---

(26) Sobre la Jefatura puede verse SERRAFERO, Mario D. (2005): «La Jefatura de Gabinete y los diez años de reforma», en *Jurisprudencia Argentina-Suplemento Derecho Administrativo, LexisNexis*, pp. 21-27 y SERRAFERO, Mario D. (2003): «La Jefatura de Gabinete y las crisis políticas: el caso De la Rúa», en *Revista SAAP, Publicación de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Política*, Vol. 1, n° 2, pp. 247-272.



necesidad de garantizar la gobernabilidad y la capacidad de respuesta del Estado en el marco de una crisis económica y social. Dicha capacidad de respuesta conduce a que el presupuesto no adolezca de rigideces que le impidan constituirse en un instrumento eficaz para la administración, de gobierno y de programación económica y social. En virtud de ello, resulta necesario que dicho instrumento pueda adaptarse a los cambios de coyuntura que eventualmente suceden durante los distintos ejercicios presupuestarios». *Aquí cabe resaltar que la apelación a la gobernabilidad es un recurso que viene ocurriendo cuando el poder quiere justificar medidas de excepción (27). En otras palabras, determinados decretos de los presidentes incluyen esta categoría académica para justificar la extensión o extralimitación de sus facultades e invadir otras órbitas de competencia.*

Finalmente, la ley de reforma establece en su artículo primero: «Sustitúyese el artículo 37 de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, por el siguiente: 'Artículo 37.— La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedan reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto. El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptuase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la Ley N° 25.917. El incremento de las partidas que refieran a gastos reservados y de inteligencia sólo podrá disponerse por el Congreso de la Nación».

La ley también contó con el rechazo de la oposición y se señaló que resultaba inconstitucional pues significaba una delegación en cabeza del Jefe de Gabinete que no se concedía con la normativa constitucional. Tampoco se respetaba la normativa constitucional en materia de delegaciones legislativas, pues la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional no es una materia de «administración o de emergencia pública» y el texto de la reforma no contempla un plazo fijo y determinado, requisitos que establece el artículo 76 de la Ley Fundamental (28).

Resta señalar otro hecho significativo que le dio a la presidencia mayores márgenes de manejo discrecional del presupuesto. Como ha señalado BIANCHI: «Pero tampoco es el Congreso quien establece el monto total del Presupuesto.

---

(27) Ver SERRAFERO, Mario D. (2005): *Exceptocracia. ¿Confín de la Democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, citado anteriormente.

(28) Ver GARCÍA BELSUNCE, Horacio (2006): «La Reforma a la Ley 24.156 de Administración Financiera. Sus vicios políticos y constitucionales», *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Bs. As.

Está comprobado que en los diferentes proyectos de Presupuesto elevados al Congreso durante su gestión, el presidente Kirchner ha calculado una recaudación menor a la real. Ello le ha permitido a lo largo de su gestión, manejar fondos extrapresupuestarios por un monto aproximado de 50.000 millones de pesos, lo que equivale, nada menos, al total de un ejercicio» (29).

## VII. CONCLUSIONES: ¿PRESIDENCIA REPUBLICANA O PRESIDENCIA HEGEMÓNICA? ¿MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN?

Cabe volver a las fuentes constitucionales y recordar que la Argentina posee un sistema representativo, republicano y federal. La *presidencia republicana* es un principio sobre la cual debe sostenerse el legítimo ejercicio del poder. Incluye el respeto de la división de poderes y la armonía propia de su equilibrio, la rotación de los cargos públicos y el desarrollo de las virtudes cívicas. En el otro polo, la *presidencia hegemónica* significa una apuesta por la concentración de poder en el aparato Ejecutivo diluyendo los controles interinstitucionales e intentando la perpetuación de los ocupantes de los cargos.

Como se señaló al principio, en la Argentina ha imperado un *presidencialismo* que en su segmento jurídico-institucional tuvo distintos modelos: el *presidencialismo fuerte* de la Constitución de 1853-60, el *presidencialismo hegemónico* de la Constitución de 1949 y el *presidencialismo fuerte reforzado* de la reforma de 1994. Y con las medidas tratadas en este trabajo, el presidencialismo fuerte reforzado de 1994 dio un paso más, un paso por cierto significativo. Las características relevantes serían las siguientes: a) la presidencia se expande y aumenta sus competencias en detrimento de los otros poderes; b) se incrementa su poder económico; c) aumenta su control hacia el poder Judicial; d) aumenta sus facultades legislativas; e) disminuye las instancias de control de los otros poderes sobre el Ejecutivo.

La ampliación de competencias es clara a través de las leyes que reglamentan los decretos de necesidad y urgencia y la de reforma de la ley financiera. Esta última implica un incremento de sus facultades en materia económica presupuestaria. El control del poder judicial surge de la influencia del oficialismo en la designación y remoción de jueces. El aumento de las facultades legislativas es patente pues con una sola cámara en su favor puede emitir decretos con fuerza de ley imposibles de ser derogados. Todo ello implica, a nivel diseño, un paso relevante hacia un esquema presidencial más hegemónico.

Este diseño jurídico-institucional podría facilitar la emergencia de un hiperpresidencialismo en la práctica política. Antes de estas reformas, el ejercicio de una presidencia hiperpresidencialista hubiera requerido de más recursos político-institucionales, ahora, el ejercicio de estas facultades incrementadas requerirán

---

(29) BIANCHI, Alberto (2007): «La deuda institucional», en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, tomo 67 n° 2, pág. 41.

menor poder político electoral. En otras palabras, bastará con ocupar la presidencia para tener, de pleno derecho, las facultades económicas otorgadas por la ley de superpoderes y por la reforma del Consejo de la Magistratura una influencia mayor en la Justicia. Respecto de las facultades legislativas, las alianzas que podrían tejerse en una de las cámaras —si no tuviere mayoría— asegurarían que el Ejecutivo se convirtiera en legislador extraordinario, frecuente e imbatible. Si la función del Congreso era obrar como taller legislativo, de aquí en más su tarea más significativa será lograr una oposición tal que pudiere oponer una suerte de «veto» a la voracidad legislativa presidencial. Nótese que el presidente puede vetar —total o parcialmente— una ley sancionada por ambas cámaras, pero para derogar un decreto de necesidad y urgencia no basta con una sola cámara. La facultad legislativa del presidente es casi superior a la del Congreso. Sólo un Congreso unido en contra del Ejecutivo puede torcer la voluntad presidencial en terreno legislativo.

Resulta obvio señalar que la contracara de la expansión del poder presidencial es la pérdida de peso de los otros brazos del gobierno —en sentido amplio—, en otras palabras, *significa un paso más a la conculcación de la doctrina de división de poderes que debe imperar en el régimen presidencial*.

En síntesis, con la reforma del Consejo de la Magistratura se otorgó al Poder Ejecutivo una influencia preponderante en la designación de los magistrados y en su sustitución. Con el proyecto de limitación de los DNU y los superpoderes se le restó competencias al Congreso en materias propias de su ámbito. *En estas medidas no cabe perder de vista que ha sido el propio legislativo quien conciente e irresponsablemente ha cedido sus facultades en pos del Ejecutivo*. Aquí, nuevamente, la *partidización* del Legislativo ha cedido a su carácter representativo. La oposición si bien ha estado en contra de estas medidas no acertó en transformar en causa pública estos temas que implicaban un rediseño institucional a favor de la concentración de poder en el Ejecutivo (30).

Parece ser que los Ejecutivos que obtienen nuevos triunfos electorales intentan —y muchas veces logran— traducir esa energía política en reformas que refuerzan no sólo sus poderes, sino que significan una democracia más alejada del diálogo interinstitucional. *Así la presidencia que por el renovado apoyo se presenta como más democrática, en realidad, se convierte en una presidencia menos democratizada*. Un diseño más equilibrado de poderes refleja mejor los vaivenes del apoyo electoral. En efecto, los resultados electorales en elecciones de medio término pueden implicar un aval a la presidencia o bien una contención a las políticas del Ejecutivo. Es que ese apoyo o censura debería reflejarse en las acciones del Legislativo. *Pero con las reformas aludidas, es más difícil que esta suerte de control competitivo pueda ejercerse*. Los recursos del gobierno y

---

(30) Si bien es cierto que, luego del triunfo de la oposición en las elecciones legislativas de 2009, se aprobaron nuevos proyectos de reforma del Consejo de la Magistratura y de la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia en la Cámara de Diputados, no pudieron convertirse en ley pues el Senado estaba dominado por mayoría oficialista.

la oposición se definen más por el lugar que se ocupa independientemente de los cambios de legitimidades que pudieren producirse a través de las elecciones intermedias. *Pero, lo que es aún peor, estas modificaciones implican un mayor desequilibrio entre los recursos institucionales del gobierno y los de la oposición.*

Además, los actos que son consecuencia de este tipo de reformas referidas están alejados de la visibilidad del gran público y transcurren en escenarios distintos al Legislativo donde, al menos, es posible ventilar temas y causas, más allá de las críticas consabidas acerca del funcionamiento parlamentario. El territorio aludido no es otro que el del dictado de decretos del Ejecutivo o el accionar de un Consejo de la Magistratura, cuya conformación se encuentra preestablecida en favor del oficialismo. *Este presidencialismo reforzado y exagerado al extremo puede navegar casi invisiblemente entre el gran público sin que se adviertan sus nuevos tentáculos que se incrustan, ahora, en los poderes Legislativo y Judicial.*

El kirchnerismo gobernante no se ha alejado demasiado de lo que ha sido un estilo de ejercicio del poder peronista en sus distintas versiones, de Perón a Menem. Pero tampoco se ha desprendido de lo que parece ser un reflejo condicionado del peronismo como «animal político» en el poder: *reformas institucionales que convierten a la democracia en una arquitectura institucional cuyo núcleo lo constituye un Ejecutivo que tiene una visión presidocéntrica extrema del sistema político y que tiene en mira a un régimen hegemónico como puerto de destino. Entretanto, cualquiera sea el signo político del poder de turno, la presidencia democratizada continua siendo una cuenta pendiente.*

Todavía resta referir que las medidas analizadas poco se compadecen con el régimen institucional definido y diseñado por la propia Constitución Nacional que, en su primer artículo dispone que «la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal». Es evidente que a través de estas tres reformas se compromete el equilibrio institucional que implica la fórmula constitucional. El elemento representativo y federal cede un poco más frente al avance del Ejecutivo en el terreno legislativo, pues las distintas expresiones políticas y territoriales no son las que conforman la voluntad de la norma que el decreto expresa. Y el elemento republicano se resiente también por este avance no sólo en campo legislativo, sino también en el judicial.

Las medidas analizadas en este trabajo podrían ser revertidas a través de nueva legislación dictada por el Congreso con el fin de morigerar el expansionismo del Ejecutivo. También es cierto que una oposición vigorosa dentro de un clima social de sesgo más republicano podrían evitar el abuso que, *per se*, implica el ejercicio de estas medidas (31).

---

(31) Al momento de cerrar este artículo ha transcurrido el primer año de la segunda gestión de la presidencia de Cristina Kirchner y las imágenes sociales de su gobierno y la de la gestión de su marido, el ex presidente Kirchner, se encuentran severamente cuestionadas respecto a su calidad institucional y su débil compromiso con el espíritu republicano que debería tener una democracia, a esta altura de los tiempos.

# **BIBLIOGRAFÍA**



COSCULLUELA MONTANER, Luis, y MEDINA ALCOZ, Luis (Directores): *Crisis económica y Reforma del Régimen local*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, 533 páginas.

**1.** La situación de crisis económica y la preocupación por la estabilidad presupuestaria y el control del déficit público afecta también a las entidades locales. Muchas de ellas han incurrido en un endeudamiento excesivo y tienen graves dificultades para hacer frente a sus compromisos con acreedores y suministradores, dada la importante disminución de unos ingresos que parecía que siempre habrían de incrementarse. Por ello están de plena actualidad los estudios y debates sobre el coste de los servicios, su eficiencia, la simplificación competencial y el empleo público, e incluso sobre la propia estructura de nuestra planta local.

De ahí el especial interés de este libro, que acopia antecedentes, doctrina y jurisprudencia, así como reflexiones y propuestas en torno a las diversas cuestiones que plantea el momento presente de nuestro régimen local. La publicación recoge trabajos de dieciséis autores, miembros o colaboradores de un Grupo de Investigación para el seguimiento y análisis de las reformas del régimen local, bajo la dirección de Luis COSCULLUELA MONTANER y Luis MEDINA ALCOZ. Dichos trabajos se estructuran en cinco partes: una perspectiva general; medidas de racionalización del mapa local; la financiación y la estabilidad presupuestaria; organización, competencias y servicios locales, y una perspectiva de Derecho comparado.

No es posible pretender efectuar un comentario pormenorizado de cada uno de esos trabajos, dada su variedad y extensión, por lo que la presente reseña ha de limitarse a informar del contenido del libro e incluir algunas reflexiones tras su lectura detenida.

**2.** Tras una presentación general de los problemas que plantea la reforma local y la propuesta de algunas ideas «de lege ferenda», que efectúa Luis COSCULLUELA MONTANER, la primera parte incluye dos estudios: Antonio EMBID IRUJO, en «*Crisis económica y reforma local*» considera perversa la relación que se pretende establecer entre ambas cuestiones, al imputar a las actuales estructuras locales una cierta responsabilidad en el surgimiento de la crisis; pone de manifiesto la improvisación y falta de reflexión con que se han abordado algunas medidas de disciplina presupuestaria, lo que exige en el futuro actuaciones más meditadas y, en este sentido, sugiere la posibilidad de, como se ha efectuado en otros países, constituir una Comisión parlamentaria que llevara a cabo un informe que garantizara la razonabilidad y prudencia de las medidas a adoptar. Por su parte, Angel SÁNCHEZ NAVARRO estudia «*Las propuestas de reforma del régimen*

*local en los programas electorales de los partidos políticos*», sintetizando los planteamientos, forzosamente heterogéneos, que sobre el régimen local formularon los diversos partidos políticos en sus programas, incluyendo temas como el sistema electoral o el futuro de las diputaciones provinciales.

**3.** Bajo el epígrafe global de «*Racionalización del mapa local*» se incluyen cuatro estudios, tres de ellos sobre la cuestión provincial y uno sobre la reducción del número de municipios. Luis COSCULLUELA MONTANER, en «*Problemática de la provincia como entidad local*», se refiere a su regulación histórica, en la Constitución de 1978, en la legislación básica y en los Estatutos de Autonomía, finalizando con un examen de los puntos débiles de la provincia en la actualidad (falta de intereses propios, reducción de costes), entendiendo que la apreciación de su función es muy distinta según las distintas Comunidades Autónomas. Manuel ZAFRA VÍCTOR, en «*La intermunicipalidad, modelo de Estado. La provincia en el Estado autonómico*», partiendo de considerar el municipalismo español como inviable, por su tamaño y dispersión, y necesitado de tutela de otros niveles de gobierno, defiende como alternativa la intermunicipalidad en sus distintas variantes. Y, tras analizar las tensiones entre Comunidades Autónomas y provincias, efectúa la defensa de la provincia como gobierno de la intermunicipalidad. Eloísa CARBONELL PORRAS, en «*¿Existe un criterio sobre las Diputaciones provinciales? Algunas reflexiones sobre la provincia en Andalucía*», se refiere al actual debate sobre la cuestión provincial y estudia el tratamiento dado a la provincia en Andalucía, en los Estatutos de 1982 y 2007 y su legislación de desarrollo, en especial la Ley de Autonomía Local de 2010. Concluye que ni el legislador ni la doctrina han mantenido un criterio claro sobre las diputaciones provinciales y, ante la dificultad de que en los próximos años se acometa una reforma constitucional que permita nuevas alternativas, plantea que, superando recelos y desconfianzas, podrá avanzarse en las relaciones de las diputaciones andaluzas con los municipios y en la transferencia o delegación de competencias autonómicas.

Manuel REBOLLO PUIG aborda «*La crisis económica y la oportunidad de reducir el número de municipios*». Analiza las posibilidades legales para fusionar o incorporar municipios, y se plantea si son un problema los pequeños municipios. Rechaza su eliminación masiva, y propone como posibles alternativas la previsión de regímenes diferenciados y adaptados a sus peculiaridades, la potenciación de las fórmulas de colaboración y la agrupación forzosa para la prestación de determinados servicios.

**4.** La parte tercera, «Financiación y estabilidad presupuestaria», contiene tres estudios. «*Las Haciendas locales en España: situación actual y perspectivas de futuro*», de Antonio LÓPEZ DÍAZ, analiza la realidad del sector local español: su diversidad, su ámbito de autonomía y sus aspectos financieros generales; «*La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria*», de Antonio MARTI DEL MORAL, estudia la reforma del artículo 135 de la Constitución y las



consecuencias que se derivan del principio de estabilidad presupuestaria que establece; «*La aplicación del principio constitucional de estabilidad presupuestaria a las entidades locales*», de Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, completa el estudio de este tema, planteando cuestiones como el potencial transformador de este principio, la limitación de endeudamiento de las entidades locales y la cláusula de la prioridad en el pago de los intereses y el capital de la deuda pública.

**5.** Bajo el epígrafe «Competencias y gestión de servicios públicos locales», dos capítulos: en «*Crisis económica y competencias impropias de los gobiernos locales*», Alfredo GALÁN GALÁN aborda un tema de la mayor actualidad, tanto por la falta de cobertura financiera de estas actividades como por el proyecto del Gobierno de delimitar estrictamente el ámbito competencial municipal. El autor centra su análisis en las competencias impropias entendidas como competencias de sustitución o de suplencia y sobre las diversas hipótesis para darles cobertura jurídica. En «*Sociedades locales, servicio público e insolvencia*», Ignacio CALATAYUD PRATS, ante la posible insolvencia de una sociedad pública, se refiere a la proyección del derecho concursal sobre las sociedades públicas de servicio público y a la contradicción de intereses que puede darse entre la prestación de un servicio público y su gestión mediante sociedad mercantil, sujeta a una posible declaración de concurso de acreedores. Ante los peligros que todo ello plantea, el autor concluye que no puede admitirse que cualquier tarea sea encomendada a sociedades mercantiles, y que el legislador debiera circunscribir la forma societaria a las actividades de mercado o en verdadera concurrencia con el sector privado.

**6.** La última parte del libro se dedica a una perspectiva comparada, con los siguientes estudios: «*Italia: la reforma del sistema provincial*», de Donata BORGONOVO RÉ; «*Portugal: el debate sobre la reforma de la Administración local*», de Marcos ALMEIDA CERREDA; «*Alemania: reformas de la legislación de régimen local en el contexto de la crisis económica*», de Julia ORTEGA BERNARDO; e «*Inglaterra: nuevas iniciativas sobre régimen local. Descentralización y lucha contra la crisis económica*», de María HERNANDO RYDINGS. En todos ellos se comentan las medidas adoptadas en esos países en relación con sus entidades locales, impulsadas y justificadas por la crisis económica, lo que siempre resulta de gran utilidad para contrastar problemas y planteamientos para afrontarlos y su posible aplicación a nuestra realidad.

**7.** La lectura del libro comentado plantea muchas reflexiones sobre la distintas cuestiones que se abordan en sus diversos capítulos, todos ellos sobre temas de palpitante actualidad. Vayan a continuación algunas consideraciones como aportación personal a este comentario.

Aunque impulsado ahora por la grave crisis económica, en lo que se refiere a la estructura municipal y a las provincias, nos encontramos ante un debate recurrente desde hace muchas décadas, que arroja como balance muchos estudios y aportaciones doctrinales pero ninguna decisión. En unos casos, se sigue

partiendo de cosas tan antiguas como el Informe de la Comisión de Expertos de 1981 o la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, en un momento en que las Comunidades Autónomas no eran sino un embrión, como si treinta años después no se hubieran producido cambios trascendentales en el escenario global y en la proyección de las distintas Administraciones públicas. Por otra parte, ante la inacción de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio y de reforma de su estructura local, no queda sino volver a repasar las distintas fórmulas jurídicas para compensar la impotencia de muchos pequeños municipios como Administraciones.

En cuanto a la actual preocupación por el déficit y la estabilidad presupuestaria como algo novedoso, nuestra legislación de régimen local desde siempre había situado como principio esencial que ningún presupuesto podría ser aprobado con déficit y que la previsión de los ingresos debiera evaluarlos con arreglo a los datos reales disponibles. Algo que, sin duda, no se ha cumplido en muchos casos durante años, o se han maquillado los datos, dando como resultado situaciones de muy difícil solución.

El Estado, por su parte, da la impresión de carecer de ideas claras sobre la reforma de las líneas básicas del régimen local. Primero, en abril de 2012, incluye en su Programa Nacional de Reformas, la medida de la agrupación de municipios; en julio de 2012 se anuncia la supresión general de mancomunidades y entidades locales menores; y, en febrero de 2013, se informa un Anteproyecto de ley que condiciona cualquier actuación a un proceso previo de evaluación de la eficiencia de los servicios municipales, labor muy difícil y complicada de ejecutar. ¿Se trata sólo de aparentar ante Europa?

Es sobradamente conocido que la estructura municipal y el papel de las Diputaciones provinciales no es una mera cuestión teórica u organizativa. Cualquier reforma profunda afecta a la distribución territorial del poder político y a muy diversos intereses. Pero la gravedad de la situación actual en relación con la sostenibilidad de los servicios públicos y el ejercicio de las competencias, y un futuro previsible poco optimista, debería llevar a abordar cuando antes la revisión de estructuras, competencias y financiación de las entidades locales.

Ramón SALANOVA ALCALDE

PÉREZ-DÍAZ, Víctor; MEZO, Josu y RODRÍGUEZ, Juan Carlos: *La crisis y las autonomías. La sociedad española ante la crisis económica y el sistema de las autonomías*, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2012, 206 pp.

Este libro constituye el desarrollo y comentario de los resultados arrojados por una encuesta realizada por los autores a una muestra representativa de la población española situada en una franja de edad entre los 18 y los 75 años. Como es perceptible desde el propio título, tanto en las concretas preguntas efectuadas, como en su análisis se dan cita dos temas de especial importancia y actualidad: la crisis y el debate en torno a nuestro modelo autonómico; en ocasiones, estableciéndose una relación entre ellos.

Si bien es cierto que ambas cuestiones han sido observadas desde el punto de vista estadístico —por ejemplo, el Centro de Investigaciones Sociológicas (o su predecesor, el Instituto de la Opinión Pública), como es sabido, viene publicando estudios sobre regionalismo y Comunidades Autónomas desde finales de los años setenta del pasado siglo—, la verdad es que suelen primar las reflexiones doctrinales. Creo necesario que sigan existiendo estas, pero estimo beneficioso que la elaboración de argumentos intelectuales no pierda el anclaje con la realidad aportada por la opinión de los ciudadanos, en tanto que punto de partida obligatorio desde la perspectiva de la exigencia democrática, así como desde la necesaria para la elaboración de propuestas resolutivas.

La encuesta —el libro— se divide en tres partes: «La crisis económica», «El funcionamiento del sistema de las autonomías» y «Sentimientos, identidades y sistema de las autonomías». Se trabaja fundamentalmente con base en dos parámetros: el político —que se centra en los electores de los dos principales partidos españoles— y el territorial —desglosando del total los resultados arrojados en las Comunidades Autónomas de Cataluña y el País Vasco—.

Es importante aclarar previamente la fecha de realización de la encuesta, llevada a cabo entre el 13 y el 21 de septiembre de 2011. A pesar de que el tiempo transcurrido entre la realización de la encuesta y la publicación de este libro no es excesivo (ni siquiera quizás lo es entre la realización de la encuesta y la de esta reseña bibliográfica), sí que es lo suficientemente importante como para advertir posibles cambios en las corrientes de opinión y, de manera sustancial, en los aspectos concretos con que determinados temas protagonistas de la actualidad política y social se presentan hoy.

No es la tarea de estas breves líneas la de comentar de manera exhaustiva el contenido de este libro, máxime cuando este no es sino el comentario autorizado de los resultados obtenidos en la propia encuesta. No obstante, existen algunas opiniones que conviene resaltar por su importancia.

Por ejemplo, en la esfera económica, la opinión de la ciudadanía apunta, como no podía ser de otra manera, a una situación muy mala; pero no tanto como para propiciar una salida de España del euro. Por otra parte, la polémica reforma del artículo 135 de la Constitución Española, llevada a cabo en septiembre de 2011, parece encontrar un apoyo mayoritario en los votantes tanto del Partido Popular, como del Partido Socialista.

Es importante también poner el foco en las opiniones que llevan a un cambio de dirección con respecto a las manifestadas en ciertas encuestas históricas, si bien los autores son cautelosos al declarar que no puede hablarse todavía de un cambio de tendencia. Me refiero al crecimiento de las actitudes menos autonomistas, vinculadas muy probablemente a la crisis económica. Las opiniones en Cataluña y en el País Vasco son, sin embargo, distintas, y van en la dirección contraria. Estas diferencias entre estas dos Comunidades y el resto de España desaparecen cuando lo que se analiza es la falta de coordinación interautonómica, carencia en cuya identificación hay acuerdo. En general, hay dudas sobre la eficiencia del sistema autonómico y los ciudadanos (con la excepción de vascos y catalanes) perciben que las Comunidades Autónomas tampoco son eficaces a la hora de gestionar el dinero público. Aparte algún dato no exento de importancia —como el de recordar que, según las encuestas de la propia Generalitat de Cataluña, el sistema de financiación era el undécimo problema para los catalanes—, la opinión general es la del acuerdo con el modelo autonómico, si bien dentro del marco de esa lucha entre fuerzas centrípetas y centrífugas en que se halla envuelto.

Por lo que hace al tema de las identidades y los sentimientos, la encuesta ofrece resultados muy interesantes. Por lo pronto, lo que se pone fundamentalmente de manifiesto es que —quizás debido al papel nocivo de determinados discursos políticos— existen errores y prejuicios en torno a la creencia en lo que los demás piensan de uno mismo: Cataluña, País Vasco y el resto de España son los tres sujetos protagonistas de este malentendido. En realidad, los ciudadanos de esas tres «unidades» manifiestan actitudes más favorables al entendimiento mutuo de lo que suele hacerse creer y se mantienen estables los sentimientos de identidad colectiva a lo largo de estos más de treinta años. Siendo esto cierto, también lo es que el 58,8% de los catalanes, el 64,3% de los vascos, pero también el 40,5% del resto de los españoles están a favor de una reforma constitucional que permita a los ciudadanos de una Comunidad Autónoma votar en referéndum si quieren o no seguir formando parte de España. Vuelvo a recordar la importancia de saber cuándo se efectuó esta encuesta; en un momento previo a que este asunto adquiriese en Cataluña la importancia que ha ido tomando. Pero los resultados de este estudio también ponen de manifiesto algo que el poder político dominante en Cataluña trata de minimizar: me refiero a lo dificultoso de un hipotético proceso de independencia, así como a los costes del mismo. Si nos centramos en estos costes, debe decirse que la mitad o más de la población catalana (y también de la vasca) opinan que se trataría de «un

proceso conflictivo que dejaría secuelas en el tiempo, tanto en la relación de esa comunidad con España, como en lo que se refiere a las divisiones internas en la comunidad autónoma».

Nos encontramos, en definitiva, ante una útil e interesante guía, cada día más necesaria, para orientarnos en las turbulentas aguas de nuestra actualidad política y económica. Una muestra de que, a pesar de los discursos que prevalecen en el espacio público, la ciudadanía conserva buenas dosis de sensatez, voluntad de entendimiento y claridad de juicio. Los responsables políticos harán bien —por imperativo democrático y por solvencia— en no darle la espalda.

Enrique CEBRIÁN ZAZURCA





