



Revista Aragonesa
de
Administración Pública

49-50
2017

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

49-50

Año 2017

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) 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

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

SUMARIO

RArAP núm. 49-50 (2017)

	<i>Páginas</i>
<i>Consejo de Redacción y Consejo Asesor</i>	5
<i>Lista de colaboradores</i>	6
<i>Franck Moderne, profesor y maestro, 1935-2017 (A. LÓPEZ DE LA OSA)</i>	8
<i>Semblanza académica del profesor Lorenzo Martín-Retortillo. Laudatio pronunciada con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Lérida (J. M. PEMÁN GAVÍN)</i>	11
 ESTUDIOS	
J. R. FUENTES I GASÓ: <i>El régimen jurídico de prevención de peligros en Alemania: la vigencia de un modelo histórico</i>	26
B. SORO MATEO: <i>Construyendo el principio de precaución</i>	87
F. J. GALICIA MANGAS: <i>El régimen jurídico de la Inspección de Educación</i>	152
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>Historia y Derecho en la configuración de la fuerza pública colombiana</i>	196
 DEBATES	
J. L. VILLEGAS MORENO: <i>La tauromaquia como valor cultural y medioambiental. Una aproximación comparada</i>	231
B. TRIÁS PRATS: <i>La contraprestación de los servicios públicos concesionados: pasado, presente y futuro?</i>	257
L. A. DE DIEGO DíEZ: <i>Multas coercitivas a autoridades y funcionarios hostiles al cumplimiento de las sentencias</i>	290
M. M. CUYÁS: <i>Algunas reflexiones sobre la privatización aeroportuaria en la experiencia francesa</i>	318
A. D. LEIVA LÓPEZ: <i>Balance neto energético. Estado de la cuestión en EE. UU. ...</i>	343
H. IGLESIAS SEVILLANO: <i>La comunicación de la nulidad de las leyes declaradas inconstitucionales a los decretos legislativos a los que se incorporan</i>	370

SUMARIO

UNIÓN EUROPEA

- C. CIERCO SEIRA: *La recepción de la Directiva de Servicios como factor de impulso de la Administración electrónica y espejo de alguno de sus principales riesgos* 401
- R. PÉREZ GUERRA: *La regulación jurídico-administrativa de la intermediación turística a la luz de la nueva Directiva de viajes combinados: las agencias de viajes en Andalucía* 432
- A. OLMEDO GAYA: *El proceso de liberalización gradual del transporte ferroviario en la Unión Europea*..... 454
- G. CASTRO MARQUINA: *La división en lotes: panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas Directivas sobre contratación pública*..... 500

CRÓNICAS

- S. DE MIGUEL ARIAS, *El incremento del gasto social y la inversión pública en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2017* 568

BIBLIOGRAFÍA

- M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI (dir.), *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis, 2015* (D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO) 588
- S. DEL MOLINO, *La España vacía. Viaje por un país que nunca fue, 2016* (F. LÓPEZ RAMÓN) 591
- J. RÍOS SIERRA, *Breve historia del conflicto armado en Colombia, 2017* (F. LÓPEZ RAMÓN) 593

CONSEJO DE REDACCIÓN

Sergio PÉREZ PUEYO
Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Enrique GIMÉNEZ ALLUEVA
Director General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario

Manuel GALOCHINO MORENO
Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

Agustín GARNICA CRUZ
Director del Instituto Aragonés de Administración Pública

Julio César TEJEDOR BIELSA
Secretario General Técnico de la Presidencia, Gobierno de Aragón

Vitelio TENA PIAZUELO
Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

Ignacio ZARAZAGA CHAMORRO
Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

José BERMEJO VERA
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

CONSEJO ASESOR

Antonio CAYÓN GALIARDO
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Complutense de Madrid

Manuel CONTRERAS CASADO
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELLÚ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN
Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ
Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO
Letrada de las Cortes de Aragón

LISTA DE COLABORADORES

CASTRO MARQUINA, Gonzalo: Becario de Investigación, Justicia de Aragón, Zaragoza.

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

CUYÁS, María Mercedes: Profesora Asociada de Derecho Administrativo, acreditada como Profesora Ayudante Doctora, Universidad de Gerona.

DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de: Magistrado, Profesor Asociado Doctor de Derecho Procesal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

GALICIA MANGAS, Francisco Javier: Inspector de Educación, doctor en Derecho, Universidad de Zaragoza.

IGLESIAS SEVILLANO, Héctor: Abogado, Madrid.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: Contratado predoctoral FPU (MECD), área de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso: Director del *Center for US and Mexican Law*, Universidad de Houston (Estados Unidos).

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

MIGUEL ARIAS, Sabina de: Profesora Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario.

OLMEDO GAYA, Ana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

PEMÁN GAVÍN, Juan María: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lérida.

PÉREZ GUERRA, Raúl: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

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

TRÍAS PRATS, Bartomeu: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.

VILLEGAS MORENO, José Luis: Profesor Titular Doctor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental, Universidad Católica del Táchira, Venezuela.

FRANCK MODERNE, PROFESOR Y MAESTRO (1935-2017)

ALFONSO LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO

El profesor Franck Moderne ha fallecido recientemente en la ciudad de Pau, en el sur de Francia. Eminente profesor y maestro de Derecho público de las Universidades de *París I – Panthéon-Sorbonne* y de la Universidad de *Pau et des Pays de l'Adour* en Francia, entre muchas otras, su doctrina y obra eran muy extensas y su trayectoria académica transcendía las fronteras francesas. De hecho, el profesor Moderne sentía un apego especial por España y los países de Latinoamérica, siendo fundador del *Institut d'Études Juridiques Franco-Espagnoles (Instituto de Estudios Jurídicos Franco-Españoles)* en 1973 y del *Institut d'Études Ibériques et Ibérico-Américaines (Instituto de Estudios Ibéricos et Iberoamericanos)* de la Universidad de Pau en 1975, como centros de reflexión académica independiente y comparada en un momento crucial de la historia política española. Entre sus muy variados méritos, había sido condecorado con la Cruz de Isabel la Católica y era Doctor *honoris causa* por la Universidad Complutense de Madrid.

En el año 2013, cuando pasé a formar parte del *Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos* como Profesor investigador de Derecho público, bajo la dirección del profesor Olivier Lecucq, así como del Centro *Pau-Droit Public* que dirige el profesor Jean Gourdou en aquella misma universidad, se podía apreciar que ambos centros universitarios habían quedado fuertemente marcados por la producción académica del profesor Moderne, y en ellos su legado permanecía vivo y sigue estándolo en la actualidad. Durante los dos años que duró mi estancia docente e investigadora en Pau, pude visitar regularmente al profesor Moderne ya jubilado en su casa de esta regia ciudad bearnesa y conversar con él. Aun cuando el paso del tiempo parecía obstinado en no querer respetar su mente privilegiada, ésta a su vez replicaba con mayor fuerza enfrentándose a él, y demostrándole que seguía por momentos construyendo sólidos razonamientos jurídicos sobre los más variados temas (desde la protección de los derechos humanos a la protección de la salud, pasando por el marco legal de las lenguas minoritarias), dejando el profesor Moderne siempre un hueco especialmente importante en el recuerdo para sus grandes colegas franceses como el profesor Louis Favoreu, o españoles, como D. Eduardo García de Enterría o D. Sebastián Martín-Retortillo, su querido amigo «Chano», con quienes creo seguro desde algún lugar, ya disfruta repen-

sando el Derecho administrativo. Con D. Sebastián tendré siempre una deuda de gratitud, pues gracias a él tuve el privilegio de conocer al profesor Moderne y que tuviera a bien dirigir mi tesis doctoral. D. Sebastián había sido profesor mío de Derecho Administrativo II en el Grupo especial de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, y fui a verle al terminar mis estudios con la intención de realizar una tesis de Derecho comparado entre Francia y España sobre la responsabilidad extracontractual de las Administraciones sanitarias, de preferencia en una universidad francesa. Enseguida pensó D. Sebastián en el profesor Moderne y en la Universidad de París I – Panthéon-Sorbonne. A las pocas semanas, concertamos una reunión en París, en la que pude entregarle al profesor Moderne una carta de presentación escrita por de D. Sebastián y exponerle mi proyecto, deseando contar con su anuencia: fue el comienzo de mi expatriación durante casi cinco años a la ciudad de las luces, bajo la dirección de quien sería para siempre mi maestro.

Su prolífica producción académica y su renombre le precedían, y sirvió de referente para la construcción del Derecho administrativo en numerosos países de Latinoamérica, así como en la evolución de este derecho en España y Francia, siendo fuente de aprendizaje e inspiración de aquellas personas que sentíamos pasión por el Derecho administrativo. Su investigación abarcó los más diversos ámbitos, desde la justicia constitucional, a los contratos administrativos (la subcontratación, los contratos de obra pública y de prestación de servicios), hasta el Derecho de los entes locales, pasando por los derechos fundamentales, la responsabilidad extracontractual de la Administración sanitaria (entre otros temas, por los daños causados por las vacunaciones obligatorias), o por el Derecho de lo contencioso-administrativo. Llevó a cabo incluso incursiones en el Derecho privado, estudiando por ejemplo el Derecho inmobiliario, o la figura de los despidos por causas económicas.

El profesor Franck Moderne es considerado hoy el fundador de la Escuela de Derecho público de la Universidad de Pau, a la que tanto apego tiene el Consejo de Estado francés y que manifiesta en sus reuniones anuales en el Bearne, escuela que quedaría impregnada por su manera de organizar la investigación académica, desde una perspectiva crítica, profunda y rigurosa, pero alejada de formalismos innecesarios. El profesor Moderne acudía en numerosas ocasiones al método de Derecho comparado para escribir sus artículos doctrinales. Así, fue el Director desde su creación en 1991 del Diploma de estudios doctorales (Diplôme d'Etudes Approfondies, DEA) titulado *Droit public comparé des Etats Européens (Derecho público comparado de los Estados Europeos)*, curso que pude realizar en el año 1996, previamente a mi inscripción en la Escuela Doctoral de París I. Muchos de quienes estudiamos este diploma, quedamos contagiados para siempre por el interés del profesor Moderne en las construcciones de Derecho comparado. Esta misma pasión fue su motor intelectual a la hora de acudir casi anualmente hasta su jubilación, a impartir

doctrina y contribuir a la construcción y consolidación del Derecho administrativo y constitucional en varios países de Latinoamérica (México, Argentina, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Uruguay, Guatemala, Perú o Bolivia). En mi caso, sus razonamientos de Derecho comparado dejaron una especial mella que ha guiado mi actividad investigadora desde entonces.

Hombre independiente, pero accesible a la vez por parte de quien necesitara su ayuda, trataba sin imposición de inculcar estos valores en sus alumnos y doctorandos, ayudándonos a gestionar a su vez de manera independiente nuestra investigación y entrega de los capítulos de tesis que fuéramos escribiendo: «*continuez votre recherche et continuez à écrire*» (« *siga investigando y siga escribiendo*»). Consejo que sorprende por su sencillez, o tal vez sabiduría, de quien sabe que todo buen trabajo de investigación requiere sobre todo tenacidad en la investigación y composición del texto, tras enfrentarse el autor consigo mismo.

Codirector de la *Revue Française de Droit Administratif* con el profesor Pierre Delvolvé, que luego codirigiría su sucesor al frente de la Dirección del *Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos* en la Universidad de Pau, el profesor Pierre Bon, el profesor Moderne fue también codirector de la Enciclopedia Jurídica Dalloz. La editorial Dalloz era su segunda casa. A su despacho en este prestigiosa casa de ediciones francesa, se unía su despacho de la Universidad de París I en la rue Malher del 4º distrito de París, su despacho en la Facultad de Derecho de la Universidad de *Pau et des Pays de l'Adour*, y sus despachos en Villa Sadaa su casa de Pau y en su piso del 17º distrito en París. Incluso podríamos considerar como despacho *ad hoc* el tren de noche que semanalmente tomaba uniendo las ciudades de Pau y París, donde igualmente escribía con regularidad su extensa obra. Su capacidad analítica, prodigiosa memoria y constante inspiración eran fabulosas, siendo capaz de escribir de manera espontánea durante una comida en un folio, el comienzo de un artículo mientras lo comentaba en voz alta, incluyendo desde ese mismo instante, completas referencias en notas a pie de página, con el uso exclusivo de su memoria, para gran fascinación de quienes lo presenciábamos.

Su versatilidad era tal que participaría incluso de manera relevante en el diseño arquitectónico del edificio original de la Facultad de Derecho de la Universidad de *Pau et des Pays de l'Adour* en los momentos de su creación, fue de hecho un importante promotor de la misma, recientemente ampliado sobre la base de similares premisas.

El profesor Franck Moderne deja un legado impagable al Derecho público francés, español y latinoamericano. Su obra permanece viva en la Universidad y entre los estudiosos del Derecho administrativo y seguirá siendo por siempre fuente de inspiración para quienes profundicen en esta fundamental y atractiva rama del Derecho. *Merci beaucoup Professeur Moderne, toujours.*

**SEMBLANZA ACADÉMICA DEL PROFESOR
LORENZO MARTÍN-RETORTILLO**
***Laudatio* pronunciada con ocasión de su
investidura como Doctor *Honoris Causa*
por la Universidad de Lérida^(*)**

POR JUAN MARÍA PEMÁN GAVÍN

I. Asumo con mucho gusto el encargo que se me ha hecho para presentar o apadrinar al profesor Lorenzo Martín-Retortillo en su investidura como Doctor *Honoris Causa* por esta Universidad, en ejecución de la decisión tomada por su Consejo de Gobierno en su reunión del pasado 25 de noviembre, en la que se acordó la concesión de este título al prof. Martín-Retortillo en atención a la relevancia de su trayectoria académica y de su magisterio, que excede con mucho los límites de una concreta Universidad y de una concreta disciplina académica.

Al cumplir este encargo, que constituye para mí un gran honor, es mi deseo expresar no sólo unas percepciones o vibraciones estrictamente personales, sino que intentaré reflejar también un sentir compartido por muchas personas que han tenido la oportunidad de beneficiarse del magisterio del prof. Martín-Retortillo en unas u otras circunstancias, empezando por los profesores que integran el área de Derecho Administrativo de la Universidad leridana, pero intentando erigirme también de alguna manera en portavoz de toda la comunidad integrada en esta Universidad, e incluso del conjunto de la «comunidad académica», en la acepción más amplia que tiene este concepto. Un concepto que, de acuerdo con la mejor tradición universitaria, tiene unos límites difusos, en la medida en no conoce fronteras y alude a una realidad esencialmente abierta.

(*) Se incluye el texto redactado como *Laudatio* para la solemne sesión de investidura del prof. Lorenzo Martín-Retortillo como Doctor *Honoris Causa* de la Universidad leridana; sesión que tuvo lugar el día 5 de mayo de 2016 ante un numeroso público formado, sobre todo, por un nutrido grupo de discípulos y colegas del profesor Martín-Retortillo, pero también por sus familiares y amigos así como por diversa autoridades académicas y profesores de la Universidad de Lleida. Respecto del texto preparado para la ocasión, suprimo ahora tan sólo algunas fórmulas iniciales y finales de cortesía y protocolo.

II. La exposición de los motivos que justifican la concesión del título de Doctor *Honoris Causa*, exige explicar y glosar la trayectoria académica de la persona distinguida, lo cual en el caso que nos ocupa resulta, por un lado, un cometido muy fácil, pero entraña también a la vez alguna dificultad.

Es por un lado fácil, en cuanto que sobreabundan los aspectos a considerar, pues la trayectoria académica del profesor Lorenzo Martín-Retortillo proporciona, numerosos datos y materiales que emergen con mucha facilidad para cualquiera que se aproxime a su biografía, tanto desde la experiencia personal que proporciona el conocimiento y trato directo con su persona, como si se adopta una perspectiva más institucional o externa y se repasan los datos objetivos reflejados en su *curriculum* académico.

Desde la primera perspectiva aludida, esto es, la del conocimiento personal, debo decir que en mi caso son muchos los recuerdos que me vienen a la memoria al repasar mi propia andadura universitaria, especialmente en su fase inicial, a partir del curso 1976-1977 (en plena Transición política, hace casi ¡40 años!) en que tuve mi primer contacto con los estudios de Derecho Administrativo como alumno de la asignatura, precisamente de la mano del prof. Martín-Retortillo, en una etapa por cierto particularmente intensa de su biografía, dada su presentación como candidato al Senado en las elecciones generales de 1977 de las que saldrían las Cortes Constituyentes. Un contacto inicial que prepararía los cimientos para mi posterior incorporación —una vez terminada la Licenciatura— al Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza como profesor ayudante.

Es decir, el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, que por entonces ya era un Catedrático consolidado, fue alguien que confió en mí cuando yo era algo así como un simple «aspirante a aprendiz», que estaba tan «verde» como lo están ahora los alumnos de la misma edad; yo era entonces un muchacho estudioso, como tantos otros, pero que tuvo el privilegio de contar con la orientación y el paternal acompañamiento de una persona con visión de las cosas a largo plazo y que creía en lo que hacía. Al revivir esa etapa, no puedo dejar de recordar el esmero y la meticulosidad con la que revisaba y comentaba mis primeros trabajos; el gesto que significaba las separatas de sus publicaciones que me entregaba con pequeñas dedicatorias, las conversaciones sostenidas en el recorrido que algunas veces compartíamos de regreso a casa una vez concluida la mañana de trabajo en la Facultad, o los apoyos a través de orientaciones y contactos que facilitaron mis estancias de investigación en el extranjero.

No procede por supuesto abundar en esta ocasión en los recuerdos personales, pero si me permito hacer aquí una mención o apunte sobre ellos es porque estoy seguro de que reflejan una experiencia que es compartida —con unos u otros matices— por muchos de los que nos congregamos hoy en esta

sesión: lo que cuento es un simple botón de muestra de una manera de hacer las cosas que el prof. Martín-Retortillo ha practicado desde siempre, basada en eso que podemos llamar, con toda propiedad, *amistad académica*. Amistad académica que es una forma de la amistad con rasgos peculiares respecto a otras variantes de la misma, que se caracteriza por vincular a personas que cultivan el gusto por el conocimiento y que entienden que ese conocimiento no sólo no se pierde sino que se enriquece y potencia cuando se comparte con otros. Una amistad académica que a su vez tiene diversas variantes, entre las cuales encaja con perfecta naturalidad la que se da entre personas de distinta generación, e incluso entre personas a las que separa dos generaciones. En este contexto, la labor del maestro consiste, según el testimonio de quien va a ser nuevo Doctor *Honoris Causa* por esta Universidad, en orientar a los que vienen detrás, en compartir con ellos las propias indagaciones y hallazgos, así como sugerir y estimular, pero sin imponer el propio estilo, y menos aún el propio pensamiento, y dejando, si se me permite la metáfora, que cada arroyo fluya por su propio cauce hasta que adquiera consistencia y consolide su propio proyecto personal. Y entonces la amistad no desaparecerá sino que proseguirá, aun con otros registros y otro reparto de papeles, pero sin perder nunca sus rasgos esenciales, entre ellos el imprescindible componente de gratitud, es decir, nadie cobra y nadie paga por los servicios que se prestan, entre otras cosas, porque no se contabilizan —la contabilidad no encaja aquí de ninguna manera—.

Pero decía también que el cometido que se me ha asignado tiene su dosis de dificultad, pues la abundancia de aspectos a considerar plantea problemas de selección y genera no pocas dificultades a la hora de intentar expresar, en términos razonablemente breves, los rasgos más relevantes de una trayectoria académica particularmente rica que ha producido muy numerosos y variados frutos. Porque si algo acredita la consideración de la trayectoria personal y universitaria del prof. Martín Retortillo es que la vida humana puede dar mucho de sí y resultar enormemente fecunda si uno acierta a encontrar una orientación clara y constructiva, y si se trabaja de manera perseverante haciendo cada día la parte del camino que toca, a veces contra viento y marea, y si además, como es también el caso del profesor Martín-Retortillo, acompañan la salud y la fortaleza de ánimo, de modo que uno puede llegar a ver fructificar las apuestas y proyectos de ciclo largo, esto es, los frutos de la siembra que se realizó años atrás.

Así las cosas, resulta necesario reducir al mínimo la mención de los datos puramente biográficos de carácter objetivo y en cambio me centraré en dar algunas pinceladas que intenten reflejar lo más relevante del legado intelectual y moral del prof. Martín-Retortillo con una aproximación más sustantiva o cualitativa que descriptiva. Y trataré de hacerlo además desde una cierta sobriedad en los datos, y especialmente en los adjetivos, pues entiendo que esa línea

de sobriedad es la que encaja con el propio estilo del prof. Martín-Retortillo y, por otro lado, considero que las cosas se pueden decir con claridad pero a la vez con sencillez.

III. A. Pensando esencialmente en quienes nos acompañan en la sesión de esta tarde sin formar parte del colectivo o «gremio» de los administrativistas, daré cuenta sucintamente de los hitos más relevantes de la biografía académica del profesor Martín-Retortillo (1).

Nacido en Huesca en el seno de una familia numerosa, Lorenzo Martín-Retortillo cursa entre 1953 y 1958 la Licenciatura de Derecho en la Universidad de Zaragoza, a la que se incorporaría como auxiliar en 1959, trasladándose a continuación a Bolonia para cursar el doctorado en el Real Colegio de España. Inicialmente sus pasos se orientaban hacia la Hacienda Pública, pero finalmente se inclinará, al terminar su estancia en Bolonia, por la disciplina del Derecho Administrativo, atraído por el empuje intelectual y la sugestiva capacidad de liderazgo académico del prof. Eduardo García de Enterría.

A partir de ahí, desarrolla una brillante carrera como profesor universitario marcada por la intensidad y la movilidad: ayudante en Valladolid con García de Enterría (1962), becario de la Fundación March en la Universidad de Tubinga (1963), ayudante y profesor adjunto en la Universidad Complutense de Madrid (1964-1967), Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (1967-1971), y posterior traslado a Zaragoza en 1971, donde permanecería 17 años, hasta 1988, fecha en la que se incorporará de nuevo a la Universidad Complutense de Madrid, en la que ha sido Catedrático hasta su jubilación en 2006, y luego profesor emérito.

B. Fiel a mi compromiso de sobriedad, no puedo dar cuenta de distinciones y reconocimientos obtenidos —me limitaré a destacar, como muestra de la *auctoritas* que se le otorga dentro de los administrativistas, que fue el primer Presidente de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo, de la que continúa siendo su Presidente honorífico—, sino que tan sólo quiero glosar globalmente lo que han sido las dos dimensiones esenciales de su trayectoria académica:

1) En primer lugar, su obra escrita es ciertamente importante, y completísima en cuanto a su variedad temática y en cuanto al «género» o tipo de trabajos en que se plasma (monografías jurídicas, comentarios legales y juris-

(1) Para mayores detalles me remito a la excelente síntesis biográfica, llena de evocaciones personales y sugerentes apuntes, escrita por Luis MARTÍN REBOLLO, *Lorenzo Martín-Retortillo, crónica de una vida, noticia de una obra*, que constituye la introducción al libro colectivo *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, 2 volúmenes, Zaragoza, 2008.

prudenciales, estudios de Derecho comparado, prólogos y estudios preliminares de obras ajenas, reseñas, etc.).

Desde aquel ya lejano año 1959, en el que publicó su primer estudio en la Revista de Administración Pública («El nuevo texto único italiano de los impuestos directos»), estando todavía como doctorando en Bolonia a la edad de 23 años, no ha levantado el pie del acelerador hasta hoy mismo. No ha desfallecido en su cita cotidiana con la palabra escrita, alimentada siempre de buenas lecturas, y de una mirada atenta y aguda a la realidad circundante, con un estilo muy cuidado y un castellano particularmente rico que forman parte del sello o impronta personal que está presente en todos sus textos, que son siempre un ejemplo de prosa elegante y de buen decir. De esta cita cotidiana con la palabra escrita (¡qué gran invento de la Humanidad!; añade un elemento de perdurabilidad a otro gran invento, la palabra hablada) son fruto la treintena de libros publicados, los numerosos libros colectivos dirigidos, así como un innumerable conjunto de estudios y artículos publicados en muy diferentes contextos y formatos.

Porque el profesor Martín-Retortillo ha sido y es, quizás antes que nada, *jurista* y *escritor*, empleando los dos adjetivos que le gusta añadir a su firma para identificarse de forma abreviada ante el mundo no académico; adjetivos que expresan ingredientes esenciales de su manera de ser y de estar en la vida académica, y aun en la vida en general, habida cuenta de que el contenido de sus escritos excede con mucho de las temáticas jurídicas, para adentrarse también a veces en cuestiones históricas, literarias o artísticas. Cosa que hace pretrechado de una gran sensibilidad y cultura humanística.

2) La segunda faceta que no puedo dejar de destacar en esta visión de conjunto está en realidad muy unida a la anterior, pero adquiere sustancia propia y es necesario resaltarla: su vocación docente, es decir, su condición de *profesor vocacional*, que ha considerado siempre unida a su condición de estudioso.

Y a partir de ahí, su condición de *profesor de profesores*, esto es, de universitario que ha alimentado y orientado a otros universitarios contribuyendo decisivamente a su formación; faceta que ha cultivado siempre pero que, andando el tiempo, se ha convertido en una dimensión particularmente remarcable de su quehacer universitario. Esta dimensión se ha plasmado por supuesto en el momento académicamente decisivo de la dirección de tesis doctorales, pero se ha proyectado también en el seguimiento posterior de los pasos de sus doctorandos, cualesquiera que sean los derroteros que hayamos seguido, en los cuales hemos contado siempre con el consejo y el apoyo de nuestro maestro.

En este plano de la formación de universitarios, creo que la labor del profesor Martín-Retortillo no tiene parangón, alcanza unos números y un porcentaje

de «éxito» realmente apabullantes, y constituye un referente inalcanzable para los que vamos detrás. Porque son el reflejo de unas cualidades muy personales que son muy difícilmente repetibles, entre ellas una encomiable generosidad y una paciencia admirable. Cualidades que, por otro lado, él proyecta no sólo sobre sus discípulos, sino sobre los discípulos de sus discípulos, así como sobre los colegas y amigos, a los que proporciona siempre comentarios atinados, referencias de interés, sugerencias de lecturas, etc.

C. En los dos planos reseñados, el de la investigación y el de la formación y dirección de investigadores, los datos son ciertamente elocuentes y hablan por sí solos. Pero como sucede en la trayectoria vital de cualquier persona, detrás de los hechos hay siempre experiencias e impulsos vitales que resultan determinantes, hay «claves biográficas» que nutren el motor interior de cada uno, a veces de manera expresa y consciente, y otras veces no tanto. En el caso de una trayectoria con una «hoja de servicios» tan repleta como la del prof. Martín-Retortillo, tales claves biográficas existen por supuesto, dando soporte a la misma y proporcionando un hilo conductor que vertebra los proyectos y las acciones concretas.

Creo que no incurriré en mucho riesgo de equivocarme si afirmo que entre estas claves explicativas no deberían faltar ninguna de las tres que apunto a continuación, dada su notoriedad y evidencia.

1) En primer lugar, hay un momento decisivo en la consolidación del proyecto universitario de Lorenzo Martín-Retortillo que no es otro que su encuentro con el profesor Eduardo García de Enterría, entonces joven catedrático de Derecho Administrativo, al que conoce con ocasión de una conferencia que el mencionado profesor pronunció en 1960 en Bolonia, lugar en el que estaba haciendo el doctorado nuestro distinguido en la sesión de hoy. Y este encuentro fue decisivo para él, pues a partir de entonces se vincularía al prof. Enterría como maestro, incorporándose al terminar la estancia en Bolonia a la Facultad de Derecho de Valladolid, en la que era Catedrático el citado profesor. Ello marcó el inicio de una estrecha y fecunda relación académica y personal, que les vinculó durante los más de 50 años que median entre 1960 y el fallecimiento del prof. García de Enterría en 2013.

El profesor Martín-Retortillo se ha nutrido intelectualmente por supuesto de numerosos maestros, entre los que habría que incluir necesariamente algunas personalidades vinculadas al regeneracionismo o a la Institución Libre de Enseñanza como Giner de los Ríos, Joaquín Costa, Adolfo Posada o Santiago Ramón y Cajal, todos ellos personas a las que no tuvo la oportunidad de tratar. Pero no cabe ninguna duda del lugar singularizado que ocupa el prof. Enterría entre tales maestros, y lo decisivo que resultó para nuestro homenajeado contar, en un momento determinante de su vida académica, con la orientación y el apoyo directo de un jurista de talla excepcional como fue D. Eduardo, dotado de una

deslumbrante capacidad creativa, así como también de una gran generosidad y capacidad de liderazgo. En torno a él se formó, como es bien sabido, un brillante grupo de administrativistas que no sólo renovaron de forma radical el panorama del Derecho Administrativo en España como disciplina académica, sino que contribuyeron también decisivamente a la transformación de la legislación positiva y de la jurisprudencia y a la modernización de nuestra Administración Pública. Es de justicia por tanto que tengamos un recuerdo agradecido y afectuoso hacia la persona de D. Eduardo.

2) En segundo lugar, creo que también debe subrayarse, como experiencia personal muy relevante en la trayectoria del prof. Martín-Retortillo, su participación como senador en las Cortes que elaboraron la Constitución durante la legislatura 1977-1979. Esa experiencia le marcó en efecto profundamente: nuestro homenajeado participó con entusiasmo en la *refundación de España* que tiene lugar durante aquellos años, en su definitiva modernización política y jurídico-constitucional; participa en la España de la reconciliación que busca un espacio de concordia y de equilibrio para los viejos contendiosos que habían dividido a los españoles durante muchos años.

Y quiero destacar que lo hace desde un grupo político situado en una posición parlamentaria más bien marginal, lo que le obliga a hacer un esfuerzo adicional para fundamentar sus posiciones e intentar convencer a los grupos mayoritarios y ganar su apoyo —todos sabemos que cuando uno está en posiciones minoritarias tiene que hacer un esfuerzo argumentativo mayor, si quiere ser tenido en consideración y alcanzar alguna influencia—. De este importante esfuerzo, que es a la vez intelectual y político, nacen unas sólidas aportaciones que enriquecieron los debates constituyentes, e incluso, hubo algunas enmiendas firmadas por él que lograrían incorporarse al texto aprobado; de todo lo cual queda cumplida constancia en su libro «Materiales para una Constitución», publicado en 1984, en el que además de no pocas claves explicativas sobre el texto de determinados preceptos constitucionales, puede encontrarse una interesante crónica sobre el clima humano y político que impregnó el trabajo parlamentario en las Cortes constituyentes.

Pero junto a esta aportación digamos «profesoral» a los debates constituyentes, sucedió que los debates constituyentes también le aportaron mucho a él y el senador Martín-Retortillo se empapó de un clima político de ilusión colectiva por el inicio de una etapa nueva en la que se apuesta por dejar atrás los fantasmas del pasado; un clima de mutua cesión en las posiciones de unos y de otros que estuvo liderado por un sorprendente y lúcido Adolfo Suárez, cuya talla personal y enorme legado político el tiempo ha agrandado y es preciso remarcar; un clima general que el prof. Martín-Retortillo interioriza plenamente y que a partir de entonces le va a marcar de forma decisiva en su visión de España y del Derecho público.

En efecto, a partir de entonces buena parte de la obra del prof Martín-Retortillo ha girado de una u otra manera alrededor de la Constitución española de 1978: en torno a los principios y derechos reconocidos en ella, o en torno a las instituciones públicas creadas o reguladas en su texto. Desde la constatación elemental de que dicho texto no sólo ofrece un punto de llegada que se terminó con su aprobación, sino que, por el contrario, contiene una ambiciosa formulación de retos y aspiraciones que tienen muy diversas derivaciones y que implican una tensión permanente para lograr su plena realización. Y desde una actitud que no pretende por supuesto sacralizar un texto cuya letra admite por supuesto una adaptación a las cambiantes circunstancias en la medida en que sea necesario, pero que llama la atención sobre la importancia de no tirar por la borda su gran aportación a la Historia política y jurídica de España, que no es otra que el espíritu de concordia que presidió su elaboración. Lo que le lleva a alzar la voz si lo que se pretende es banalizar lo que significa la Constitución y deshacer el espíritu de pacto y consenso que se plasmó en ella. Un pacto que puso final, es de esperar que definitivamente, a una larga y tortuosa historia de dogmatismos y sectarismos, e incluso de absurdas guerras fratricidas, cuyas heridas y secuelas deberían haber quedado ya cerradas totalmente en la España del siglo XXI.

3) Pero hay una tercera clave biográfica que tampoco puede dejar de mencionarse, si bien se sitúa en un plano muy distinto al que acaba de reseñarse. Me refiero al papel relevante que ha tenido el inmediato entorno personal y familiar de Lorenzo Martín-Retortillo; un entorno que le ha proporcionado los nutrientes afectivos y el soporte personal necesarios para mantener una vida de trabajo y entrega de gran intensidad y continuidad. Pues todos sabemos que la vida humana se construye no sólo desde los grandes retos de dimensión pública, como el que acabo de comentar, sino, antes que nada, desde la solidez de los vínculos personales en torno a los cuales se teje nuestra existencia cotidiana.

Y en este terreno debemos mencionar en primer lugar su pertenencia a una familia numerosa de 10 hermanos a la que siempre se ha sentido muy unido, con unos vínculos que ni el paso del tiempo ni la lejanía física han podido debilitar. Lorenzo Martín-Retortillo abandonó su Huesca natal por razón de estudios a la edad de 17 años —en una diáspora del todo habitual en las familias de las pequeñas capitales de provincia— y desde entonces ya no ha vuelto a residir en dicha ciudad. Pero ello no ha sido óbice para que haya estado siempre muy unido al frondoso y entrañable tronco familiar de los Martín-Retortillo Baquer, ahora ya completado con otras dos generaciones, esto es, los sobrinos y los hijos de los sobrinos.

Y a propósito de ello, me parece obligado expresar aquí nuestro recuerdo afectuoso del mayor de los hermanos, el también Catedrático de Derecho Administrativo y también admirado Sebastián Martín-Retortillo Baquer, prema-

turamente fallecido hace ya algunos años, en cuya memoria nuestro homenajeado ha escrito bellas páginas que evocan su dinamismo intelectual y su alegría vital, primero en la nota preliminar a su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2004) y luego en la presentación introductoria del libro póstumo de Sebastián Martín-Retortillo «Instituciones de Derecho Administrativo» (2007).

Y junto a ello, por supuesto, el constante acompañamiento de María José en una gran parte del camino, en toda la larga etapa que se extiende desde que se conocieron a mediados de los años 60 hasta hoy mismo. Acompañamiento, presencia discreta, vivencias compartidas —tanto de los éxitos como de las dificultades y decepciones—. Y no solo eso, sino también aliento o estímulo, y diálogo cualificado por la exquisita sensibilidad cultural de María José, especialmente en el terreno de la literatura. También es de justicia que se compartan los reconocimientos y las alegrías vinculadas a los mismos, incluyendo por supuesto este título de Doctor *Honoris Causa* que hoy otorgamos.

IV. Por lo que se refiere a los contenidos de la aportación doctrinal del prof Martín-Retortillo, tengo que renunciar aquí por supuesto a intentar hacer algo que se parezca a un resumen de la misma, y tan sólo resulta factible enunciar algún apunte sobre sus principales líneas de trabajo.

1. En primer lugar, debemos subrayar que el prof. Martín-Retortillo es uno de los protagonistas de la *renovación del Derecho público español, y del Derecho Administrativo en particular*, que se produjo durante la segunda mitad del siglo XX. Renovación que tuvo dos núcleos o centros de gravedad: el reto de la racionalización de las estructuras administrativas públicas, esto es, el logro de una Administración eficaz al servicio de los ciudadanos, y, por otro lado, el reto del equilibrio entre las potestades y prerrogativas otorgadas al poder público y las garantías que se reconocen al ciudadano como contrapeso de esas prerrogativas del poder.

Estos dos grandes retos concentran las energías intelectuales de una brillante generación de administrativistas —más exactamente, dos generaciones de administrativistas: una que alcanza su madurez en los años 50 y otra segunda que lo hace en los 70, en la que se sitúa claramente nuestro homenajeado— que dieron un aire completamente nuevo al Derecho Administrativo español. Un Derecho Administrativo que experimentó en efecto una metamorfosis total a lo largo de dos etapas sucesivas que tuvieron características diferentes:

a) Hubo una primera etapa que se extiende desde los años 50 hasta la Transición política y la aprobación de la Constitución, en la que se dieron pasos muy importantes para ir construyendo algunas garantías básicas del ciudadano en el contexto del Régimen político autoritario anterior a la CE; garantías básicas que prepararon el terreno doctrinal y legislativo para el cambio consti-

tucional. En un recorrido preparatorio durante el cual se consiguieron en efecto avances importantes para desarrollar eso que una importante sentencia del Tribunal Supremo llamó «genio expansivo del Estado de Derecho» (sentencia en la que se alude también a la construcción de un «Estado de Derecho completo» que fue comentada en su día —en 1965, es decir, hace más de medio siglo— por el prof. Martín-Retortillo en la Revista de Administración Pública).

b) Pero hubo también otra segunda etapa ya en el entorno posconstitucional —a partir por tanto de 1979—, en la que, sobre la base de todo lo anterior, se produjeron numerosas e importantes aportaciones para consolidar y desarrollar plenamente el entramado institucional diseñado en la CE, así como los principios y garantías que ésta vino a consagrar. Una consolidación en la que jugó también un papel muy relevante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, particularmente en su primera andadura de los años 80, que fue sin duda la más fecunda y brillante.

2. Junto a ello hay que destacar la ímproba labor del prof. Martín-Retortillo como *estudioso de los derechos humanos*, materia que ha cultivado desde todas las perspectivas posibles: los aspectos históricos, la teoría general de los derechos fundamentales, los distintos derechos y libertades en particular —especialmente algunos de ellos como la libertad religiosa—, el sistema de protección de los derechos fundamentales en la CE y también en el Derecho comparado y en los Convenios internacionales, etc. Esta fecunda línea de trabajo está muy unida a la renovación del Derecho público español que acaba de apuntarse, pero debe ser mencionada de manera específica y separada, dada su gran extensión y relevancia.

No resulta factible en esta ocasión presentar de modo resumido el «valor añadido» de la obra del prof. Martín-Retortillo en el terreno de los derechos humanos, pero si hubiera que dar alguna pincelada sobre las coordenadas que presiden su pensamiento sobre la materia, creo que no podrían faltar los siguientes apuntes:

a) el énfasis en la perspectiva internacional, con especial consideración del sistema de protección puesto en pie por el Consejo de Europa a través de la Convención y Europea de Derechos Humanos y del Tribunal de Estrasburgo, y la profundización en las interconexiones existentes entre los diferentes niveles de protección, esto es, entre el ordenamiento internacional, el comunitario y los ordenamientos internos de cada Estado;

b) la preocupación por el enraizamiento y la efectiva aplicación de los derechos fundamentales en la realidad de nuestro entramado institucional y social, lo que le lleva a profundizar en la compleja relación de los derechos humanos con los poderes públicos y concretamente con las Administraciones públicas, desde la constatación de que una buena parte de tales derechos necesitan para su efectividad de una labor tuitiva por parte de las diver-

Administraciones con diverso alcance según los casos; Administraciones que son requeridas no sólo a no inmiscuirse en ciertas esferas individuales que deben respetarse como reservadas o inviolables, sino a desarrollar una colaboración activa, con unos u otros matices, a través de instituciones y estructuras administrativas *ad hoc* que trabajan para la efectividad de los derechos fundamentales;

c) y también me parece importante remarcar que el prof. Martín-Retortillo ha venido poniendo de relieve la carga de compromiso y exigencia que conllevan los derechos humanos no sólo para el poder público sino para el conjunto de la ciudadanía, incluyendo los propios sujetos titulares de los derechos, que somos todos; una carga de compromiso que es como la otra cara de la moneda —una dimensión insoslayable de los derechos humanos si se quiere que sean efectivos— y que ha ejemplificado de manera especial para determinadas libertades como las de expresión e información y la libertad de cátedra que ejercemos los profesores de Universidad.

3. Junto a estas dos líneas de trabajo principales, habría que mencionar un amplio conjunto de cuestiones de alcance más específico o sectorial, que tienen que ver con problemas o temas candentes de nuestro tiempo, como son el urbanismo y la protección del paisaje, el medio ambiente y la lucha contra los ruidos excesivos, la regulación de las aguas y de otros bienes de dominio público, y un largo etcétera de cuestiones específicas que aborda siempre desde coordenadas jurídicas y culturales amplias, sin que los inevitables detalles técnicos de estas materias le impidan mantener una visión global de las cosas; una mirada amplia que le permite presentar y contextualizar adecuadamente cada tema.

V. Pero si de las temáticas pasamos a la entraña de las cosas, e intentamos buscar la quintaesencia de la obra y la trayectoria académica del prof. Martín-Retortillo, emergen algunos mensajes de calado que no quiero dejar de mencionar en esta ocasión:

1) Una concepción de la Universidad y *una manera de entender el quehacer universitario* que va mucho más allá de la mera transmisión de información y de la expedición de títulos académicos o profesionales, pues aspira a educar en el gusto por el saber y por el aprendizaje permanente como objetivo último. Lo cual supone comunicar no solo conocimientos sino, sobre todo, una actitud indagatoria y de búsqueda de la verdad de las cosas como un reto siempre abierto; un reto que dilata nuestra mirada al mundo y construye en cierto modo una manera de estar en él. Es un concepto que podríamos llamar «sustantivo» o «material» de lo universitario, que puede no coincidir con los límites formales de la Universidad, pues resulta factible que exista fuera de ella, así como que esté ausente de ciertos entornos formalmente universitarios.

El prof. Martín-Retortillo ha cultivado desde siempre este espíritu universitario —y en particular, desde su primera cátedra en la Universidad de Salamanca—, ofreciendo un admirable ejemplo de coherencia y perseverancia en él; un espíritu que conecta claramente por lo demás con la mejor tradición universitaria española y europea en la que él se formó.

2) Una visión de la democracia, del Estado de Derecho y de los derechos humanos que requieren ineludiblemente, como caldo de cultivo necesario, un entorno social impregnado de unos *valores personales y cívicos*, que el prof. Martín-Retortillo no sólo ha propugnado sino que ha predicado con su ejemplo. Sin tales valores personales y cívicos, la democracia y los derechos humanos carecen de consistencia, y no pueden llegar a arraigar y consolidarse, pues son, en palabras del propio prof. Martín-Retortillo, una «frágil flor» que requieren «un ambiente propicio para fructificar».

Así lo expresaba una de las primeras declaraciones de derechos en la Historia del constitucionalismo —la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776— que nuestro homenajeado de hoy ha hecho suya en alguna ocasión y cuyas palabras me permito recordar aquí:

«Ningún pueblo puede tener una forma de gobierno libre ni los beneficios de la libertad, sin la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y sin retorno constante a los principios fundamentales».

3) Un testimonio personal de *intelectual comprometido* que ha abordado numerosas temáticas guiado siempre por el afán constructivo, el esfuerzo reflexivo y la palabra sosegada y medida. Y haciendo gala además siempre de una gran *independencia de criterio* que le permite no estar atrapado por los cánones que marcan las modas intelectuales o lo políticamente correcto en cada momento, y en particular independiente de grupos políticos, económicos, mediáticos o de otra índole.

VI. Y al respecto quiero subrayar que estos mensajes de calado a los que acabo de aludir —que son a la vez convicciones que han alimentado el «motor interno» del prof. Martín-Retortillo— brillan quizás con más fuerza precisamente en la etapa vital en la que se encuentra inmerso ahora mismo y que se prolonga desde su jubilación administrativa hace ya una década. Una etapa en la que el prof. Martín-Retortillo ya no es funcionario en activo de los cuerpos docentes universitarios, ha dejado de formar parte de eso que convencionalmente denominamos «población activa» —expresión por cierto nada afortunada en mi opinión—, no ejerce cargos académicos o responsabilidades de gestión, ni trabaja para generar tramos docentes o investigadores que premien su «productividad», porque ya llegó al tope de los méritos administrativos que podía alcanzar.

Nada de eso está presente ya en su universo cotidiano y, sin embargo, sigue haciendo sustancialmente lo mismo que en otras etapas de su vida con

una admirable vitalidad intelectual —publicaciones de diversa índole, conferencias, dirección de trabajos colectivos, presencia en foros especializados—, haciéndolo si cabe con un mayor grado de libertad y con la gran profundidad de miras que le proporciona su dilatada trayectoria y su rica experiencia. Lo cual ofrece sin duda un valor testimonial añadido y constituye algo así como *la prueba definitiva de la verdad*: la prueba de que ha creído de verdad en lo que hace, que lo hecho siempre con una convicción y sentido vocacional que desbordan los roles concretos que se le habían asignado en su vida profesional.

VII. Y debo terminar esta ya demasiado extensa disertación, que al final ha resultado algo menos sobria de la que me había propuesto inicialmente.

Creo que en un entorno como el que ofrece la España actual, tan desconcertante y desconcertada, adquiere un grandísimo valor la ejemplaridad de las biografías como la que ofrece quien va a ser nuevo Doctor *Honoris Causa* por esta Universidad. Necesitamos referentes intelectuales y morales de alguna consistencia; personas que siguen un camino profesional y personalmente fecundo, y lo hacen además con apuestas de ciclo largo, contra viento y marea, sin buscar atajos ni éxitos fulgurantes, sino porque creen en lo que hacen. En un contexto universitario marcado por unos instrumentos de medida y de comparación muchas veces torpes y arbitrarios, necesitamos ejemplos de *verdadera calidad académica y humana* que nos reconcilien con lo mejor de la Universidad.

* * *

Muchas gracias, querido D. Lorenzo, por esta fecunda vida académica de la que nos hemos beneficiado personalmente muchos de los que estamos aquí, así como otras muchas personas que no han podido acompañarnos, y que irradia un magisterio que va más allá del círculo de quienes hemos tenido la oportunidad de tratarle personalmente. Pero sobre todo, gracias por mantener intactas las esperanzas, las convicciones y el ánimo después de un intenso recorrido vital de más de ochenta años, no exento por supuesto, como cualquier vida humana, de dificultades y decepciones. Gracias por seguir apostando por la mejor tradición universitaria, por seguir creyendo en la fuerza de la reflexión y de la palabra, en el trabajo bien hecho y perseverante de cada día, por mantener el compromiso personal y ciudadano para mejorar el entorno en que vivimos, por creer en el valor de los afectos que surgen de manera natural en el contexto de las relaciones leales de amistad y de familia.

Queridas autoridades, compañeros y amigos que nos acompañáis en esta solemne sesión de investidura: hoy reconocemos los méritos y valores que concurren en una determinada persona, pero más allá de ello, y quizás sobre todo, *hoy celebramos que todo esto es posible*, que no es una utopía imprac-

ticable sino que resulta hacedero al menos en alguna medida para todos: que es posible cultivar estos valores desde la coherencia y la perseverancia. Es más, proclamamos nuestra aspiración de seguir transitando por estos caminos con el estímulo que nos brinda el ejemplo del prof. Martín-Retortillo, cada uno por supuesto dentro de nuestras características y opciones personales, y desde las coordenadas de lugar y de tiempo que nos toca vivir, que obviamente varían en cada caso.

Cuando el Consejo de Gobierno de la Universidad de Lleida decidió, en su sesión del pasado 25 de noviembre, otorgar el Doctorado *Honoris Causa* a la persona del prof. Martín-Retortillo lo hizo obviamente para reconocer y honrar su trayectoria académica. Pero entiendo que con esta decisión la Universidad de Lleida en cierto modo se honra a sí misma: se engrandece cualitativamente al incorporar a su claustro, aun de manera simbólica o adoptiva, a una persona cuya presencia implica *la reivindicación de una determinada manera de hacer Universidad*. Una manera de hacer Universidad marcada no sólo por los valores a los que se ha hecho mención, sino también por la interconexión y la complementariedad de los diversos saberes y en particular entre el Derecho, las Ciencias Sociales y las Humanidades. Algo que —por cierto— está muy unido a la tradición del antiguo Estudio General ilerdense, sobre cuyas huellas y herencia se ha construido nuestra actual Universidad.

ESTUDIOS

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE PREVENCIÓN DE PELIGROS EN ALEMANIA: LA VIGENCIA DE UN MODELO HISTÓRICO(*)

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ

«Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mithliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey». (Art. 10 II 17, Preussichen Allgemeinen Landesrecht, 1794) (1).

SUMARIO: I. PROEMIO.– II. ANTECEDENTES.– III. EL CONCEPTO DE GEFAHRENA-BWEHR: 1. El origen. 2. La ideología. 3. La consagración.– IV. LA CLÁUSULA GENERAL POLICIAL: 1. El origen. 2. El instrumento. 3. La subsidiariedad administrativa. 4. La subsidiariedad penal. 5. Entre el presente y el futuro. 6. El control jurisdiccional: A) El principio de oportunidad. B) El principio de proporcionalidad.– V. EL CONCEPTO DE GEFAHR: 1. La conceptualización. 2. El origen. 3. Los elementos: A) El perjuicio o daño como elemento esencial. B) La probabilidad como criterio determinante. C) El pronóstico como mecanismo de determinación. D) La oportunidad temporal como parámetro. 4. La tipología: A) Peligro concreto. B) Peligro existente general. C) Peligro abstracto. D) Peligro agudo o grave. E) Peligro amenazante o inminente. F) Peligro latente. G) Peligro aparente o putativo. H) Peligro supuesto. I) Sospecha de peligro. J) Otros tipos o clases de peligro. 5. Otras situaciones diferentes del perjuicio o daño. 6. El advenimiento del riesgo.– VI. EPÍLOGO.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El Derecho de Prevención de Peligros (*Gefahrenabwehrrecht*) de la República Federal de Alemania se construye sobre la base de la atribución de potestades exorbitantes de intervención administrativa a las Autoridades de Policía y del Orden (*Polizei- und Ordnungsbehörden*) que se ejecutarán para la prevención de peligros graves e irreparables de índole individual o colectiva para los bienes y derechos de los ciudadanos objeto de protección, para el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos (*öffentliche Sicherheit und Ordnung*). Así pues el concepto de peligro (*Gefahr*) constituye el elemento nuclear del Derecho de Policía y del Orden (*Polizei- und Ordnungsrecht*), como parte fundamental del Derecho Administrativo (*Verwaltungsrecht*) y del Derecho Público (*Öffentliches Recht*).

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de abril de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 8 de mayo de 2017.

(1) *Vid. post* el texto del artículo en lengua castellana en el apartado III.1., p. 31.

Palabras clave: prevención de peligros; autoridad administrativa; policía; orden público; seguridad pública; Derecho Administrativo; Derecho Público; Alemania.

ABSTRACT: The Federal Republic of Germany's Hazard Prevention Law (*Gefahrenabwehrrecht*) is built on the basis of the attribution of exorbitant powers of administrative intervention to the Police and Order Authorities (*Polizei- und Ordnungsbehörden*). This powers will be implemented for the prevention of serious and irreparable dangers of an individual or collective nature, for the goods and rights of the citizens subject of protection, for the maintenance of public security and order (*öffentliche Sicherheit und Ordnung*). Therefore, the concept of danger (*Gefahr*) constitutes the core element of Police and Order Law (*Polizei- und Ordnungsrecht*) as a fundamental part of Administrative Law (*Verwaltungsrecht*) and Public Law (*Öffentliches Recht*).

Key words: administrative authority; police; public order; public safety; Administrative Law; Public Law; Germany.

I. PROEMIO

El Derecho de Prevención de Peligros o *Gefahrenabwehrrecht* (2) constituye, sin duda, una parte fundamental del *corpus iuris* del Derecho Público u *Öffentliches Recht*, en el marco del *Polizei und Ordnungsrechts* o Derecho de la Policía y del Orden de la República Federal de Alemania (3). Así, DREWS, WACKE, VOGEL y MARTENS afirman sin ambages que «las funciones del Derecho de la Policía y del Orden esencialmente pueden subsumirse hoy en día bajo el concepto de prevención de peligros» (4). O IBLER que afirma que incluso que «precisamente, con el Derecho de Policía surgió, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en Alemania, el Derecho Público moderno. Así, el Derecho Administrativo general se desarrolla a partir de los principios y regulaciones generales del derecho de policía» (5). Se debe destacar su importan-

(2) MÖSTL, M., «Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts», *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2007, pp. 581-589; GUSY, CH., «Gefahraufklärung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung», *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2011, pp. 641-650; GRAULICH, K., «Sicherheitsrecht», *DVBl*, 2013, pp. 1210-2129.

(3) *Vid. in totum*, FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, 2ª ed., CEDECS, Barcelona, 2004.

(4) DREWS, B., WACKE, G., VOGEL, K., MARTENS, W., *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes un der Länder*, 12ª edición, Bonn/Berlin/Munich, 1992, p. 236. En el mismo sentido, MAURER afirma que «la actividad administrativa de policía y del orden persigue el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos mediante la prevención de los peligros que los amenacen». MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16 ed., C. H. Beck, München, 2006, p. 7.

(5) IBLER, M., «Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán (Derecho de prevención de riesgos)», *Iusta*, núm. 32, 2010, pp. 144.

cia y actualidad y, sobretodo, la capacidad de dar una respuesta rápida y adecuada a las necesidades de un mundo global, cada vez más tecnificado. Según RUTHIG, «es siempre un reflejo de los acontecimientos sociales actuales que habitualmente dan lugar a pronunciamientos relevantes, que transmiten una imagen nítida de los mismos. El legislador reacciona a los desafíos concretos y a la necesidad de seguridad de la población» (6). Una globalización a la que sin duda sirve la pluralidad administrativa y que supone «una de las claves del dinamismo y de la innovación política jurídica e institucional» del ordenamiento jurídico germano (7).

En este sentido, se pronunciaba BALLBÉ MALLOL al concebir «el Derecho de prevención de peligros como una nueva visión no sólo de las funciones policiales, si no del conjunto de las administraciones públicas, articulado en torno a la idea de que el objetivo primordial de un Estado de Derecho avanzado es la preservación de la vida y de la integridad de las personas y la observación de que la mayoría de las víctimas no se producen por acciones delictivas tradicionales, si no por negligencias, infracciones administrativas o acciones involuntarias, fruto de la falta de un intervencionismo administrativo encaminada directamente a la supervisión de todas las actividades que suponen un peligro o daño a las personas. Esta nueva visión, que se encuadra en lo que se denomina la nueva ‘sociedad del riesgo’, obliga a replantear las concepciones clásicas del Derecho Administrativo, como un derecho de policía o de servicio público, hacia un Derecho Administrativo entendido como un Derecho y una actividad de prevención de peligros, ya sea en el campo alimentario, el medio ambiente, el tráfico, la seguridad industrial o la certificación y normalización de productos» (8).

Ello supone un replanteamiento en el iusadministrativismo que «supone que se va a producir una superación de la crisis del intervencionismo administrativo de las últimas décadas producida por la *deregulation* o liberalización ilimitada. Y este hecho comportará una regulación asentada sobre la base de un nuevo intervencionismo puntual en múltiples campos de las actividades administrativas a partir de la Cláusula del *Gefahrenabwehr*» (9). Aun negando nominalmente la importancia caudal del Derecho de Prevención de

(6) RUTHIG, J., «Aktuelle Rechtsprechung zum Polizei- und Ordnungsrecht», *Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen / Rheinland-Pfalz / Saarland (LKRZ)*, vol. 12, 2015, p. 481.

(7) BALLBÉ MALLOL, M., «El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007, p. 245.

(8) BALLBÉ MALLOL, M., «Prólogo», en FUENTES I GASÓ, *op. cit.*, p. 25.

(9) *Ibidem*, p. 26.

Peligros (10), que «se ha movido en aguas tranquilas y sin cambios drásticos legales ni jurisprudenciales» (11), desde la doctrina penalista se llega a la misma idea de que nos encontramos ante un nuevo modelo de Estado que «conlleva la desaparición del Estado intervencionista o prestacional o *Wohlfahrtsstaat* o *Leistungsstaat*, allí donde éste existiera previamente» (12) para dar paso a una suerte de neointervencionismo que persigue garantizar la seguridad, que para PAREJO ALFONSO, «es el resultado no de una precisa y única actividad, cuanto más bien de una pluralidad diversa de actividades; y ello como consecuencia de los riesgos cuya actualización tiene que prevenir y, en su caso corregir» (13).

II. ANTECEDENTES

A principios del siglo XVIII, las tres grandes corrientes de pensamiento sobre una nueva conceptualización de «policía» o *Polizei*, posterior al del Estado policial o *Polizeistaat* propio del modelo prusiano, fluyen en la literatura y en la ciencia policial del momento en Alemania: *Staatszwekke* o finalidades del Estado, *Wohlfahrtsstaat* o Estado del bienestar y *Sicherheitsstaat* o Estado de seguridad (14) El concepto gana en claridad a pesar del elevado número de materias que se incluyen aún bajo el término *Polizei*. Y es que, a pesar de la delimitación del concepto de policía y de la separación de la justicia respecto de los asuntos públicos y políticos, el ámbito de acción de la policía continua siendo bastante extenso a finales del siglo XVIII, al abarcar todos los aspectos administrativos de la política interior (15).

El amplio «concepto de policía» o *Polizeibegriff* fue evolucionando paulatinamente, primero hacia el concepto institucional, como institución y conjunto

(10) Así para SILVA SÁNCHEZ, «Este nuevo modelo no constituye un retorno al viejo Estado de policía bismarckiano, circunscrito a la protección frente a peligros (*Gefahrenabwehr*)». SILVA SÁNCHEZ, J. M., ¿Derecho penal regulatorio?, *InDret*, núm. 2, 2015, p. 1.

(11) RUTHIG, J., *op. cit.*, p. 481.

(12) El nuevo modelo de *Regulatory State* se caracteriza formalmente por la delegación del poder de instituciones centrales del Estado en *independent regulatory agencies* integradas por expertos. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 1.

(13) PAREJO ALFONSO, L., *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 95.

(14) Si retrocedemos en el tiempo hasta el siglo XVIII, ya hemos visto cómo el concepto de Policía se conocía con la consigna del «establecimiento y/o el mantenimiento del buen orden», que incluía tanto la *Gefahrenabwhr* o la prevención del peligro —como la *Wohlfahrtspflege*— o la protección del bienestar. KNEMEYER, F. L., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 11ª ed., C.H. Bech, München, 2007, pp. 3-4.

(15) STOLLEIS, M., *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, Paris, 1998, p. 560.

de efectivos: director, comisario, inspector; después hacia un concepto formal, *Polizei* es quien ejerce de policía; y, finalmente, se fue desarrollando poco a poco un concepto material, policía como acción administrativa de prevención del peligro (16).

El largo camino hasta el concepto material de policía duró a lo largo de un siglo y se inició con la eliminación de la protección del bienestar de entre las funciones policiales (17). Como consecuencia de este hecho, y con el objetivo de limitar el poder absoluto del monarca o *Polizeigewalt*, Johann Stephan Pütter (1725-1807) exigió en 1770 en *Institutiones Iuris Publici Germanici*, que el ciudadano nunca más pudiera ser constreñido por la fuerza estatal, es decir, policial en aquellos momentos (18). En este sentido, restringía el poder policial simplemente a la función de «prevención del peligro» o *cura avendi mala futura*, incluso excluyendo del concepto de policía la «protección del bienestar» o *promovendae salutis cura proprie non est politiae* (19).

III. EL CONCEPTO DE GEFAHRENABWEHR

La prevención de peligros o *Gefahrenabwehr* (20) con el paso del tiempo constituye el núcleo central del Derecho de la Policía y del Orden o *Polizei- und Ordnungsgesetz* y por ello se analiza con detenimiento, en particular, la «Cláusula General policial» o *polizeiliche Generalklausel*, en manos de las Autoridades de Policía.

Ahora bien, junto con esta función preventiva, primordial para muchos, la policía tiene atribuida una función represiva, la «persecución de delitos» o *Strafverfolgung* (21). Con una larga tradición, en Derecho alemán, el Derecho

(16) GUSY, CH., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 3-4, KNEMEYER, F. L., *op. cit.* p. 4.

(17) *Vid. in totum*, KNEMEYER, F. L., «Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts», *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, núm. 92, 1967, pp. 153-180.

(18) FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, p. 265.

(19) «*Politia est cura avertendi mala futura; promovendae salutis cura non est proprie politiae*». PÜTTER, J., S., *Institutiones Iuris Publici Germanici*, 6ª ed., Göttingen, 1802, cap. III, *Politia*, artículo 33. *Vid.* SCHENKE, W. R., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2016, p. 2.; GÖTZ, V., *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Göttingen, 12ª ed., 1997, p. 15; KNEMEYER, F. L., *op. cit.* p. 4.

(20) *Vid. in totum*, GÖTZ, V., «Vor 60 Jahren — Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz», *Juristische Schulung (JuS)*, 1991, pp. 805-809; HEUER, H., *Die Generalklausel des preussisches Polizeirechts von 1875 bis zum PVG von 1931*, Frankfurt am Main, 1998; BOLT, H., STOLLEIS, M., «Geschichte der Polizei in Deutschland», en LISKEN, H., DENNINGER, E., *Handbuch des Polizeirechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012, pp. 3-34.

(21) *Vid.* FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, pp. 429-454.

de Policía, básicamente de competencia de los *Länder* y el Derecho Penal, de competencia del *Bund*, son dos disciplinas diversas. A pesar de ello «la delimitación de las dos ramas jurídicas entre sí no siempre es sencilla, porque a veces una actuación de la policía sirve a ambos objetivos, esto es, a la prevención de peligros para la seguridad pública así como a la persecución penal» (22). Incluso a veces con las mismas medidas, la «doble funcionalidad de las medidas policiales» o *doppelfunktionalen polizeilichen Massnahmen*. En este último ámbito, la policía deviene en el ámbito penal en «investigadora de la fiscalía» para la aclaración y persecución de hechos punibles ya perpetrados y no para la prevención de peligros actuales y futuros (23).

1. El origen

La teoría de la restricción de la función policial a la prevención de peligros, excluyendo la protección del bienestar, influyó decididamente en Carl Gottlieb von Svarez (1746-1798) (24) verdadero artífice del *Código General de los Estados prusianos* o *Allgemeines Landrechts für die Preussischen Staaten (ALR)* de 1 de junio de 1794, redactado bajo el reinado del *Kaiser* Federico Guillermo II (1744-1797) (25). Los artículos 2 y 3 II 13 (26) consagraban a la titularidad del Estado las dos funciones básicas citadas: la prevención del peligro y la protección del bienestar, aunque sólo atribuía la primera a la policía (27).

En este sentido, el concepto material de policía o *Polizei* fue codificado en el artículo 10 II 17, bajo el título «Función jurisdiccional» o *Gerichtarbeit* (28), y disponía que «son funciones de la policía: las instituciones necesarias para el mantenimiento de la tranquilidad, la seguridad y el orden público, y para prevenir el peligro inminente, que puede sufrir tanto la generalidad de la

(22) IBLER, M., *op. cit.*, p. 144. Un ejemplo de «medida de doble funcionalidad» de la policía se presenta cuando un comando de la policía dispara a un ladrón de bancos hasta dejarlo fuera de combate, para con ello liberar a unos rehenes y atrapar al ladrón de bancos y arrestarlo de manera que pueda ser castigado.

(23) Así se dispone en el art. 152 de la Ley de Organización Jurisdiccional o *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)* de 12 de septiembre de 1950. «Los oficiales superiores [de policía] proporcionara personal de investigación a la fiscalía al que se le requiere el cumplimiento de las órdenes de la oficina del fiscal de su distrito».

(24) Vid. FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, pp. 117-120 y 265-266.

(25) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pp. 104-105.

(26) Título 13, apartado II, artículos 2 y 3.

(27) Vid. MELCHER, K., *Geschichte der Polizei*, Gersbach & Sohn, Berlin, 1926, p. 60. En el mismo sentido, KNEMEYER, F. L., *op. cit.* p. 4.

(28) Título 17, apartado II, artículo 10.

sociedad como uno solo de sus miembros» (29). Esta disposición suponía una delimitación entre el ámbito policial y la jurisdicción ordinaria que devendrá determinante para la construcción del Derecho de prevención de peligros o *Gefahrenabwehrrecht* (30).

Aunque la sustracción de la función de protección del bienestar no fue definitiva; pues resurgiría en un Reglamento prusiano de 1815 (31), la principal función de prevención de peligros o *Gefahrenabwehr* adquiriría ya una importancia definitiva que se refleja en el contenido del artículo 6 II 13 del mismo ALR, estableciendo que: «el derecho, expresado a través de leyes, y la totalidad de los reglamentos de policía, que posteriormente son anulados y nuevamente promulgados por las declaraciones que otorgan fuerza de ley, es el Derecho del monarca o *Majestätsrecht*» (32). La función residual de protección del bienestar común será borrada definitivamente del concepto jurídico-material de *Polizei* por la jurisprudencia, a través de la determinante Sentencia Kreuzberg, que supondrá una importante limitación a la actuación policial (33).

2. La ideología

El *Preussisches Allgemeines Landesrecht*, introducido en los años 1791-1794 por la cúpula ilustrada del Estado en los territorios prusianos, constituía una verdadera constitución jurídica de una nueva Sociedad de ciudadanos o *Staatsbürger*; pues presuponía en el plano teórico un pacto social de todos con todos como fin último del legislador (34). El ALR definía el fin del Estado

(29) Textualmente, reza el artículo: «Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey».

(30) GÖTZ, V., GEIS, M. E., *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, C. H. Beck, 16ª ed., München, 2017, p. 8.

(31) Sobre el contenido de este reglamento, vid. PREU, P., *Polizeibegriff und Staatswecklehre: die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts*, O. Schwarz, 1983.

(32) MELCHER, *op. cit.*, p. 61.

(33) El ALR es el primer ejemplo de codificación de leyes civiles desde la época de Justiniano y supone «el paso de un concepto ilustrado de codificación a otro burgués con un espíritu omnipresente». CARONI, P., *Escritos sobre la codificación*, Universidad Carlos III, Madrid, 2012, p. 127.

(34) Sin embargo, en el ALR el ciudadano representaba más un fermento antiparticularístico esparcido entre los artículos que no su punto de referencia jurídico, lo que lleva a opinar a CARONI que «formalmente, eran tres los códigos que aspiraban a convertirse en modelos: los que consideramos apresuradamente como 'iusnaturalistas' y entre 1794 y 1811 iniciaron un nuevo periodo de la historia jurídica europea; esto es, el ALR prusiano (1794) el *Code civil* francés (1804) y el ABGB austriaco (1811). Pero uno de ellos, el prusiano, en realidad no convenció a nadie y permaneció en la sombra. Quizá porque remitía a un contexto

desde una perspectiva individual: su única tarea, necesariamente protegida incluso de sí mismo, consistía en armonizar la suma de las felicidades individuales de forma que no se obstaculizasen las unas con las otras (35). Así, del derecho fundamental a la «felicidad privada» emanaba todo el decálogo (36). El elenco de los derechos fundamentales equivalía en gran parte al catálogo de los derechos humanos y civiles contenido en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, que constituyó el preámbulo de la Constitución francesa de 1791 (37).

Carl Gottlieb von Svarez por un lado, quería vincular el poder ilimitado del monarca dentro del sistema de fines racionales, de acuerdo con la filosofía ilustrada, y, por el otro, pretendía transformar la autonomía de los estamentos en un encargo de servicio estatal, instaurando entre el Estado y sus súbditos una relación inmediata. Sin embargo, el resultado final representó un compromiso entre situación e intención, entre tradición y futuro. Von Svarez utilizaba la máxima de Immanuel Kant (1724-1804), «El hombre era libre de pensar aquello que quisiese, pero debía obedecer» no sólo para asociarse a su petición de libertad intelectual, sino porque él, más que el gran filósofo, partía del presupuesto que el Estado existente podía tener una racionalidad mayor que aquella que poseía el conjunto de sus súbditos autónomamente pensantes. En este sentido, el Estado era tan respetuoso de la libertad mental de sus súbditos como poco dispuesto a tolerar que aquellos invadiesen la esfera de la legislación. La tolerancia se limitaba al área extraestatal (38).

todavía dinástico y estamental, pareció superado y por ello políticamente inaceptable a los Cantones que al codificar querían unificar el derecho también en un nivel social». CARONI, P., *op. cit.*, p. 343

(35) SCHOLLER, H., SCHLOER, B., *Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4ª ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 2-5.

(36) Según KOSELLECK, R., *La Prussia tra riforme e rivoluzione (1791-1848)*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 25-26, «Del derecho fundamental a la 'felicidad privada' derivaban todos los otros: el derecho a la tutela de la persona y de la vida, el derecho a partir con igualdad de oportunidades, el derecho a la libre disponibilidad de las propias energías, el derecho a la libertad moral y a la autodeterminación intelectual según las propias opiniones racionales, el derecho a la libertad de conciencia y de profesión religiosa, el derecho a la libre expresión de las propias ideas, e incluso el derecho a la igualdad frente a la ley en cuanto a expresión de la voluntad general, de la cual derivaba la independencia de la justicia, y finalmente —presupuesto de cualquier bien privado— el derecho a la tutela de la propiedad, de la cual derivaba, en caso de intervenciones consentidas por la ley, la obligación de una indemnización por parte del Estado y la posibilidad de impugnar los procedimientos fiscales. La suma de estos derechos, derivados del contrato social, determinaba al mismo tiempo la finalidad del Estado. La sociedad civil se disolvía en el Estado en la medida en que el Derecho Natural —de por sí no realizable en el estado de naturaleza— se disolvía en el Derecho Estatal».

(37) KNEMEYER, F. L., SCHMIDT, T. I., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 4ª. ed., C.H.Beck, Munich, 2016, p. 2.

(38) KOSELLECK, R., *op. cit.*, pp. 165-167.

El único factor de incertidumbre, en este sistema, residía en la conducta del soberano, en el sentido de si gobernaría mediante leyes racionales o se convertiría en un déspota. Para evitar dicho riesgo Von Svarez intentó imponer al monarca algunas restricciones externas (39). Sin embargo, en la revisión conservadora del *ALR* de 1794, como consecuencia de la Revolución francesa, Federico Guillermo II dejó claro que no quería que el Código le vinculase con unas leyes fundamentales que de él mismo habían emanado. Sobrevivieron a estas reformas los principios sobre la relación entre el Estado y el ciudadano, pero al desaparecer las garantías institucionales, emergió la omnipotencia del Estado que caracterizaría a la monarquía prusiana hasta 1918. Se sellaba así la transformación de la soberanía monárquica en soberanía estatal, mientras que su formulación de Derecho Público abría el camino al Estado de Derecho (40).

En el *ALR* el Estado absoluto y la sociedad de los estamentos se fundieron recíprocamente. El Estado se basó en el orden estamental, sin embargo al mismo tiempo lo asumió y lo hizo depender de sí mismo, mostrándose «no sólo actual sino imprescindible, gracias al espíritu de la Ilustración que vive en él, sobre todo por la idea del autocontrol y de la autolimitación de la autoridad estatal». Todo ello permitió la existencia de una situación paradójica: el siervo campesino, sujeto a la potestad de la nobleza, era al mismo tiempo ciudadano libre del Estado. (41)

Posteriormente, la Ley de Administración de Policía o *Polizeiverwaltungs-gesetz* de 11 de marzo de 1850, aunque se basaba en la idea de un límite a la violencia policial, fundamenta el *leit motiv* del gobierno prusiano según el cual el ámbito de la policía era un casi ilimitado (42), lo que supuso la negación

(39) Entre ellas, La prohibición de actos arbitrarios en las causas de derecho civil, el filtro de la legislación civil mediante la Comisión legislativa, la prohibición de ampliar privilegios a costa de terceros, la disposición, aunque muy flexible, que prohibía leyes que limitasen la natural libertad y derechos de los ciudadanos más allá de cuanto requería el bienestar común y, finalmente, el precepto según el cual las leyes sólo podían vincular las acciones exteriores, pero no las opiniones.

(40) El desafío que el Estado tuvo que afrontar con la aprobación del *ALR* fue el de su aplicación como régimen jurídico único de toda la sociedad, fue darle a ése un valor exclusivo; pero sorprendentemente sólo obtuvo un valor pleno para un único estamento, precisamente aquél a quien menos importaba, el ejército desde 14 de marzo de 1797. Para todos los otros estamentos, los derechos provinciales y los estatutos mantuvieron su valor primario. En el *ALR* convivían distintos niveles jurídicos: el viejo elemento social y de estamento y el elemento estatal, proyectado hacia una forma moderna de sociedad, se hallaban aun íntimamente ligados.

(41) MELCHER, K., *op. cit.*, p. 71

(42) GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, 2017, p. 8.

de lo dispuesto en el ALR y, en particular, en el artículo 10 II 17 (43). A pesar de todo, el Código prusiano quedó como el fundamento de la constitución social alemana al menos hasta el inicio del siglo XX, e incluso algunas de sus partes, de Derecho estatal o provincial, sobrevivieron a la dinastía de los Hohenzollern que lo había creado (44).

3. La consagración

Aunque las medidas policiales se hallan controladas por una jurisdicción independiente desde mucho tiempo atrás, será a partir de la década 1870-1880, con el establecimiento de Tribunales Administrativos o *Verwaltungsgerichte* cuando la judicatura jugará un papel esencial en el cambio de las funciones, los procedimientos y la reducción de la amplia autonomía tanto de la administración, como de la policía. (45). Así, el modelo se caracterizará «por la separación de las cada vez más numerosas actividades especiales del Estado del concepto policial, el Estado constitucional da otro paso hacia delante con algo que pertenece a su esencia, es decir, con la separación entre la Jurisdicción y la Administración, es decir, entre quien hace las leyes y la Administración» (46).

A pesar de ello, el punto de partida de la hegemonía judicial en el ámbito policial germano se atribuye a la famosa Sentencia Kreuzberg o *Kreuzberg-Urteil* (47) del Tribunal Superior Administrativo prusiano o *preussisches Oberverwaltungsgericht (pr OVG)* (48) de 14 de junio de 1882 (49) que declaró inválida una disposición policial que restringía la altura de construcción de los

(43) Así se manifiesta con total claridad MELCHER, K., *op. cit.*, p. 71, «Lo que el legislador había olvidado en la Ley de Administración Policial de 1850, lo completó algunos decenios después la Administración judicial de un *Land*. Como el fénix que se levanta de sus cenizas, la olvidada Ley 10 II 17 ALR surgió de nuevo a la luz; por segunda vez, esta ley se convierte en piedra de toque de la historia judicial y consigue con ello un significado histórico excepcional para la policía prusiana».

(44) KOSELLECK, R., *op. cit.*, pp. 167-172.

(45) FUENTES I GASÓ; J. R., *op. cit.*, p. 267. *Vid.* asimismo, GÖTZ, V., «La policía de los *Länder* alemanes: funciones y competencias», en IVAP/HAEE, *Policía y Seguridad: Análisis jurídico-público*, Oñati, 1990, p. 164. En el mismo sentido, *vid.* FRIAUF, K. H., «Polizei- und Ordnungsrecht», en SCHMIDT-ASSMAN, E., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10 ed. Berlín, 1995, p. 124.

(46) MELCHER, K., *op. cit.*, p. 68.

(47) *Vid.* ROTT, J., «100 Jahre 'Kreuzberg-Urteil' des PrOVG», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1982, pp. 386 y ss.

(48) KNEMEYER, F. L., SCHMIDT, T. I., *op. cit.*, p. 3.

(49) *PrOVG* de 14.6.1882, en «Recopilación Oficial de Sentencias del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia» o *Amtliche Entscheidungssammlung des pr. OVG*, vol. 33, p. 353 y ss. *Vid.* VOGEL, Th., MÜNCH, I., *Gerichtsentscheidungen zum Polizeirecht*, Frankfurt am Main., 1971, p. 1.

edificios de una calle para dejar libre la vista del Monumento a la Victoria de la Guerra de la Independencia de Prusia contra Napoleón (1813-1815) situado en el Barrio de Kreuzberg de Berlín, monumento visible desde toda la ciudad que fue construido en 1821 (50). La sentencia establece que la invalidez de la disposición policial es una medida de protección del bienestar limitadora del derecho de propiedad y que, por tanto, no es competencia de la policía, las obligaciones de la cual tienen que restringirse a la conservación del orden, entendido como preservación de la paz y de la seguridad. El concepto de orden es, pues, «un concepto imprescindible para el Estado y, por ello, debe ser regulado de forma autoritaria y también protegido a través de la policía como expresión de la autoridad del Estado en el interior» (51).

La Sentencia Kreuzberg representa el principio básico de la formación del Derecho de Policía General o *Allgemeines Polizeirechts*, que se irá precisando cada vez más a través de la jurisprudencia (52). En este pronunciamiento, el *pr. OVG* concluía que sólo con la condición de que el «peligro fuera evitado» se podían adoptar medidas que pudieran interferir en el ámbito de las libertades

(50) Se trataba del Reglamento de Policía de la Jefatura Superior de la Policía Real de Berlín de 1879, llamado «Decreto de policía para la protección del monumento construido en memoria de la victoria en la guerra de liberación (contra Napoleón) como monumento nacional» en base al cual se negó el permiso de construcción. El ciudadano indignado recordó la célebre frase: ¡Todavía hay jueces en Berlín! E interpuso la demanda. De hecho, la disposición policial contravenía el principio general del propio ALR de que «todo propietario...puede construir tan alto como él a bien tenga». IBLER, M., *op. cit.* p. 149.

(51) MELCHER, K., *op. cit.*, p. 71.

(52) IBLER, M. comenta la que podría ser el segundo pronunciamiento más determinante para la consagración del *Gefahrenabwehrrecht* del *pr. OVG*, después de la *Kreuzberg-Urteil*, la Sentencia del «caso del maniquí» de 1901 (que fue confirmada en un segundo caso semejante en el año 1929). Se trataba del propietario de un almacén en una estrecha calle del centro de Berlín donde expuso figuras, que realizaban acrobacias movidos a través de un mecanismo. En ese entonces aquello fue tan espectacular que se amontonó una gran cantidad de curiosos sobre la acera de la vitrina. Los peatones que querían seguir adelante tenían por obligación que cambiarse a la calzada vehicular. Para evitar de la manera más efectiva el riesgo a la vida y a la Integridad física que corrían los peatones, la policía exigió al propietario del almacén que retirara las figuras de la vitrina. Contra ese mandamiento policial, el propietario del local demandó y expuso que él no era el causante del riesgo, sino los mirones que se amontonaban por libre voluntad frente a su vitrina, bloqueando en esta forma la acera y obligando a los peatones a usar la calzada vehicular para avanzar. A consecuencia del reconocido principio del Estado de Derecho, según el cual la policía sólo puede intervenir contra quien en virtud de su comportamiento cause un riesgo, la policía tendría que intervenir contra los mirones pero no contra él (dueño del local). El tribunal administrativo superior se pronunció en sentido contrario, sosteniendo: El causante de un peligro es también aquel que indirectamente lo ha causado, porque fue el propietario del local quien mediante la exposición de maniqués quiso atraer a los curiosos. *PrOVG* de 5.6.1901, en «Recopilación Oficial de Sentencias del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia» o *Amtliche Entscheidungssammlung des pr. OVG*, vol. 40, p. 216 y ss. IBLER, M., *op. cit.* pp. 150-151.

individuales y la propiedad (53). De esta suerte, el concepto de «prevención del peligro» se construye técnicamente para contraponerse a aquella fórmula de habilitación más amplia, hasta el momento imperante, la «promoción del bienestar», derivada del artículo 10 II 17 del *Preussisches Allgemeines Landesrecht* de 1794 a la que nos referimos con anterioridad. El nuevo concepto queda conformado en los fundamentos jurídicos del pronunciamiento, rechazándose la validez de la totalidad del concepto contenido en el del *ALR* y limitándolo a la acción de prevención general del peligro. Esta sentencia habría sido, en terminología actual, «un acto de interpretación de la conformidad constitucional de una ley, que acomodó el concepto policial a los principios del Estado liberal de Derecho» (54).

En lo sucesivo, el *preussisches Oberverwaltungsgericht* elaboró, en una extensa jurisprudencia (55) y sobre la base de la disposición del *ALR*, un régimen jurídico de seguridad basado en la prevención de peligros que serviría de modelo para toda Alemania (56). La evolución y los frutos de la jurisprudencia

(53) Y «si el legislador quiere que la policía limite los derechos de los ciudadanos por otras razones diferentes a la prevención de peligros, entonces no es suficiente la cláusula general de policía, sino que el Parlamento tiene que crear bases jurídicas especiales para la intervención policial por otras razones. IBLER, M., *op. cit.*, p. 150.

(54) GÖTZ, V., *op. cit.*, pp. 16-17.

(55) Para IBLER, «su jurisprudencia elaboro a lo largo de varias décadas un amplio conjunto de principios y construcciones dogmáticas iusadministrativas que encontraron en toda Alemania una similar utilización, pese a que la legislación de los diferentes Estados alemanes divergiera. Así, por ejemplo, en el año 1882 el mismo Tribunal Superior de 10 Contencioso-Administrativo de Prusia estableció que la injerencia de la Administración en el ámbito de libertad o en la propiedad de un ciudadano presupone una base legal (reserva legal, *Vorbehalt des Gesetzes*). También sentó jurisprudencia acerca de que si una ley permite a la Administración limitar o restringir la posición jurídica de un ciudadano, dicha ley tiene que determinar con precisión las premisas requisito de la injerencia (garantía constitucional de precisión o *Bestimmtheitsgebot*). Además el Tribunal proscribió el establecimiento de restricciones excesivas (innecesarias): frecuentemente denominado hoy en Alemania prohibición del exceso (*Übermaßverbot*); y asimismo declaro que el destinatario de un acto administrativo oneroso para el ciudadano (esto es, restrictivo: por ejemplo, una orden de policía) siempre tiene legitimidad para interponer una demanda (*Klagebefugnis*) contra dicha disposición (la así denominada teoría del destinatario o *Adressatentheorie*). IBLER, M., «Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50-51, 2005, p. 7. *Vid.*, asimismo, LÜDTKE, A., «L'expérience policière allemande: une perspective historique», *Les cahiers de la sécurité intérieure*, núm. 7, noviembre 1991– enero 1992, p. 71.

(56) Así, los Estados del centro y norte de Alemania siguieron a Prusia, en parte mediante reglamentaciones legales, en parte mediante la asunción por el derecho consuetudinario de los derechos básicos prusianos. En el sur, la evolución tomó un camino formalmente diferente al optarse por la promulgación de los denominados Códigos Penales de Policía. En cuanto al concepto jurídico policial, el sur adoptó el de todos los estados alemanes, el de la prevención del peligro. IBLER, M., *op. cit.*, p. 149.

prusiana sobre el Derecho de Policía fueron codificados por los legislativos de los diferentes *Länder* o alemanes, como por ejemplo la Reglamentación de Turingia del 10 de julio de 1926, llegando incluso ser incorporado a los ordenamientos de Austria y Suiza (57).

Ahora bien, la clave del sistema policial prusiano fue la Ley de Administración Policial o *Polizeiverwaltungsgesetz (PVG)* de 1 de junio de 1931, a la que ya nos hemos referido, norma que muy probablemente fue la última obra legislativa de importancia de la República de Weimar (58) y en la que «algunos de los principios generales del Derecho Administrativo establecidos por los jueces de lo contencioso-administrativo fueron promovidos a la condición de disposiciones de naturaleza legislativa» (59).

El Ministro del Interior Carl Wilhelm Severing (1875-1952) llevará acabo la democratización de la policía y el sistema de seguridad prusianos que obtendrán su legitimación con la promulgación de la *PVG* (60), que constituirá «en gran parte la base de la práctica de la policía alemana moderna, constituyó la mayor codificación, simplificación y reforma de la policía en Alemania» (61), sobre la base del criterio recogido en el artículo 1 de que el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos era función del *Land*, incluso después de 1808, a pesar de que algunas grandes ciudades tenían permitido la creación de cuerpos de policía (62).

El artículo 14.1 de la cual autorizaba a las autoridades policiales «a adoptar, según su criterio profesional y dentro del marco legal vigente, las medidas necesarias para proteger a la comunidad de peligros aislados que amenacen la seguridad y el orden públicos» (63). Esta disposición establece definitivamente la técnica de la Cláusula General policial o de prevención de peligros, que se desarrollará a continuación.

(57) Vid. FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, p. 269.

(58) Nótese que en el *Land* del Sarre su vigencia se mantiene hasta 1989. Vid. NAAS, S., *Die Entstehung des Preussischen Verwaltungsgesetzes vom 1931*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2003.

(59) IBLER, M., «Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania», *op. cit.*, p. 8.

(60) FAIRCHILD, E. S., *German Police*, Charles Thomas, Springfield, 1988, p. 28.

(61) *Ibidem*, p. 28.

(62) Durante la República había casi veinte cuerpos de policía de los *Länder* y de las ciudades libres de Bremen, Hamburgo y Lübeck.

(63) Textualmente rezaba: «*im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßiger Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.*».

Esta fue una norma de una gran calidad técnico-jurídica y «lo más trágico, pero a la vez lo más significativo, es que esta ley poco después fue asumida por el Gobierno Central del III Reich» (64). A pesar de ello, será la base jurídica del Derecho Policial y del Orden o *Polizei- und Ordnungsrecht* de los *Länder* después de la Segunda Guerra Mundial (65), que se fundamentará en los dos ejes fundamentales de la Ley de Administración Policial de 1931: la Cláusula General de Policía, ya citada y la responsabilidad del causante del riesgo y del propietario de la cosa o bien peligrosos (66).

Éste es un modelo que devendrá federal y en el que los *Länder* aún ostentan las competencias legislativas y ejecutivas ordinarias en materia de policía y seguridad en la Alemania unida actual (67). Ahora bien, para RUTHIG, «a pesar de que se concibe con carácter excepcional, cada vez más se amplían las competencias en materia de prevención de peligros de las autoridades federales» (68).

IV. LA CLÁUSULA GENERAL POLICIAL

El *Gefahrenabwehrrecht* (69) o Derecho de Prevención de Peligros (70), como función primordial del Derecho de la Policía y del Orden, según RUTHIG (71), encuentra su más destacado exponente en la llamada «Cláusula General policial» o *polizeiliche Generalklausel* (72) o *preussische Generalklau-*

(64) JACOB, H., *German Administration Since Bismarck: Central Authority Versus Local Autonomy*, Yale University Press, New Haven and London, 1963, p. 51. Vid. GARCÍA OVIEDO, C., «La noción de policía en el nacionalsocialismo alemán», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 174, 1943, pp. 21-37.

(65) FAIRCHILD, E. S., *op. cit.*, p. 29.

(66) IBLER, M., *op. cit.*, p. 150.

(67) *Per totum*, vid. THIEL, M., *op. cit.*, p. 22.

(68) RUTHIG, J., *op. cit.*, p. 22.

(69) Vid. FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, pp. 296-304.

(70) Vid. KNEMEYER, F. L., SCHMIDT, T. I., *op. cit.* pp. 55-60, THIEL, M., *Polizei- und Ordnungsrechts*, 3 ed., Nomos, Baden Baden, 2016, pp. 156-157.

(71) RUTHIG, J., *op. cit.*, p. 482.

(72) Al respecto de la Cláusula General de Policía, vid. VON MUTIUS, A., «Die Generalklausel im Polizei- und Ordnungsrecht», *Juristische Ausbildung (Jura)*, 1986, pp. 649-657; SCHOLLER, H., SCHLOER, B., *op. cit.*, pp. 215-218; BUTZER, H., «Flucht in die polizeiliche Generalklausel. Überlegungen zur Konkurrenz von polizeilichen Befugnisnormen», *Verwaltungs Archiv(WerwArch)*, 2002, pp. 506-539; PIEROTH, B., SCHLINK, B., KNIESEL, M., *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht*, 4^o ed. C. H. Beck, München, 2007, pp. 119-126; SCHOCH, F., «Behördliche Untersagung unerwünschten Verhaltens» im öffentlichen Raum», *Jura*, 2012, pp. 858-866; PIEROTH, B., «Die polizeiliche Generalklausel», *Ad Legendum (AL)*, 2013, pp. 135-136.

sel, para algunos (73) que permite legítimamente «la interferencia en la libertad de los ciudadanos» ante la existencia de un peligro (74).

1. El origen

El origen de la Cláusula General se sitúa en el artículo 14.de la Ley de Administración Policial prusiana de 1931, que dispone que «las autoridades de policía pueden adoptar las medidas necesarias para rechazar en un caso concreto el peligro que amenaza la seguridad y el orden público» (75). Esta disposición adquirirá plena vigencia en el conjunto del territorio alemán a través de las *Landespolizeigesetze* o Leyes de Policía de los *Länder*, a la vez que se consagró en artículo 8 del Proyecto modelo de una Ley uniforme de policía de la Federación y de los *Länder* o *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder (MEPolG)* de 11 de junio de 1976 (76). En virtud de este precepto, para KNEMEYER y SCHMIDT, la Cláusula

(73) Vid. SCHUCHT, C., «Generalklausel und Standardmaßnahme», *Schriften zum Recht der Inneren Sicherheit*, núm. 16, 2010, pp. 45-51.

(74) SCHENKE, W. R., op. cit. p. 41. En este sentido, KNEMEYER y SCHMIDT, op. cit. pp. 55-56, se preguntan si podría estar justificada una vulneración del principio del Estado de Derecho y del principio democrático mediante la aplicación de la Cláusula. Y responden que «la Cláusula General de Policía podría ser considerada como demasiado imprecisa aunque persigue el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos, que son conceptos jurídicos indeterminados. Así la medida a adoptar en virtud del peligro podría ser contraria al principio del Estado de Derecho porque ya no sería predecible para los ciudadanos. Al mismo tiempo también podría vulnerarse el principio democrático porque la decisión fundamental de en qué casos la policía puede adoptar medidas contra los ciudadanos ya no estaría legitimada democráticamente por el Parlamento, si no que derivaría directamente del Gobierno».

(75) «Die Polizeibehörden haben in Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßi-gem Ermessen notwendigen Massnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird».

(76) Se trata de una Ley modelo que fue redactada por la Conferencia de Ministros y Senadores del Interior de los *Länder* o *Inneresministerkonferenz (IMK)* para servir de indicativo y patrón para sus propias leyes sobre la base del «Programa de seguridad Interior» previsto para los años 1972-1974. Este proyecto fue revisado el 25 de noviembre de 1977 en relación a algunas cuestiones: reconocimiento de medidas policiales, comprobación de identidades, citaciones e interrogatorios, registro y entrada en domicilio. GÖTZ, V., op. cit., p. 33. Asimismo vid. HEISE, G., RIEGEL, R., *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes mit Begründung und Anmerkungen*, 2 ed., Boorberg, Stuttgart, 1978. y la posición contraria defendida por DENNINGER, E., et al., *Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder*, Lucherhamd, 1979. La ley modelo constituye un punto de referencia para las leyes policiales de los *Länder*, «aunque en todas ellas se condiciona y perfila el uso de la fuerza por la administración policial». Una peculiaridad germánica que responde a diversas razones: jurídicas —para lograr la sistematización de la jurisprudencia administrativa—, políticas —evitar el retorno a las prácticas totalitarias del regime nazi— y la influencia decisiva de la tradición alemana y de la obra fundamental de su máximo exponente Otto

General constituye «una norma jurídica completa que comprende tanto los hechos como las consecuencias jurídicas que conllevan. Así pues, establece tanto los conceptos jurídicos indeterminados (sin margen de discrecionalidad) que pueden constituir un peligro concreto con consecuencias para la seguridad y el orden públicos, como las medidas jurídicas concretas que conllevan, que se expresan a través la noción de posibilidad» (77).

Ahora bien, en la legislación de policía y del orden de los *Länder*, como se verá posteriormente, la Cláusula General y las autorizaciones especiales se utilizan conjuntamente desde hace mucho tiempo como habilitantes de la actividad administrativa; aunque la primera es de utilización preferente. La tradición relativa a estos instrumentos es destacada por SCHUCHT, que afirma que «a la vista de las pocas diferencias entre la actual generación de cláusulas generales y el artículo 10 II 17 del *ALR* prusiano se puede afirmar —desde el punto de vista de nuestras leyes de policía [de los *Länder*]— que esta regulación tiene un especial significado histórico y simbólico» (78).

El sistema jurídico-policial alemán se caracteriza, y con ello se diferencia del de otros estados europeos, por el decidido empeño en normativizar y regular con meticulosidad, tanto la variedad de situaciones que pueden ocasionar un peligro para la seguridad pública y el orden, como las atribuciones y medidas policiales que pueden activarse en relación con los diferentes supuestos de peligro y su prevención. Y ello, tanto para «el bien de los funcionarios que actúan, como para que la claridad de los ciudadanos» (79). Ahora bien, para MERKL, es evidente que la función de «prevenir o desviar peligros no puede ser regulada legalmente al detalle si pretende ser eficaz» (80).

2. El instrumento

Los territorios que actualmente constituyen Alemania sufrieron una policialización de la Administración Pública y de la sociedad en general por una clara influencia prusiana, que contrasta con la tradición democrática de Weimar, patente en la legislación de cualquier materia con el fin de proteger ante amenazas para el orden público y la seguridad, que alcanzarían su cénit

Mayer. AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, I., *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990, p. 58.

(77) KNEMEYER, F. L., SCHMIDT, T. I., *op. cit.* p. 55.

(78) SCHUCHT, C., *op. cit.*, p. 48

(79) RUTHIG, J., *op. cit.*, p. 488.

(80) MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1927, reeditado en Neubruck, 1969 o y traducido como *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Nacional, México, 1980, p. 330. En el mismo sentido, «ni el sistema más detallado de autorizaciones singulares podría abarcar todos los futuros peligros potenciales». FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 114.

con el Estado policial del terror que caracterizó el III *Reich* de Adolf Hitler. Es por ello, que el Ordenamiento Jurídico actual después de la Segunda Guerra Mundial, se estableció por imposición de los países aliados angloamericanos poner en manos de las «corporaciones locales» o *kommunalen Körperschaften*, todas las tareas administrativas que siempre había llevado a cabo la policía, de acuerdo con la tradición germánica. Así, podemos hablar del «principio de despolicialización» o *Entpolizeilichungsprinzip* de funciones e intervenciones administrativas de prevención que podían ser perfectamente desarrollados a través de las Administraciones del Orden o *Ordnungsverwaltungs* y sus agentes, sin carácter policial *sensu strictu* (81). Así, en el siglo XIX pasó a limitarse la actividad de policía a la prevención de peligros, para acabar refiriéndose, desde 1945, únicamente a la prevención general, no sectorial —es decir no especializada— de peligros (82).

La separación de las funciones de «policía administrativa» y de «policía de seguridad y de orden público» —según nuestro lenguaje jurídico—, y el traslado de las primeras a la competencia de las comarcas o *Kreise* (83) provocó muy pronto ciertas críticas en el sentido que su desarrollo exigía conocimientos y medios específicos que estos entes públicos no tenían. A pesar de ello, esta filosofía se ha mantenido hasta la actualidad.

Entre los campos despolicializados se encuentran, por ejemplo, desde la disciplina urbanística, la policía sanitaria, el control de los productos de pri-

(81) La despolicialización de las tareas administrativas fue llevada a cabo en la zona británica con mayor integridad que en la americana. Las «Decisiones sobre policía de la Zona Americana» o *Polizeivorschriften*— contenían una cláusula que autorizaba a las autoridades policiales a mantener algunas tareas administrativas. Los Länder de esta zona hicieron uso de esta cláusula de forma muy diversa. En el sector del Reino Unido, el principio fue más rigurosamente aplicado, hubo menos excepciones en las competencias policiales. Por ejemplo, en lo que se refiere a las competencias en materia de circulación.

(82) De ahí que, por ejemplo, la actividad sectorial especializada de control y erradicación de las epidemias, objeto de la legislación federal de epidemias pertenezca ahora a la «Administración sanitaria», y no ya a la «Actividad de policía sanitaria». Vid. MAURER, H., *op. cit.*, p. 7.

(83) La nueva organización de seguridad se configuraba en torno al hecho que el alcalde u *Oberburgmeister* de la ciudad-comarca o *Stadtkreis* que se constituía también como Autoridad de Policía u *Ortspolizeibehörde* de la ciudad, con funciones policiales *strictu sensu*, cuando en ella se había establecido una Administración de Policía del *Land* o *Landespolizeiverwaltung*. Ello supuso el desapoderamiento de las administraciones locales inferiores, los municipios o *Gemeinde*, que antes también las ostentaban. En el resto del territorio, las competencias eran asumidas por la comarca o *Kreis* y por su representante, el *Landrat*, agrupadas en torno a las Administraciones del Orden u *Ordnungsverwaltung* y competentes para la prevención de peligros. Así sucede, por ejemplo, con la atribución sectorial en materia de control urbanístico, tráfico y seguridad vial y en algunos ámbitos medioambientales. Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Alemania», en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Gobiernos Locales en Estados Federales y Descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Institut d'Estudis Autònòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, pp. 87-93.

mera necesidad y la industria, hasta el control de los transeúntes, la policía de caminos la vigilancia, el control en el ámbito económico o en algunos aspectos del medio ambiente, como la protección ante las inmisiones. Según FRIAUF, «en el Estado Social de la Ley Fundamental, despolicializar es también prevenir contra peligros, así sucede con los menores (servicios sociales y protección de la juventud)» (84).

A pesar de la sutil construcción jurídica alrededor de la prevención de peligros o *Gefahrenabwehr*, se pone en evidencia que, aun remarcándose el carácter subsidiario de la Cláusula General, ésta impera y preside de forma permanente las actuaciones para la prevención de peligros para la seguridad y el orden públicos.

Como ya se ha señalado, las Autoridades de Policía o *Polizeibehörden* con frecuencia fundamentan su capacidad de intervención en la Cláusula General. En cambio, las Autoridades del Orden u *Ordnungsbehörden* o Administraciones del Orden o *Verwaltungsbehörden* deben actuar amparadas por una habilitación de carácter administrativo. En este sentido, podemos observar que, para la consecución de una misma finalidad, la prevención de un peligro, el Ordenamiento Jurídico alemán establece procedimientos diferenciados según cual sea la administración actuante: las Autoridades del Orden deben ceñirse a un procedimiento formal de emisión de actos administrativos habilitantes; mientras que las Autoridades de Policía, en su función de prevención general de peligros, puede actuar *per se* y directamente sin necesidad de acto jurídico alguno.

Ello supone que las Autoridades de Policía son, en definitiva, las garantes materiales fundamentales para la preservación de peligros y amenazas al ser los únicos que pueden actuar de forma expeditiva, urgente y sin habilitación; es decir, en ejercicio de la coacción administrativa (85), salvo cuando las «medidas de prevención de peligros» o *Gefahrenabwehrmassnahmen* requieran de la correspondiente autorización judicial, como son las que comporten la «privación de libertad» o *Freiheitsentziehung* o la «entrada en domicilio» o *Durchsuchung* (86).

(84) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 117.

(85) Para AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, es preciso destacar el grado de concreción y claridad alcanzado por la legislación alemana y la atención singularizada prestada a la coacción directa por la doctrina contemporánea, fruto de lo cual es el desarrollo de las habilitaciones específicas de intervención que, aun cuando presenten múltiples flecos que hacen inevitable (de conformidad con el principio de subsidiariedad) la existencia de una cláusula general de evitación de peligro concreto para la seguridad y el orden público, trazan el camino a seguir en una sociedad democrática, en la que de antemano se debe conocer el grado de libertad que se sacrifica en aras de la seguridad deseada». *Op. cit.*, p. 82.

(86) Art. 104.2 y 13.2 de la Ley Fundamental, respectivamente. Así como, la recopilación de datos o *Datenerhebungen*, especialmente si es a través de escuchas o *Abhör*, en el

3. La subsidiariedad administrativa

A pesar de su caudal importancia en el Ordenamiento Jurídico alemán nótese que la *Generalklausel* es un instrumento con «carácter subsidiario cuando existan apoderamientos especiales que, en todo caso, tienen carácter preferente sobre el general. Por consiguiente, en la medidas que se acrecientan los apoderamientos o habilitaciones específicas decrecerá o disminuirá en igual medida la necesidad de cobijar las medidas de evitación del peligro en el apoderamiento general», según AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA (87). De ahí que, aún siendo la clave de bóveda del sistema jurídico de seguridad y orden públicos, éste ha desarrollado, en ejecución de la garantía esencial del Estado de Derecho, regulaciones especiales y singulares que otorgan poderes de prevención e intervención administrativas a las Autoridades de Policía y del Orden para dar respuesta a supuestos específicos de peligro. Estas reglamentaciones especiales «siempre van por delante de la cláusula general, según los principios generales de Derecho Administrativo. Es decir, la cláusula general cede ante normas especiales, ello quiere decir que es subsidiaria» (88). Consecuentemente, al examinar un supuesto de hecho concreto debe examinarse previamente si para este ámbito, actividad o situación el sistema posee una reglamentación especial o específica y sólo se podrá recurrir a la aplicación de la Cláusula General si previamente se ha constatado su inexistencia.

Las diferentes Leyes de Policía y del Orden de los *Länder* prevén, siguiendo el modelo prusiano del artículo 14.2 de la Ley de Administración de Policía de 1931 que por disposición de la Cláusula General se puedan transferir a estas autoridades administrativas «otras funciones al margen de las de defensa ante el peligro» mediante leyes de carácter especial (89).

Ahora bien, las Autoridades de Policía pueden intervenir excepcionalmente cuando la autoridad competente no puede actuar a tiempo y son necesarias

marco de una investigación policial de prevención de peligros. Vid. SODAN, H., ZIEKOW, J. (dirs.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar*, Nomos, 2014, Baden-Baden, pp.367-560.

(87) AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, I., *op. cit.*, p. 76.

(88) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 114.

(89) Así, por ejemplo, en el artículo 1.2 de la Ley sobre funciones y competencias de las Autoridades del Orden o *Gesetzes über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden – Ordnungsbehördengesetz (OBG)* de Nordrhein-Westfalen de 13 de mayo de 1980, se establece que «las Autoridades del Orden cumplen con los deberes de protección frente al peligro según las leyes y disposiciones específicas dictadas para tal caso. Si faltaren disposiciones legales o éstas fueran insuficientes, las autoridades del orden actuarán conforme a la presente Ley». Y así sucede también con la legislación sobre la «libertad de reunión» o *Freiheit zur Versammlung* o sobre otras atribuciones policiales exorbitantes de gran incidencia en la esfera jurídica de los derechos de la ciudadanía como la custodia de personas, la entrada en domicilio o la retirada de permisos, aunque se fundamentan en la prevención de peligros, deben estar previamente establecidas en leyes sectoriales o específicas.

medidas de aplicación inmediata para prevenir peligros inminentes. De tal suerte que a menudo, la aplicación subsidiaria de la Cláusula General comporta, en definitiva, una nueva policialización, es decir, la intervención directa de la policía y no de la administración competente no policial. La intervención policial en los casos de emergencia está sometida a un régimen jurídico con unos principios o estándares determinados: (90)

- a) Las medidas policiales deben circunscribirse a lo «estrictamente necesario e inaplazable».
- b) La autoridad administrativa realmente competente debe ser informada por la policía.
- c) La autoridad administrativa mantiene su competencia direccional desde el momento en que ha sido informada. Por consiguiente, la policía no está autorizada a imponer su criterio a la autoridad competente en el campo del que se trate.
- d) La policía ha de retirar inmediatamente las medidas aplicadas, si así lo requiere la autoridad administrativa competente, incluso cuando aún está convencida de su necesidad.

La cuestión a resaltar aquí es que el criterio de la policía, bajo la Cláusula General o cláusulas especiales de prevención de peligro, tiene prevalencia incluso sobre un criterio diferente que pudiera tener el juez —pues aquella tiene la obligación de informarle de las medidas de prevención que adopta en virtud de estas habilitaciones. En cambio, no dispone de este privilegio de prevalencia con respecto a la autoridad administrativa policial no competente. Así, podríamos afirmar que se refuerza el poder administrativo ante el judicial. Y dentro de éste, prevalece el poder administrativo especializado ante el poder policial general (91).

4. La subsidiariedad penal

El Ordenamiento Jurídico también dispone la subsidiaridad de la *Generalklausel* con respecto a al Código Penal o *Strafgesetzbuch (StGB)* y a la legislación penal procesal o *Straprozessordnung (StPO)* alemanes. Ahora bien, esta relación no debe entenderse en el sentido que prime el Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Policial; si no que éste último es de aplicación preferente en todos los supuestos generales o especiales de prevención del peligro. En este sentido, se otorga a las Autoridades de Policía facultades exorbitantes que permiten desplazar a los órganos judiciales en los supuestos

(90) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 117.

(91) *Ibidem*, p. 118.

taxativos regulados en las leyes sectoriales o en los supuestos fácticos de peligros inminentes habilitados por la Cláusula General.

Ahora bien, sin perder de vista esta consideración general, la Cláusula General opera como subsidiaria en algunos supuestos concretados en el *StPO*, dónde la policía funciona como policía judicial, bajo la dirección de los órganos judiciales. En estos casos, la Cláusula General, en su función subsidiaria, es utilizada para integrar las lagunas, imprecisiones o situaciones fácticas no reguladas que se hallen en la legislación penal (92).

5. Entre el presente y el futuro

La importancia caudal que la *polizeiliche Generalklausel* ha tenido en el pasado, desde su institución por la Ley de Administración Policial prusiana de 1931, sin duda no se mantiene en el momento presente. Y ello es debido a que el carácter subsidiario de toda cláusula general cada vez se ve más reducido a medida que la especialización, de un lado, y la tecnificación, de otro, comportan un aumento notable de la actividad legislativa y con ella la disminución de supuestos sin previsión normativa *ad hoc*. Así, para SCHOCHT, «la relación numérica entre la cláusula general de la policía y de las medidas estándar ha cambiado radicalmente con el tiempo» (93).

A pesar de ello, el *Gefahrenabwer* ha sido el fundamento de nuevos e importantes ámbitos como es la protección del suelo, como ya lo había sido antes, en los años setenta y ochenta del siglo XX con la contaminación del medio ambiente, mediante residuos (94). Así para DE LA VARGA PASTOR, «el legislador ha elaborado el nuevo derecho de protección del suelo inspirándose en ella y ha trasladado a este ámbito tanto el concepto de peligro como el de prevención de peligros construido en el ámbito del derecho de policía y orden público (...) Se configura como el núcleo de la ley [Ley federal de protección del suelo o *Bundes- Bodenschutzgesetz*]. La mayoría de las obligaciones que se prescriben, en relación con la protección del suelo, surgen en aplicación

(92) Este es el caso del artículo 102 *StPO*, que se refiere al «registro del sospechoso» en términos no excesivamente concretos: «Respecto al que fuere sospechoso, como autor o partícipe, de un hecho punible o de encubrimiento real, encubrimiento personal o receptación, podrá adoptarse también el registro de su vivienda y de otras habitaciones, así como de su persona y de las cosas que le pertenecieran, tanto con el fin de capturarlo, como si fuera de suponer que el registro llevará al descubrimiento de medios de prueba». En este sentido, *vid.* HAURAND, G., VAHLE, J., «Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, núm. 22, 2003, pp. 514 y ss.; JEROUSCHECK, G., «Gefahrenabwendungsfolter — Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz?», *Juristische Schulung (JuS)*, núm. 4, 2005, pp. 296 y ss.

(93) SCHUCHT, C., *op. cit.*, p. 51.

(94) IBLER, M., *op. cit.*, p. 145.

de este principio, cuyo objetivo es evitar un daño ambiental, cuando haya un peligro de que se cause, es decir, cuando estemos ante una amenaza inminente de que se cause un daño ambiental» (95).

En cualquier caso, como ya se ha expuesto, para RUTHIG la utilización de la cláusula general «siempre requiere la presencia de un peligro concreto. Entre ellos se encuentra una situación entendida en si misma en un caso individual, de hecho, o desde la perspectiva del funcionario que ha evaluado la situación en el sentido de que en un futuro próximo existe una probabilidad razonable de que se produzcan daños» (96).

Ahora bien, en opinión de KNEMEYER y SCHMIDT, la Cláusula General mantiene su vigencia en al menos tres ámbitos: (97)

1. Nuevos retos a los que el legislador no podría responder mediante la adopción de una regulación específica,
2. Situaciones de riesgo desconocidas a las que se deben dar nuevas respuestas policiales.
3. «Casos de menor importancia» o *Bagatellfälle* que no requieren de una actividad legislativa especial.

En la actualidad, se basan en la Cláusula General medidas policiales como la comunicación de datos en el ámbito de la información o inteligencia,

(95) Ahora bien, la Ley Federal de Protección del Suelo introduce de forma novedosa el «principio de precaución» o *Vorsorgeprinzip*, puesto que el Derecho general de policía y de orden público, a través de la prevención de peligros, no suficientemente eficaz; puesto que tan solo permita la intervención del Estado cuando se hubiesen producido daños o cuando la aparición del daño fuera inminente. La aplicación del principio de precaución va a dar lugar a una intervención más pronta y efectiva, puesto que se va a adelantar la intervención a cuando se entienda que puede existir un riesgo de que se produzca un daño al suelo, mediante el establecimiento de obligaciones de actuación o, incluso, de no actuación. DE LA VARGA PASTOR, A., *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados*, La ley, Madrid, 2012, pp. 327-328. En este sentido, para CALLIÉS, «el principio de precaución es la reacción jurídica a las situaciones en las que los daños potenciales no pueden ser determinados con una seguridad suficiente, es decir, en situaciones de incertidumbre. Este principio no solo habilita la intervención del Estado en los supuestos de riesgo, sino que establece el deber estatal de precaución frente a riesgos». CALLIÉS, CH., *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 153. Vid. asimismo FLEURY, R., *Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995; WERNER, S., «Das Vorsorgeprinzip– Grundlagen, Maßstäbe und Begrenzungen», *Zeitschrift für Umwelt und Planungsrecht (UPR)*, núm. 9, 2001, pp. 335-340; CIERCO SEIRA, C., «El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», *RAP*, núm. 163, enero-abril, 2004, pp. 73-125; KÜHN, W. M., «Die Entwicklung des Vorsorgeprinzips im Europarecht», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, núm. 4, 2006, pp. 487-520.

(96) RUTHIG, J., *op. cit.* p. 482.

(97) KNEMEYER, F. L., SCHMIDT, T.I., *op. cit.* pp. 56-57.

la protección de personas vulnerables y las observaciones policiales a largo plazo (98).

6. El control jurisdiccional

El papel que los órganos jurisdiccionales desarrollan en el ámbito del control de las actuaciones policiales y del orden sobre la base de la prevención de peligros mediante las diferentes formas de intervención no es de ninguna manera actual; sino que proviene de una larga tradición, que precisamente arranca del Estado prusiano, como ya se ha puesto de manifiesto. De hecho, puede afirmarse que la labor realizada por el poder judicial en su «función revisora» o de control *a posteriori* ya desde antaño ha venido a delinear la formulación clásica del concepto de peligro que, como señala FRIAUF, todavía hoy tiene vigencia (99). Aunque ello no obsta que el Ordenamiento Jurídico requiera de la Autoridad de Policía o del Orden un control *a priori* o autocontrol de la actuación a realizar puesto que es la que puede realizar mejor un juicio racional de existencia o no de peligro.

En aplicación de la Cláusula General de Prevención de Peligros, si se cumplen las condiciones en ella previstas, es decir, que se dé una situación de peligro para la seguridad o el orden públicos, las Autoridades de Policía o del Orden pueden adoptar las medidas necesarias para prevenir el peligro. Y si el peligro se ha materializado ya, para suprimir la perturbación a la seguridad pública. Asimismo, la jurisprudencia, según las circunstancias, admite en el caso de peligro supuesto que se adopte una intervención exploratoria o previa para verificar la existencia de un peligro concreto, tal como apunta SOMMERMANN. (100)

En definitiva, la mayor garantía para el ciudadano reside en la revisión *ex post*, sobre todo jurisdiccional —pero pudiera ser de otra índole, como la interna de la propia fuerza actuante—, de los hechos que han determinado la adopción de la medida de prevención del peligro adoptada con el fin de comprobar si realmente las circunstancias eran determinantes de forma objetiva para la intervención policial preventiva del peligro (101). A pesar de todo,

(98) *Ibidem*, p. 57.

(99) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 124.

(100) SOMMERMANN, K. P., «Administration et police en Allemagne», en *Annuaire Européen d'Administration Publique*, núm. 21, 1999, p. 8.

(101) PAREJO ALFONSO traslada, asimismo, la reflexión sobre el control jurisdiccional de la actuación policial a nuestro sistema jurídico, sobre la base de que «el razonamiento correspondiente —la «previa valoración de la situación capaz de legitimar» la actuación— es perfectamente reconstruible *ex post*, por tanto, reproducible en sede judicial, lo que vale decir susceptible de control de esta naturaleza (así opera con toda naturalidad nuestra jurisprudencia).

como señala este mismo autor, la definición ampliamente analizada de peligro es interpretada de forma flexible por los tribunales y siempre sobre la base de los principios generales del Derecho Público y, en particular, de los principios de oportunidad y de proporcionalidad, como se expone a continuación. (102)

A) El principio de oportunidad

El principio de oportunidad u *Opportunitätsprinzip* es determinante de la actuación cuando la autoridad administrativa actúa bajo el amparo de la Cláusula General (103). De ahí, que pueda establecerse que el poder discrecional que posee en la apreciación de las circunstancias concomitantes del peligro y en la adopción de las medidas para prevenirlo sea muy limitado (104). En este sentido, la revisión judicial de la actuación policial o del orden abarcaría la adecuación a: (105)

- a) La legalidad, es decir, «si la medida adoptada es irregular porque ha excedido los márgenes legales de la discrecionalidad».
- b) El objetivo perseguido, es decir, «si el uso de la discrecionalidad no es conforme con el objetivo establecido por la norma de habilitación».
- c) Los principios generales, es decir, «si la medida no viola los principios generales constitucionales, especialmente el «principio de proporcionalidad».

Desde la perspectiva de PAREJO ALFONSO y DROMI, en materia de seguridad, sin duda, «debe reconocerse a la Administración una determinada discrecionalidad sobre la decisión de intervenir, en función de su propia capacidad, de la importancia de los bienes en peligro y del riesgo o peligro de daño que amenace a éstos» (106).

cia). El criterio jurídico de medida para el enjuiciamiento de su corrección es el que corresponde a la valoración, que, en las primeras circunstancias, habría efectuado un funcionario de policía con buena formación, experiencia y prudencia». PAREJO ALFONSO, L., «Seguridad Pública», en PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo (Parte especial)*, 5ª ed. Barcelona, 1998, p. 151.

(102) SOMMERMANN, K. P., *op. cit.* p. 8. *Vid.* en PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, pp. 143-149, el funcionamiento de estos principios en nuestro sistema jurídico.

(103) *Vid.* RUTHIG, J., *op. cit.*, p. 482.

(104) MAURER, H., *op. cit.*, p. 143.

(105) SOMMERMANN, K. P., *op. cit.*, p. 8.

(106) PAREJO ALFONSO, L., DROMI, R., *Seguridad pública y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2001, p. 105.

B) El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad o *Verhältnismässigkeitsprinzip* comporta que las exigencias relativas a la probabilidad son menores frente a un peligro grave que frente a un peligro más limitado. Y es a través del Derecho de Policía que, para IBLER, llega al Derecho Administrativo y desde ahí «se fortalece como parte del principio del Estado de Derecho y por eso es un principio constitucional» (107). En este marco, en relación a las medidas adoptadas en el ámbito de la proporcionalidad, los tribunales examinarían (108):

- a) La idoneidad o *Geeignetheit*, es decir «si la medida es apropiada para atender el objetivo perseguido» (109).
- b) La indispensabilidad, es decir, «si la medida es indispensable para atender el objetivo, es decir, si otro medio menos constringente no condujera al mismo resultado». Es decir, a *contrario sensu*, la menos gravosa, de acuerdo con el principio de intervención mínima o *Grundsatz des geringsten Eingriffes* (110).
- c) La adecuación; es decir, «si la medida es igualmente adecuada — proporcional en el sentido preciso del término—, es decir si el medio empleado y los inconvenientes provocados no distan mucho del objetivo a atender» (111).

Más allá de la aplicación de este principio fundamental sobre la base de la Cláusula General, las Leyes de Policía de los *Länder* o *Landespolizeigesetze* y algunas leyes especiales o sectoriales han extendido y adecuado su significado a las acciones policiales que son particularmente sensibles o limitan gravemente los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, por ejemplo, la «utilización de armas de fuego» o *Schusswaffengebrauch* por los agentes de policía contra las personas, sólo se admite si se evidencia la inutilidad de otras medidas menos gravosas y si se evita el ataque o la huida de la persona. Esta concretización ha llegado hasta el punto de que la legislación de policía de los *Länder* ha regulado explícitamente el llamado «tiro de muerte» o *Todschuss*, entendido como «el tiro que, con una probabilidad limítrofe a la certeza, tendrá un efecto letal». Una medida como ésta se halla, en principio,

(107) IBLER, M, op. cit. p. 145.

(108) THIEL, M., op. cit., p. 100. En el mismo sentido, *vid.*, SOMMERMANN, K. P., op. cit., p. 8.

(109) GÖTZ, V., op. cit., p. 131.

(110) Art. 2. 1 de la Ley Modelo. *Vid.* HEISE, G., RIEGEL, R., op. cit., pp. 30-31.

(111) Art. 2.2. de la Ley Modelo. Así, mientras el primero pone a disposición de las autoridades la medida más adecuada, el segundo limita las medidas tolerables a las que causan la mínima molestia y, el último, elimina las que pudieran causar daños desproporcionados. *Vid.* GÖTZ, V., op. cit., pp. 131-132.

prohibida salvo que suponga el «único medio» para rechazar un «peligro actual» para la vida de una persona o el peligro de una violación grave de la integridad psíquica.

V. EL CONCEPTO DE *GEFAHR*

El «peligro» o *Gefahr* (112) constituye el elemento fundamental para la comprensión de las funciones y atribuciones de la policía y de las autoridades del orden alemanas, en el marco del Derecho de la Policía y del Orden. La singularidad del concepto de peligro y de su prevención en el Derecho Administrativo y en Derecho de Policía alemanes respecto de otros derechos europeos obliga a realizar un análisis pormenorizado del mismo (113).

1. La conceptualización

El «concepto de peligro» o *Gefahrenbegriff* (114), eje central del *Gefahrenabwehrecht*, va a predeterminar toda la actividad policial o *polizeiliches Handeln* con unas atribuciones que van a cumplir funciones paralelas a las del Juez penal y del Fiscal. Por otro lado, estas atribuciones de prevención del peligro también están otorgadas por la ley a otras autoridades administrativas, las denominadas Autoridades del orden u *Ordnungsbehörden*.

La *Grundgesetz* o Ley Fundamental para la República Federal alemana consagra el «concepto de peligro» en el artículo 13.3 en relación a la inviolabilidad del domicilio, en los siguientes términos: «las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse con el objetivo de defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas también podrán ser tomadas para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro» (115).

(112) Vid. FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, pp. 287-304.

(113) Vid. PIEROTH, B., SCHINK, B., KNIESEL, M., *op. cit.*, pp. 63-85; DENNINGER, E., «Polizeiaufgaben», en LISKEN, H., DENNINGER, E., *Handbuch des Polizeirechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012, pp. 188-241.

(114) Vid. *in totum*, FUENTES I GASÓ, J. R., «La prevención de los peligros y la seguridad de los productos», en FUENTES I GASÓ, J. R., HIDALGO MOYA, J. R., MOLES I PLAZA, R. J., *La seguridad de los productos*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 155-210.

(115) Así dispone que: «*Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden*». El artículo 13 es modificado en 1998 para facilitar las llamadas «escuchas masivas» en la lucha contra el crimen organizado con lo

A modo preliminar, se puede indicar que el concepto de peligro «se circunscribe en el derecho de policía y orden público alemán en las circunstancias en las que en el decurso de los acontecimientos normales, sin molestias, una condición o un comportamiento condujera con suficiente probabilidad en tiempo imaginable a un daño respecto a los bienes de protección pertinentes», según TETTINGER, ERBGUTH y MANN (116).

La vigencia y la actualidad de esta conceptualización, así como la oportunidad de su desarrollo en nuestro sistema policial, van a ser objeto de análisis a lo largo de este capítulo. En este sentido, PAREJO ALFONSO ha resaltado ya la centralidad del concepto de peligro como base del Derecho de Seguridad Ciudadana y del Orden Público español y ha trasladado a nuestro ordenamiento el *corpus iuris* germánico en esta materia, que ya había apuntado AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA (117) (118).

2. El origen

El Tribunal Supremo Administrativo de Prusia o *preussischen Oberverwaltungsgericht*, con plena vigencia hasta nuestros días, definió el peligro o *Gefahren* como «una situación que, en su evolución libre, lleva visiblemente a un 'daño' o *Schaden*, es decir, a una minoración de una situación normal existente en bienes por influencia de acontecimientos exógenos» (119).

En la misma línea, la doctrina alemana actual ha seguido esta conceptualización. Entre los primeros cabe destacar DREWS y WACKE (120). Y para GÖTZ

que se añaden los cinco nuevos apartados —del 2 al 6—, con lo que el citado apartado 3 pasa a ser el 7 con idéntica redacción. Vid. HOFMANN, H., «Reformas de la Ley Fundamental. Experiencias de medio siglo», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 29, 2012, p. 327.

(116) TETTINGER, P. J., ERBGUTH, W., MANN, T., *Besonderes Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht*, Müller, Heidelberg, 2007, p. 181.

(117) Vid. AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, I., *op. cit.* pp. 35-55.

(118) A pesar de que este trabajo se centra en el modelo alemán, nos parece oportuno trasladar la conceptualización realizada para nuestro ordenamiento jurídico por PAREJO ALFONSO: «La situación a la que se alude con el expresado concepto es aquella que, según un juicio perito basado en la experiencia común y dejada al decurso espontáneo de los acontecimientos, debe conducir —en tiempo previsible y con suficiente probabilidad— bien a un comportamiento, bien a otra situación productor o determinante de un lesión de concretos bienes jurídicos protegidos por la seguridad y el orden público. En consecuencia, la comprobación de la existencia de una tal situación, es decir, de un 'peligro' o 'riesgo' de perturbación de la seguridad y el orden públicos implica, de suyo, la constatación de la producción de una lesión *in statu nascendi*», PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 151.

(119) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, pp. 221-222.

(120) Vid. *per totum*, DREWS, B., WACKE, G., *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, Heymann, Köln, Bonn, Berlin, München, 1986, p. 220.

y GEIS, el peligro «es un hecho objetivo que, en un tiempo previsible y con una alta probabilidad, provocaría o podría provocar un grave perjuicio o daño para la seguridad pública y el orden» (121). Según KNEMEYER, el peligro es una condición o circunstancia que, según el criterio de los especialistas y ante el devenir inevitable de un «hecho objetivo esperado» o *Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens*, permite prever la producción de un perjuicio o daño contra la seguridad pública y/o el orden, entendidos éstos últimos como «objeto de protección policial» o *polizeiliche Schutzgüter* (122). GUSY afirma que el peligro es un «perjuicio futuro previsible» o *absehbarer zukünftiger Schaden* (123). No es sino una circunstancia o condición, en la cual se encuentra el «derecho» o «bien objeto de protección» o *Rechtsgut* o *Schutzgut* (124).

En definitiva para SOMMERMANN, «el peligro concreto o peligro ‘sin cualificación’, término de referencia de la cláusula general, puede ser definido como una situación que comporta, en caso individual, una probabilidad suficiente de que se produzca en un futuro inmediato un perjuicio para la seguridad y el orden públicos» (125). Y es que, como es lógico, «la prevención de peligros no se debe permitir que se utilice sólo cuando ya se ha producido el daño» (126).

La constatación de un peligro exige así el «pronóstico» o *Prognose* de una futura o hipotética evolución de los acontecimientos; «puesto que el futuro no cognoscible, tan sólo pronosticable» (127). Dicha condición será definida formalmente como «arriesgada o amenazante», por cuanto conlleva la probabilidad de que se presenten perjuicios que atenten contra los valores citados de orden y estabilidad del sistema. Este pronóstico debe regirse por una «norma objetiva» u *objective Massstabs*, es decir, no debemos hallar ante un «comportamiento objetivo peligroso» o *gefährlicher Sachverhalt*, por lo tanto,

(121) GÖTZ, V, GEIS, M. E., *op. cit.*, p.42. Asimismo THIEL, M., *op. cit.*, pp. 80-81.

(122) KNEMEYER, F. L., *op. cit.*, p. 5. Por otro lado, HABERMEHL, sin distar mucho de éste, señala que «[...] un ‘peligro’ se presenta cuando ocurren hechos objetivos en el desarrollo de un suceso y, con una alta probabilidad, provocan un ‘daño’ en un bien objeto de protección policial». HABERMEHL, K., *Polizei – und Ordnungsrecht*, 2ª ed. Baden-Baden, 1993, p. 43. En el mismo sentido, TETTINGER para quién el concepto de peligro en el *Polizei – und Ordnungsrecht* «se entiende como toda situación en la cual, y debido al desarrollo de «acontecimientos inevitables» o *ungehinderter Geschehensablauf*, una circunstancia o *Zustand* o un comportamiento o *Verhalten* conducen, con suficiente probabilidad y en un tiempo previsible, a la sucesión de ‘perjuicios o *Schaden* en el bien objeto de protección correspondiente». TETTINGER, P. J., *Besonderes Verwaltungsrecht 1*, Heidelberg, 1995, p. 137.

(123) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 55.

(124) THIEL, M., *op. cit.*, p. 81.

(125) SOMMERMANN, K. P., *op. cit.*, p. 7.

(126) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 55.

(127) *Ibidem*, p. 57.

la existencia de temores subjetivos de observadores no justifica la intervención policial (128).

La objetivación de la existencia de unas acciones personales (individuales o colectivas) o materiales que pueden dar como resultado un daño, el Ordenamiento Jurídico alemán dispone unas atribuciones administrativas ordinarias, pero a la vez exorbitantes, a la policía y a otras autoridades administrativas a fin de que con estas medidas puedan evitar o contrarrestar el peligro, para HABERMEHL (129). La probabilidad de que se derive un perjuicio, constituye el criterio graduador mediante el cual se determina si se presenta o no un peligro y, por eso mismo, define la «legalidad» o *Zulässigkeit* de la actuación administrativa (130). Así pues, la actuación de la Policía o de una Autoridad del Orden, es sólo posible y lícita, es decir, adecuada a derecho, cuando nos hallamos ante un «peligro concreto» o *konkrete Gefahr* para la seguridad y el orden públicos (131).

FRIUAUF establece que, desde una perspectiva gradual, la protección se reduciría a aquellos supuestos en los cuales la probabilidad de riesgo fuera más elevada. Así pues, «sólo podrá hablarse de daño cuando la molestia haya alcanzado cierto grado de intensidad [*oIntensitätsgrad*]. Las simples molestias que no la alcancen ese grado deben ser soportadas. Pero éstas también pueden constituir peligro según el caso, si aparecen en abundancia» (132).

La comprobación de la existencia de un peligro significa simultáneamente la constatación de un perjuicio *in statu nascendi*. En dicho momento, se espera de la autoridad correspondiente, tanto el análisis detallado y completo de la «valoración» o *Lagebeurteilung* de la situación presente o como un pronóstico en relación con el desarrollo posterior del caso que permita prever la intervención policial o del orden (133). La autoridad competente cuenta con un cierto «poder discrecional» o *Ermessen* para decidir cuándo se presenta un peligro para la seguridad pública o el orden, si bien éste resulta muy reducido por la

(128) FRIUAUF, K. H., *op. cit.*, pp. 221-222. En el mismo sentido, *vid. GUSY, CH., op. cit.*, p. 57.

(129) HABERMEHL, K., *op. cit.*, p. 43.

(130) FRIUAUF, K. H., *op. cit.*, p. 222.

(131) STEINER añade que, bajo el concepto de peligro concreto ha de entenderse todo acto que, en un caso específico objetivo o por regla general desde la perspectiva de los expertos de la autoridad policial, conlleva en sí mismo y en un futuro cercano la posibilidad de un perjuicio o daño. STEINER, U., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 3^o ed. Heidelberg, 1988, p. 183. En el mismo sentido, SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 41, que afirma que «la existencia de peligro concreto es necesaria para el desarrollo de las actividades de policía».

(132) FRIUAUF, K. H., *op. cit.*, p. 222.

(133) TETTINGER, P. J., *op. cit.*, p. 138.

acción de las propias circunstancias concurrentes que son tenidas en cuenta en la graduación del riesgo (134).

El peligro ha tenido y tendrá cada vez un papel más primordial en una sociedad tecnificada y digitalizada a la velocidad de la luz. Y es que «en las circunstancias de convivencia humana actuales en un espacio reducido, difícilmente pueden evitarse múltiples perjuicios. Si se fijase un listón bajo en la escala de intensidad normativizada, deberían considerarse peligro muchas actividades a las que no puede renunciar la sociedad moderna —tráfico rodado, productores industriales—. Si, por contra, se fijase muy alto, la vida comunitaria se podría convertir en un infierno técnicamente perfeccionado» (135). Cabe recordar que las Autoridades alemanas de Prevención de Peligros, ya sean de Policía o del Orden no están constituidas para proteger al ciudadano de todo riesgo o molestia que pueda acaecer en su vida privada (136). Por lo tanto, en el momento de valorar un perjuicio o una molestia, es necesario tener en cuenta que éste sea socialmente adecuado, es decir, debe primar el interés general sobre los intereses estrictamente individuales y particulares de los

(134) LANGE, A., WILHELM, J., *Recht der Gefahrenabwehr*, Deutscher Gemeindeverlag, Köln, 1982, p. 50.

(135) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 222.

(136) MAURER analiza con precisión una intervención policial tipo: A, residente en una vivienda unifamiliar ubicada en una urbanización de la ciudad S, denuncia unas molestias graves debidas al ruido que hasta altas horas de la noche proviene de una casa vecina perteneciente a una asociación deportiva. Por estos motivos A reclama del alcalde que, en cuanto que órgano competente sobre la policía local, intervenga contra la asociación deportiva y prohíba las reuniones después de las 23 horas. El alcalde no interviene. ¿Cómo debe valorarse en este caso la pretensión? Hay que partir de la idea de que no existe ninguna disposición específica y, en consecuencia, va a ser de aplicación el poder general de policía. De acuerdo con las cláusulas generales en materia de policía, el órgano administrativo puede decidir discrecionalmente en qué casos y bajo qué condiciones intervendrá en caso de peligro para la seguridad y el orden público. Hay que examinar, en primer lugar, si existe un peligro para la seguridad y el orden público (presupuesto de hecho previsto por la ley). Si la respuesta es positiva, la siguiente cuestión radica en saber si el ciudadano es titular de un derecho en virtud de la regla general establecida por la ley en materia de policía. La regla tradicional viene representada por el hecho de que la policía sólo actúa por razones de interés público; hoy, en cambio, se admite que la policía actúa para la protección de los intereses jurídicamente protegidos del individuo, estando llamada a ejercer su actividad igualmente en interés del ciudadano afectado de tal modo que, en estas condiciones, la cláusula general de policía adquiere un carácter también protector del individuo. Sin embargo, se puede exigir solamente que el alcalde examine la situación y decida haciendo un uso correcto de su potestad discrecional, no que apruebe la prohibición solicitada. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo condenará al alcalde sólo a eso. Otra cosa sería, ciertamente, si, a la vista de las circunstancias concretas del caso, sólo la prohibición reclamada fuese la respuesta correcta al ejercicio de la potestad discrecional (reducción de la discrecionalidad); el alcalde estaría entonces obligado a dictar dicha prohibición y el Tribunal debería resolver imponiendo la obligación de dictar un acto administrativo en aquel sentido. MAURER, H., *op. cit.*, p. 183.

ciudadanos. En este sentido, deben «proteger lo establecido, pero no puede cambiar el estado actual en una dirección de mejora de las circunstancias. Sólo está protegido policialmente el estado normal de los bienes de vida» (137).

3. Los elementos

Una vez analizado el concepto de peligro es pertinente examinar los diferentes elementos que juegan a su alrededor y que pueden determinar la adopción de una determinada medida por las Autoridades de Policía o del Orden.

A) El perjuicio o daño como elemento esencial

En el Ordenamiento alemán, como hemos señalado, la existencia de un perjuicio o daño se configura como un elemento esencial del concepto de peligro (138). Así, se entiende el «perjuicio» o «daño» o *Schaden* como toda disminución objetiva y significativa o *erhebliche und objektive Minderung*, mediante «influencias o agresiones externas e ilegítimas» o *regelwidrige äussere Einflüsse*, de la existencia, preservación y protección de los bienes protegidos por el Estado —seguridad y orden públicos—, según STEINER (139). Para GÖTZ y GEIS el perjuicio o daño también puede ser entendido como toda «violación» o *Verletzung* de las normas, derechos y bienes objeto de dichos derechos o *Rechtsgütern* relacionados con la seguridad y el orden públicos (140). Cuando se habla de bienes jurídicos objeto de protección se hace referencia tanto a bienes individuales como colectivos cuyo uso o abuso incide en la seguridad pública (141). Ahora bien, cualquier violación de una norma jurídica no sería susceptible de una intervención administrativa para la prevención del peligro; si no que los bienes y derechos objetos de protección han de ser vulnerados de manera considerable (142).

Así pues, un perjuicio o daño es, en ese sentido, todo menoscabo o pérdida de valor, socialmente inadecuado, de los bienes objeto de protección. En consecuencia, nadie está obligado a asumir o aceptar tales menoscabos o pérdidas, salvo que éstos sean socialmente adecuados y conformes a ley, según GUSY (143). En estos supuestos, se hace referencia al concepto de «perjuicios

(137) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, pp. 222-223.

(138) *Vid.* FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, p. 292.

(139) STEINER, U., *op. cit.*, p. 183.

(140) GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 43.

(141) STEINER, U., *op. cit.*, p. 183.

(142) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 48.

(143) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 56.

que no son antijurídicos», esto es, aquellos que todos los ciudadanos tienen el deber de soportar por mor de la ley y a los cuales no pueden en ningún caso sustraerse. Así que, una vez más, los intereses individuales y concretos de los ciudadanos deben ceder ante la acción global y el interés general y colectivo.

B) La probabilidad como criterio determinante

No es indispensable que los perjuicios aparezcan con absoluta certeza ya que, debido a la función preventiva del *Gefahrenabwehrrecht* basta con que exista la «probabilidad suficiente» o *hinreichende Wahrscheinlichkeit* de que dichos perjuicios se produzcan (144), como ya se ha apuntado. El criterio para la determinación de si un acto o hecho dado constituiría una vulneración o violación de la seguridad y el orden públicos es la probabilidad de que esta violación se manifieste efectivamente en atención a las «circunstancias dadas» o *gegebene Umstände* y a la «experiencia acumulada» o *gesammelte Erfahrungen*, según GÖTZ. Así, el juicio de probabilidad vendría determinado por dos factores o elementos: por un lado, el supuesto fáctico con sus circunstancias concomitantes —como elemento objetivo—; y de otro, la propia experiencia del agente o autoridad actuante —como elemento subjetivo— (145).

Por lo tanto, sólo es indispensable la probabilidad de que ocurra un perjuicio, lo que en el lenguaje especializado se conoce como el «pronóstico de probabilidad» o *Wahrscheinlichkeitsprognose*— lo cual significaría que se pueda prever la producción de perjuicios en base a «hechos objetivos identificables» u *objektiv erkennbare Tatsachen*— y a la luz de la experiencia acumulada. Como quiera que se trata muchas veces de una valoración subjetiva de los hechos, debido a que se toma como base de análisis la experiencia de los agentes de policía, HABERMEHL señala respecto de dicho pronóstico de probabilidad que: «[...] se trata de un criterio relativo o flexible a través del cual pueden ajustarse las exigencias prácticas del uso del término peligro a la fórmula «si...entonces...» o *Je-desto-Formel*, en alemán. Así pues, «cuánto mayor sea la dimensión o envergadura de los perjuicios potenciales, mucho menor serán las exigencias al pronóstico de probabilidad» (146).

(144) HABERMEHL, K., *op.cit.*, p. 44.

(145) GÖTZ, V., *op. cit.*, p. 66. Asimismo *vid.* AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, I., *op. cit.* pp. 72-73.

(146) En alemán esta fórmula reza: «*Je grösser und folgenschwerer der befürchtete Schaden, desto geringere Anforderungen sind an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Schadens zu stellen*». HABERMEHL, K., *op.cit.*, p. 44. En el mismo sentido, GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 43; SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 43; THIEL, M., *op. cit.*, p. 100; SCHOCH, F., «Die 'Gefahr' im Polizei- und Ordnungsrecht», *Juristische Ausbildung*, 2003, pp. 472-473.

La probabilidad suficiente de que suceda un perjuicio comprende, desde el punto de vista teórico, una amplia escala que va desde la «absoluta certeza» o *Gewissheit* de la ocurrencia del hecho por una parte, hasta la «simple posibilidad remota» o *blosse entfernte Möglichkeit* de que suceda, de otra parte (147). La valoración de dicha probabilidad descansa fundamentalmente en la experiencia o *Erffahrung*, lo cual tiene validez tanto para la «valoración de la peligrosidad» o *Beurteilung der Gefährlichkeit* de una actuación o situación concreta peligro concreto o *konkrete Gefahr*, como de una abstracta, esto es, de una actuación pensada o imaginada peligro abstracto o *abstrakte Gefahr* (148).

Así pues, la definición del peligro, en atención al «grado de probabilidad» o *Wahrscheinlichkeitsgrad*—, para TETTINGER depende de factores o elementos como los que siguen: (149)

- a) Los niveles de peligro legalmente establecidos o *gesetzlich vorausgesetzte Gefahrenstufe*.
- b) La solidez de la intervención policial que se pretende ejecutar o *Stärke des genommenen Eingriffs*.
- c) La importancia y necesidad de protección de los bienes amenazados o en peligro o *Wertigkeit und Schutzbedürftigkeit der bedrohten Rechtsgüte*.

En la misma línea, LISKEN y DENNINGER complementan la anterior calificación del peligro, agregando a los factores ya reseñados, los siguientes: (150)

- d) El reconocimiento más exacto posible del peligro amenazante o *möglichst genaue Erkenntnis der drohenden Gefahr*,
- e) La proximidad o lejanía en el tiempo de la ocurrencia de perjuicios o *zeitliche Nahe oder Ferne des Schadenseintritts*.
- f) La valoración del rango o categoría del bien a proteger o *Bewertung des Ranges des Schutzgutes*.
- g) Un pronóstico, lo más fundado posible, sobre la dimensión de los perjuicios o *möglichst fundierte Prognose über das Ausmass des Schadens*.
- h) Un equilibrio óptimo entre el bien a proteger y la medida coercitiva a emplear u *optimale Auswägung zwischen Schutzgut und Eingriffsgut*.

(147) GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 43.

(148) GÖTZ, V., *op.cit.*, p. 66.

(149) TETTINGER, P. J., *op.cit.*, p. 138.

(150) LISKEN, H., DENNINGER, E., *Handbuch des Polizeirechts*, C.H.Beck, München, 1992, p. 121.

Tras hacer una lectura detallada de esta enumeración, se podría concluir, sin embargo, que a pesar de este catálogo, que tiene una clara intención de aproximación y agrupación de los innumerables supuestos que pueden presentarse, no existe ninguna razón válida para reconocer y establecer, en base al carácter de pronóstico de las decisiones tomadas, un marco fijo, concreto y cerrado de criterios. Así pues, esta multiplicidad de supuestos nos sitúa ante un *numerus apertus* de variabilidad y conjunción de circunstancias que pueden determinar nuevos criterios o supuestos de hecho que entrañan peligro.

C) El pronóstico como mecanismo de determinación

GUSY con claridad afirma que «el problema central del concepto de riesgo radica en el hecho de que la seguridad siempre está relacionada con daños en el futuro» (151). Futuro que, sin embargo, no es conocido, sino a duras penas «pronosticable» o *prognostizierbar* (152).

La «actuación policial preventiva» o *Präventives polizeiliches Handeln* es, por tanto, una actuación basada en un pronóstico. Hacer «prognosis» significa determinar qué acontecimientos se presentarán en el futuro, a partir de la «evolución de la naturaleza de las cosas» o *Entwicklungen* y de los «hechos» o *Tatsachen* del pasado y del presente que deben ser evaluados. Dicho pronóstico es válido cuando en el momento de efectuarse existen los suficientes elementos de juicio, lo que permite concluir con certeza el tipo de perjuicios que pudieran presentarse (153).

MAURER, como ejemplo de decisiones basadas en prognosis, se refiere a la amenaza para el buen funcionamiento del servicio de los taxis y para el interés público circulatorio derivada de nuevas autorizaciones de taxi, y como ejemplo de estudios y evaluaciones de riesgos, la precaución de los peligros inherentes a la explotación de centrales nucleares según las exigencias del estado de la ciencia y de la técnica (154). Asimismo, *ad exemplum*, supongamos, que no hubieran ocurrido los desastres de los campos de fútbol belgas e ingleses de los años ochenta del siglo pasado. Las Autoridades correspondientes del Orden y la Policía, al amparo de la institución del *Gefahrenabwehr*, podrían haber hecho, hace años, un diagnóstico basado en que la aglomeración de espectadores de pie suponía un peligro individual y colectivo. Y dichas administraciones, en uso de estas atribuciones, podrían haber adoptado una medida

(151) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 57.

(152) *Vid.* THIEL, M., *op. cit.*, p. 99.

(153) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 57.

(154) MAURER, H., *op. cit.*, p. 160.

consistente en que únicamente los espectadores con entrada que diera derecho a «asiento con respaldo» pudieran acceder al estadio, prohibiendo el acceso en caso contrario. Esta medida podría haber sido considerada abusiva por los clubes e impugnada como tal ante los tribunales. La inexistencia de accidentes de este tipo en el momento de sentenciar podría conllevar una decisión judicial que estableciera la improcedencia de esta medida con respecto a la prevención de peligros (155).

D) La oportunidad temporal como parámetro

Desde el «punto de vista temporal» o *zeitlicher Hinsicht*, es determinante cómo suceden o sucedieron las cosas en el momento de la intervención de la autoridad administrativa. Visto desde esa perspectiva, debe poder identificarse la producción de un perjuicio en un futuro, que si bien no necesariamente debe ser «inminente» o *bevorstehend* o «inmediato» o *unmittelbar*, tampoco debe ocurrir en un momento demasiado «lejano» o *entfernt* o «remoto» o *entlegen*.

Un nuevo elemento que viene a incidir en el peligro es el de la «oportunidad temporal» de la actuación. El «sentido» o *Sinn* y la «finalidad» o *Zweck* del peligro en el marco de las funciones administrativas de prevención vienen determinados por el «momento justo» o *Zeitpunkt* en el cual es competente la Policía o la Autoridad del Orden para adoptar las medidas de protección de la seguridad y el orden públicos. De ahí que, como ya se ha manifestado, si no hay un peligro evidente definido en el tiempo, la policía no estará legitimada para hacer uso de los instrumentos de prevención que el derecho le reconoce; y en caso de hacerlo, tal medida y actuación serían ilícitas (156).

El principio de que la actuación administrativa debe realizarse en el momento justo deviene esencial para las garantías ciudadanas pero, a la vez, resulta problemático porque, si se ha adoptado en el momento oportuno, puede haber hecho desaparecer los indicios más visuales de esta situación peligrosa que amenazaba. Sin embargo, es necesario hacer algunas distinciones al respecto. Mientras que para poder intervenir en la «esfera privada de los ciudadanos» o *Freiheitsphäre des Bürgers*, atendiendo a lo dispuesto en la Cláusula General de Prevención de peligros se hace absolutamente indispensable la existencia de un peligro concreto e identificable; en cambio, para la actividad policial conducente a la prevención de peligros que no signifique intromisión alguna en el derecho subjetivo de los ciudadanos y que se apoye en la designación de funciones propias o *Aufgabenzuweisung* de las Autoridades del Orden y de Policía no se requiere en modo alguno la existencia de

(155) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 225.

(156) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 52.

un peligro concreto, basta con que dicha actividad sirva para la prevención efectiva de peligros (157).

4 La tipología

La solidez y la precisión del *Gefahrenabwehrrecht* alemán expuestas se manifiesta, sin duda, en la labor de disección del concepto de peligro y el establecimiento de una amplia y rica categorización tanto desde el punto de vista doctrinal, como jurisprudencial con el objetivo de dar la respuesta más adecuada a la realidad fáctica cambiante en cada momento. De ahí que nos detengamos analizar las diversas tipologías bajo las que se manifiesta el peligro (158).

A) Peligro concreto

Por «peligro concreto» o *konkrete Gefahr* (159) puede entenderse todo «peligro que se deriva u ocasiona de una conducta o comportamiento [*Sachverhalt*] identificable objetivamente que se desarrolla en un lugar y en un momento determinados, y que da pie a que la Autoridad de Policía o del Orden intervenga», según KNEMEYER. El peligro concreto no exige, sin embargo, que éste ocurra de manera inmediata o sea «inminente» o *bevorstehend* o «agudo» o «grave» —*akut*— y que se pueda prever con absoluta certeza (160). Sin embargo, ante el uso y aplicación de diferentes medidas policiales se hace indispensable la diferenciación, de acuerdo a la probabilidad del perjuicio, entre el «peligro presente o actual» o *gegenwärtige Gefahr* y el «peligro inmediatamente inminente» o *unmittelbar bevorstehende Gefahr*. (161)

En ese mismo orden de ideas, para GUSY un peligro concreto «es aquel que se presenta en un caso específico y particular, que representa una amenaza que va más allá del riesgo de vida general [*allgemeines Lebensrisiko*], esto es, una amenaza al bien objeto de protección que ya no es socialmente adecuada [*sozial adäquate*]» (162). A ello cabe agregar que, en el momento de valorar el peligro, no solamente se debe tener en cuenta el comportamiento objetivo y las condiciones en que éste se desarrolla, sino que exige que, en el momento

(157) STEINER, U., *op. cit.*, p. 184.

(158) *Vid.* AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, I., *op. cit.* pp. 72-74.

(159) Para PAREJO ALFONSO, el peligro concreto a diferencia del abstracto «depende mucho más de las características de la situación de hecho y justifica ya la utilización de medios proporcionados a ésta». *Op. cit.*, p. 152.

(160) KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 45.

(161) GÖTZ, V., *op. cit.*, p. 68. En el mismo sentido, SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 41.

(162) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 63.

de hacerse efectiva la intervención administrativa, ésta sea individualizable, es decir, que la medida adoptada esté dirigida a un sujeto o sujetos específicos e identificables (163).

Un peligro concreto es el que se deriva de un caso particular. Por tal razón, las Leyes de Policía y del Orden contemplan la concesión de «autorizaciones» o «habilitaciones» o *Ermächtigungen* para intervenir en dichos casos particulares —que pueden incidir en la esfera privada de los ciudadanos—, cuyo fundamento jurídico es precisamente la existencia de un peligro concreto (164). Ante un caso particular e individualizable, la Autoridad de Policía o del Orden sólo puede intervenir si existe realmente una situación o un comportamiento concreto, del cual se pueda derivar un peligro igualmente concreto y palpable. Así que, en la mayoría de los casos tiene que intervenir para evitar, controlar o eliminar peligros concretos.

En este sentido, de acuerdo con LANGE y WILHELM, el peligro concreto se basa o fundamenta en un «caso único exactamente identificable» o *genau bestimmter Einzelfal* contra el cual debe poderse intervenir en base a un «acto administrativo» o *Verwaltungsakt*. Dichos actos administrativos podrán dictarse al amparo del principio de legalidad, en virtud de las Leyes de Policía o del Orden (165).

B) Peligro existente general

El «peligro existente —concreto— de carácter general» o *allgemein bestehenden Gefahren* se presenta cuando un comportamiento determinado representa un peligro concreto para el bien objeto de «protección policial» o *polizeilicher Schutzgüter*. Ello garantiza una «función preventiva» o *vorbeugend* por parte de las Autoridades de Policía. Para HABERMEHL, supone el «desarrollo» o la «realización de elementos perjudiciales» o *schadensträchtiger Geschehensablauf*, cuyo momento de aparición, lugar, circunstancias y actores involucrados son claramente identificables y que sólo se presentan una vez (166). Consecuentemente, el peligro existente general se presenta temporalmente antes del peligro concreto, por lo cual se puede hablar en este contexto de «prevención» o «defensa ante los peligros» o *Gefahrenvorbeugung* o *Gefahrenabwehr*, así se afirma por KNEMEYER (167).

(163) HABERMEHL, K. *op. cit.*, p. 45.

(164) GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 46.

(165) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 53.

(166) HABERMEHL, K., *op. cit.*, p. 45.

(167) KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 66. En el mismo sentido, *vid.* GUSY, CH., *op. cit.*, pp. 64-65 y GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, pp. 46-47.

En este sentido, la presencia de un peligro existente general, aún no concreto, no faculta para hacer uso de «medidas de intervención» o «intromisión» o *eingreifende Massnahmen*, que sólo pueden ser adoptadas cuando la ley explícitamente lo permite. Si las normas de «atribución de competencias o funciones» o *Aufgaben- zuweisungsnormen* a las Autoridades de Policía y del Orden se refieren exclusivamente a la existencia de un peligro, ha de entenderse con ello que se requiere la existencia de un peligro concreto. Nos hallamos, simplemente, ante la formulación del principio de legalidad, básico en cualquier actuación administrativa, que cuando hace referencia a supuestos de seguridad y orden público es llevado a su máxima expresión, requiriéndose así que el presupuesto legal habilite para cualquier actuación susceptible de incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos (168).

Así, entre las funciones y competencias policiales, se incluyen el «patrullaje» o *Streifenfahrten*, las «amonestaciones» o *Warnungen*, el «suministro de información» o *Belehrungen* y, adicionalmente, todas las tareas que puedan ser consideradas como «preliminares» o *Vorfeldbeobachtung*, como, por ejemplo, «la búsqueda y valoración de informaciones sobre objetos y personas sometidas a vigilancia policial» o *Erkenntnissen über polizeifällige Personen und Sachen*. Así, para delimitar esta categoría, podemos utilizar como ejemplo la actividad policial de patrullaje, que es fundamentalmente una función preventiva; pero que permite identificar tanto peligros existentes generales como peligros concretos.

C) Peligro abstracto

Bajo el concepto de «peligro abstracto» o *abstrakte Gefahr* (169) se entiende todo «comportamiento pensado» o «imaginado» —*gedachter Sachverhalt*— a partir del cual o con ocasión del cual, se debe contar con la probabilidad de que se presente un perjuicio contra la seguridad y el orden públicos (170). Para GÖTZ, dicho comportamiento o conducta no se basa en la realidad sino que es una «generalización» o *Verallgemeinerung* o «abstracción» o *Abstraktion* mentalmente construida (171). En términos de LANGE y WILHELM, «el peligro abstracto está vinculado estrechamente a una «situación

(168) KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 67.

(169) PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 152, sintetiza el concepto de peligro abstracto en el sentido de que es «el que se da ya por razón de las características mismas de la situación, legitimando la actuación policial con empleo incluso de la fuerza».

(170) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 52. Así mismo, *vid.* THIEL, M., *op. cit.*, pp. 107-108.

(171) GÖTZ, V., *op. cit.*, p. 67.

general de peligro» o *allgemeine Gefahrensituation*, que posiblemente ha de concretizarse en el futuro» (172).

La opinión prevaleciente coincide en que el concepto de peligro abstracto es una construcción dogmática, cuya principal finalidad es habilitar para el dictado de normas jurídicas o actos administrativos. De tal suerte que, desde el punto de vista práctico, este concepto no tiene utilidad alguna para la actuación policial, sino que sólo sirva para la delimitación y normación de las diferentes circunstancias y casos en los que este peligro pueda acaecer.

A modo de ejemplo, el almacenamiento de combustible en los sótanos de casas privadas, de acuerdo con la experiencia, representa un peligro general para el agua subterránea. En este caso, no se presentan circunstancias especiales —como sería el caso de que los pozos de agua quedasen a pocos metros del lugar de almacenamiento— razón por la cual no se puede prohibir dicha actividad de almacenamiento, sin que medie para tal efecto una «disposición jurídica de carácter específico» u *Ordnungsverfügung*. Entonces, la mera existencia de este fluido no puede suponer la intervención de la Policía —como acción ejecutiva concreta, por ejemplo, la entrada y el registro de un domicilio—; sino que únicamente permite la acción preventiva, mediante la reglamentación jurídica de dichos comportamientos (173). A pesar de esto, y al amparo de los «principios jurídicos generales abstractos» o *abstrakt genereller Rechtssatz* se puede, sin embargo, exigir la adopción de medidas de seguridad *ad hoc* que permitan excluir un «riesgo de peligro general» o *allgemeines Gefahrenrisiko*. De tal suerte que, las Autoridades ante la denuncia de determinados olores que pudieran ser debidos a emanaciones gaseosas, puede adoptar medidas preventivas de seguridad, como el acordonamiento y la prohibición de entrada en el inmueble.

Debido precisamente a la ambigüedad técnica del término, autores como KNEMEYER prefieren equiparar el concepto de peligro abstracto con el de peligro existente general — o por lo menos se debería considerar como una subcategoría del mismo—, pues este último sin ser concreto se acerca mucho más al primero y permite que la policía pueda identificarlo en un momento dado y, en base a él, actuar si cabe en consecuencia (174).

(172) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 53.

(173) *Ibidem*. Al hilo de este razonamiento, en términos de GÖTZ y GEIS, «el peligro abstracto es aquel peligro que exige y tiene como fundamento la expedición de Disposiciones Jurídicas». GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 57.

(174) En esto coinciden algunos autores al hablar de la «metodología de peligros» o *Gefahrensystematik* de uso corriente. Entre muchos, *vid.* KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 52, en los términos siguientes: «El riesgo general existente a menudo se equipara sin embargo, en la actual *Gefahrensystematik* con el peligro abstracto».

En ese mismo orden de ideas, a diferencia del peligro concreto, el peligro abstracto es estadísticamente significativo, en el sentido de que el riesgo se presenta en un gran número de casos, y no se trata de casos aislados o particulares. De ahí que GUSY señale que nos hallamos ante un riesgo que, como ya se puso de manifiesto, excede de aquél que el conjunto de la sociedad califica de normal, y por lo tanto acepta (175). Para ilustrar esta distinción, permítase la aportación de los siguientes ejemplos:

- a) Un peligro concreto sería la observación de que un ciudadano es amenazado en plena calle con arma blanca por otro ciudadano. En este caso, el peligro es concreto pues el riesgo para la salud individual es cierto. Sólo se destruiría esta presunción en el caso, improbable, de que lo que contempláramos fuera sólo una representación teatral. Otro ejemplo sería el pasar un semáforo en rojo, pues podría cruzar un peatón y ser arrollado.
- b) Un peligro abstracto se presentaría en el caso de un ascensor que no tuviera caja cuando, al abrir la puerta, el usuario cayera al vacío. El carácter de «abstracto» lo da el hecho de que, por regla general, todo ascensor tiene su caja o cubículo, hecho que es consustancial a la misma naturaleza del aparato. En cambio, el peligro concreto se manifestaría si sucediera el evento y el ciudadano cayera al vacío; así pues, el peligro abstracto es la causa de la reglamentación que prevé la inspección técnica de este tipo de aparatos elevadores.

Así pues, podríamos retener que, a diferencia del peligro concreto y del peligro existente general derivado de éste, el peligro abstracto no se relaciona con un «comportamiento determinado» o *bestimmter Lebenssachverhalt*; sino que se configura como un «caso típico generalizado» o *verallgemeinerter typischer Fall*, que ha de frenarse o eliminarse con «medios abstractos generales» o *abstrakt-generell Mittel*, es decir, mediante la expedición de disposiciones jurídicas o actos administrativos, para GÖTZ y GEIS (176).

En opinión de la mayoría de la doctrina, los tipos de peligro abstracto y existente general, que se han venido analizando, no se pueden interpretar como diferentes «niveles» o «grados de intensidad del peligro» o *Steigerungstufen der Gefahr*, como ocurre, por ejemplo, con el peligro «agudo o grave» o *akute Gefahr*; sino que se trata más bien de diferentes maneras de observar o catalogar técnicamente el concepto de peligro (177).

(175) GUSY, CH., *op. cit.*, pp. 64-65.

(176) Ejemplos expuestos por la mayoría de la doctrina, en particular extraídos de GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, pp. 46-47.

(177) Así, entre otros, *vid.* GUSY, CH., *op. cit.*, pp. 64-65 y GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, pp. 46-47. En nuestro ordenamiento, PAREJO ALFONSO advierte de las dificultades doctrinales de admitir el peligro abstracto como causa de legitimación de una acción policial de

D) Peligro agudo o grave

El «peligro agudo» o «grave» o *akute Gefahr*, según HABERMEHL, se da cuando los perjuicios derivados de éste suceden de una manera inmediata o se hacen inminentes en un período de tiempo muy breve, además de que existe plena certeza de que así ocurra. Nos hallaremos ante un peligro agudo o grave cuando, por lo menos, los efectos de los perjuicios o daños ya son plenamente manifiestos (178).

E) Peligro amenazante o inminente

El «peligro amenazante» o *drohende Gefahr*, también llamado «inminente» o *bevorstehende*, se puede describir como aquél en el cual la «producción de perjuicios o daños» o *Schadenseintritt* tiene lugar dentro de un lapso de tiempo normal. No se trata de la descripción de un tipo de peligro modificado o cualificado, sino que describe ante todo la «concepción» o «característica mínima de un peligro» o *begriffliches Minimum für eine Gefahr*. Dicho *minimum* debe acentuar especialmente los límites o diferencias entre este peligro amenazante y el «peligro presente» o «actual» o *gegenwärtige Gefahr* o el «peligro agudo» o «grave» o *akute Gefahr* (179). FRIAUF no distingue entre «presente» o «inminente» y afirma que «cuando se prevea un peligro de este tipo, deberán hacerse regulares exigencias mayores al grado de responsabilidad dado que la exigida proximidad temporal del peligro eleva normalmente también la seguridad del pronóstico» (180).

Estos «contraconceptos» o «conceptos opuestos» o *Gegenbegriff* de peligro actual o presente y agudo o grave son utilizados para enfatizar el nivel de «intensidad del peligro» o *gesteigerte Anforderungen*, sea éste creciente o decreciente, relacionado con la proximidad temporal del momento en que pueda producirse el o los «perjuicios» o *Schadenseintritt*, para HABERMEHL (181).

law enforcement o ejecutiva —*Vollzugs*—. Así, «debe considerarse que consiste propiamente en una situación ideal, pensada en teoría, que, de darse efectivamente, conduciría con toda probabilidad a una perturbación de la seguridad y el orden públicos. A diferencia del peligro general y del concreto, pues, el abstracto no se refiere a una situación concreta de la vida real, sino a un ‘caso típico’ obtenido por inducción y generalizado. Ha de afrontarse, consecuentemente, con medios generales, es decir, con el dictado de normas, típicamente reglamentados». PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 153.

(178) HABERMEHL, K., *op. cit.*, p. 45.

(179) *Ibidem*, p. 44.

(180) FRIAUF, F. H., *op. cit.*, p. 222.

(181) PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 153, considera el «peligro inminente» y el «peligro extremo» como gradaciones en la valoración del peligro a efectos del alcance de la situación policial y de los medios en ella empleados.

El peligro amenazante es, si se quiere ser estrictos desde el punto de vista conceptual, una tautología, puesto que conceptualmente sólo se presenta un peligro cuando existe la amenaza de que se deriven de éste, con la suficiente probabilidad y también en un tiempo determinado o previsible, perjuicios o daños contra la seguridad o el orden públicos. Si no se dan estas condiciones, no se trata de un peligro, sino de un simple riesgo, caso en el cual no se puede hacer uso de medidas propias del *Gefahrenabwehr* sino, en el mejor de los casos, de algunas «medidas de carácter jurídico de precaución» o *Gefahrenvorsorge*, cuando éstas estén previamente autorizadas por la ley (182).

F) Peligro latente

El denominado «peligro latente» o *latente Gefahr* ha sido un concepto jurídico muy controvertido desde hace ya muchos años en el Derecho Policial. También es conocido como «disturbio potencial» o *latenter Störer*. Este supuesto de peligro se podría definir como aquél que se deriva de «situaciones inicialmente no peligrosas» o *zunächst ungefährliche Lage* —, pero que con la aparición de «condiciones» o «circunstancias adicionales externas» o *weitere externe Umstände* conduce a una amenaza creciente de los bienes jurídicos objeto de protección policial, para TETTINGER (183). Con el concepto de peligro latente «se pretende significar toda situación que no es peligrosa aún en el momento presente, pero que podría llegar a serlo con el paso del tiempo o con el cambio de las circunstancias», según GUSY (184). De ahí que pueda establecerse que el peligro latente no es de hecho ningún peligro, mientras éste no se haya manifestado (185). Y FRIAUF afirma que «es un peligro que puede actualizarse con el paso del tiempo» (186).

(182) HABERMEHL, K., *op. cit.*, p. 45.

(183) TETTINGER, P. J., *op. cit.*, p. 140. En el mismo sentido, *vid.* SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 45; KNEMEYER, F. L., *op. cit.*, pp. 70-71.

(184) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 67.

(185) Por esta razón, la figura jurídica del «peligro latente» es interpretada básicamente en el derecho policial moderno como un concepto vacío de significado o, en otras palabras, como dogmáticamente inútil; a pesar de ello, hay que resaltar, de otra parte, que dicha definición aparece siempre en la bibliografía especializada. Así, entre otros, TETTINGER, P. J., *op. cit.*, p. 140.

(186) FRIAUF, F. H., *op. cit.* p. 223, propone como ejemplo un matadero de cerdos sito en una zona deshabitada condiciona a los habitantes de las parcelas colindantes edificadas posteriormente.

G) Peligro aparente o putativo

El «peligro aparente» o *Scheingefahr* o «peligro putativo» o *Putativgefahr* es aquél respecto del cual las Autoridades de Policía o del Orden se hacen una imagen de los hechos objetivamente falsa o incompleta (187). El funcionario competente no es consciente de esto puesto que cree, por el contrario, haber identificado de manera completa y correcta un peligro. Incorre, sin embargo, en un acto contrario a la Ley y «a las obligaciones que de ella se derivan» o *pflichtwidrig* por cuanto ha hecho uso de medidas que no se corresponden con la situación o ha intervenido cuando no se ha presentado ningún peligro evidente (188).

Se trata básicamente de «valorar subjetivamente» o *subjektive Einschätzung* como un peligro concreto un simple hecho o indicio sin tener suficientes elementos de juicio para ello; en cuyo caso, el funcionario o policía o bien no identifica el hecho de acuerdo con las «previsiones jurídicas» o *ordnungsmässig* o bien pronostica erróneamente sin atender a los principios que rigen las actuaciones de carácter policial. Así pues, se debe tener en cuenta si un «observador objetivo» u *objektiver Beobachte*, puesto en la situación del funcionario o policía en el momento en que éste adopta la medida, reconocería igualmente la existencia de un peligro y, en consecuencia, actuaría de igual forma (189). De ahí que en este último tipo de peligro no concorra en realidad, ni *ante*, ni *ex post*, una verdadera situación de peligro que justifique la actuación policial (190).

(187) KNEMEYER, F. L., *op. cit.*, pp. 69-70.

(188) LANGE, A., WILHEIM, J., *op. cit.*, p. 51.

(189) Señálense como ejemplos el caso de un policía que exige a un ciudadano llevar a su perro siempre sujeto con una cadena cuando el animal pasee por la calle. No existe ningún criterio objetivo para determinar el grado de peligrosidad del animal en cuestión, pero como el policía ha sido mordido en varias oportunidades, él parte de la base de que cualquier perro, en la calle, representa un peligro para la seguridad pública. O un policía en el transcurso de su patrulla confunde un ruido lastimero que proviene de una vivienda con el de una persona herida (a pesar de que era un perro) y, sin comprobación previa alguna (posible por lo demás simplemente asomándose a la ventana), decide irrumpir en la vivienda rompiendo una ventana.

(190) En nuestro sistema, pesar de lo expuesto, se distingue entre el «peligro aparente» y el «peligro putativo». En este sentido, PAREJO ALFONSO establece las diferencias: en cuanto al primero, «debe considerarse correcta la actuación policial realizada sobre la base de la valoración de una situación juzgada peligrosa o de riesgo para la seguridad, pero que *ex post* y tras la ponderación de la evolución real de los acontecimientos se revela que no habría sido capaz por sí sola de producir lesión alguna de bienes jurídicamente protegidos». El peligro putativo, por su parte, «concorre cuando el peligro es meramente supuesto, es decir, su apreciación descansa en una suposición errónea por incorrecta valoración subjetiva de la situación (como consecuencia de insuficiente recogida de información y, por tanto, elementos de juicio o formulación de la prognosis infringiendo los principios de pertinente aplicación». PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 154.

Así, si sólo se presenta un «peligro aparente», es decir a falta de un peligro concreto, según los términos de la cláusula general, se puede aseverar que el policía —en nuestro ejemplo— actuó fuera del «marco de la ley» o *rechtswidrig* (191). En este caso, el ciudadano afectado tiene derecho a solicitar «indemnización por los perjuicios causados» o *Entschädigungsanspruch* (192).

G) Peligro supuesto

El «peligro supuesto» o *Anscheingefahr* parte también —como en el caso del peligro aparente— de una visión de los hechos falsa o incompleta, en cuyo caso igualmente la autoridad no tiene conciencia de ello (193). Esta «apreciación» o «interpretación falsa» o *falsche Vorstellung* no es, sin embargo, y a diferencia del peligro aparente, contraria a las obligaciones o deberes del funcionario. El funcionario competente debió asumir la existencia de un peligro y actuó en consecuencia, haciendo uso, por ejemplo, de medidas interventoras o coercitivas. Desde el punto de vista de GÖTZ, el peligro supuesto «queda configurado como todo comportamiento o hecho que inicialmente es visto como peligroso por la autoridad correspondiente y que bajo las circunstancias imperantes o dominantes en el momento de evaluarlo y de interpretarlo, debe poderse entender como peligroso, pero que, posteriormente, la plausibilidad y solidez de dicha interpretación o conclusión es errónea o abiertamente contradictoria» (194).

El peligro supuesto se puede definir como toda situación en la que, tras una observación u apreciación objetivas, se identifica un peligro que, en realidad no lo es (195). En términos de KNEMEYER, se trata de un «error de apreciación no imputable al agente que en él incurre» (196). La cuestión es si un observador objetivo, puesto en la situación del policía, hubiese llegado a la misma conclusión y, partiendo de los hechos, hubiera podido

(191) LANGE, A., WILHEIM, J., *op. cit.*, p. 51.

(192) KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 70.

(193) *Vid.* GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, pp. 52-54.

(194) GÖTZ, V., *op. cit.*, p. 69.

(195) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 67.

(196) KNEMEYER, K.-L., *op. cit.*, p. 54. Esta ambivalencia viene a ser clarificada por STEINER en los siguientes términos: «Puesto que el funcionario o policía frente a la presencia de un peligro se basa siempre en un «juicio hipotético» o *hypothetisches Urteil*, no puede considerarse como fundamentalmente importante si el «juicio de probabilidad» o *Wahrscheinlichkeitsurteil* por él dado no se ajusta a la realidad, cuando en una situación de peligro en un caso concreto y en el momento de su intervención, las circunstancias o condiciones por él supuestas no se presentaron, o cuando sus efectos perjudiciales hubiesen podido descartarse desde un comienzo». STEINER, U., *op. cit.*, p. 187

inferir asimismo la existencia de un peligro y actuar en consecuencia para su prevención (197)

Así pues, ante un peligro supuesto, en todos los casos existirá un peligro concreto y real hasta tanto la situación no sea plenamente aclarada y sea determinada o no la existencia real del peligro. En este supuesto, las medidas adoptadas por la Autoridad Policial o del Orden —incluso de «intervención» o «constreñimiento» o *Eingriffsermächtigung*— son hasta dicho momento legales; pero a partir de que se clarifica la situación, deben interrumpirse todas las medidas adoptadas, pues incurren en ilegalidad sobrevenida.

H) Sospecha de peligro

Ante una «sospecha de peligro» o *Gefahrenverdacht* se parte igualmente de una visión falsa o incompleta de los hechos por parte de la Autoridad correspondiente (198). Sin embargo, la «falsedad» o «inexactitud» o *Unrichtigkeit* o la «imperfección» o «defectuosidad» o *Unvollständigkeit* de los hechos es conocida previamente por la autoridad; es decir, ésta tiene consciencia de que la visión de los hechos no es la más ajustada a la realidad, pero de otra parte, la autoridad tiene razones para creer en la «posibilidad cierta» o *Möglichkeit* de la existencia de un peligro, que le faculta para actuar (199).

La sospecha de peligro es producida por una circunstancia o situación imprecisa que, de la misma forma que puede ser peligrosa, como puede no serlo en absoluto (200). Ésta se manifiesta cuando en el momento de interpretar y valorar un hecho o comportamiento tiene serias dudas sobre la existencia de un peligro, pero al mismo tiempo se presentan elementos de juicio que objetivamente le permiten concluir que el peligro existe, para GÖTZ (201). De otro lado, HABERMEHL explica que existe una sospecha de un peligro «cuando la autoridad correspondiente se forma de manera consciente una idea incompleta de los hechos. Para la autoridad es claro que no sabe si el peligro

(197) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 51. Por ejemplo, un policía escucha a una mujer pedir ayuda desde el interior de un domicilio e irrumpe en la vivienda rompiendo, por ejemplo, la puerta de entrada percatándose de que se trata de una emisión televisiva. En este supuesto, si bien es cierto que no hay un peligro concreto, las circunstancias conducían a la percepción de que éste sí existía.

(198) Vid. GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, pp. 48-52.

(199) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 52.

(200) PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 154, se refiere a la «sospecha de peligro» al afirmar que «descansa sobre hechos constatados, pero con existencia en todo caso de incertidumbres no despejables sobre su ulterior evolución». Y añade el siguiente ejemplo, la denuncia de almacenaje en una vivienda de diferentes sustancias capaces de reaccionar entre sí y causar daños a las personas o a las cosas».

(201) GÖTZ, V., *op. cit.*, p. 70— 71.

temido se va a presentar en la realidad» (202). En otras palabras, «no es más que un peligro con un bajísimo grado de probabilidad» (203). De ello puede concluirse que la existencia del peligro es posible pero no probable o seguro (204). En este supuesto, el Ordenamiento Jurídico tan sólo permitiría como legítima la intervención de la Autoridad para «investigar» o «aclarar la situación de peligro» o *Gefahrerforschungseingriff*; pero no para prevenirlo ni, incluso, para eliminarlo (205).

La sospecha de peligro vendría a coincidir con la «precaución frente a peligros» o *Gefahrenvorsorge* que se concibe en Alemania como un tipo relativamente moderno de actividad de policía ampliada, para GUSY (206). En el mismo sentido, FLEURY afirma que esta concepción constituye una ampliación cualitativa de la actividad de policía, por cuanto las exigencias de un suficiente grado de probabilidad del suceso dañoso se reducen aquí sustancialmente (207).

I) Otros tipos o clases de peligro

El *Gefahrenabwehr* alemán, cómo hemos visto, sitúa en el centro de la disciplina el concepto de peligro; pero al que se le adhieren diferentes epítetos

(202) HABERMEHI, K., *op. cit.*, p. 48.

(203) DARNSTÄDT, TH., *Gefahrenabwehr Und Gefahrenvorsorge*, Frankfurt am Main, 1995, p. 96.

(204) LISKEN, H., DENNINGER, E, *op. cit.*, p. 119. Esencialmente, las medidas a adoptar en un supuesto de sospecha de peligro no deben tener ningún carácter definitivo, sino que deben limitarse a lo mínimo necesario, para determinar sobre bases seguras si existe una situación real de peligro. En la medida en que se trate de cosas, especialmente de terrenos o propiedades de las cuales pudiera derivar el peligro, se requiere el «consentimiento» o *Duldung* del propietario, para que, por ejemplo, la Autoridad penetre en la propiedad y tome pruebas. Discutible es, sin embargo, hasta qué punto podría la autoridad emplear medidas activas, como sería el caso de la instalación de una estación de medición, cuyos costes se trasladarían al propietario, o hasta qué punto está la autoridad obligada a hacerlo por cuenta propia. GÖTZ, V., *op. cit.*, p. 71

(205) La sospecha de peligro es positivizada preferencialmente en «leyes especiales» o *Spezialgesetze*, como es el caso, por ejemplo, de la legislación sobre epidemias en animales, según la cual basta solamente con la sospecha de la existencia de una enfermedad de carácter epidémico para que puedan adoptarse inmediatamente las medidas que sean oportunas —como el sacrificio de los animales infectados—. Dicha legislación de carácter especial abarca también los campos de «Derecho de aguas» o *Wasserrecht*, «Derecho de alimentos» o *Lebensmittelrecht* o el «Derecho de protección contra las inmisiones en el medio ambiente» o *Immissionsschutz*. Según GÖTZ, EN la «lucha contra las epidemias» o *Seuchenbekämpfung* existe la necesidad de que la '»sospecha de epidemia» o *Seuchenverdacht* sirva como fundamento para emplear las medidas correspondientes de manera inmediata y urgente. GÖTZ, V., *op. cit.*, p. 71.

(206) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 97.

(207) FLEURY, R., *op. cit.*, pp. 7-8.

o términos complementarios tanto por la legislación, la jurisprudencia o la doctrina, para dar lugar a nuevos conceptos más o menos próximos o diversos que a su entorno al principal. En este sentido, nos permitimos aún añadir algunos más de estos peligros cualificados (208):

- a) *Peligro existente inmediato o unmittelbar bestehende Gefahr* se puede definir como todo comportamiento o conducta en la cual se espera la sucesión de un «perjuicio grave» o *akuter Schadenseintritt* con una probabilidad cercana a la seguridad (209).
- b) *Peligro urgente o dringende Gefahr* se puede entender como tal todo comportamiento o acto del que se desprenden perjuicios contra «objetos o bienes de protección policial significativos o importantes» o *bedeutsame Rechtsgüter* o contra bienes no tan significativos, pero cuyos perjuicios se presentan a gran escala (210).
- c) *Peligro presente o actual o gegenwärtige Gefahr* es entendido como todo comportamiento, acto o conducta, respecto del cual el efecto de los «acontecimientos o sucesos perjudiciales» o *schädigendes Ereignis* ya se ha hecho presente o es inminente que ocurra, con una probabilidad cercana a la certeza. Es igualmente importante en este caso la «proximidad temporal» o *zeitliche Nähe* de los perjuicios (211). No se fundamenta tanto en el significado o importancia del bien jurídico objeto de protección, sino mucho más en el «alto grado de probabilidad» o *rhöher Grad der Wahrscheinlichkeit* del advenimiento de perjuicios (212).

(208) TETTINGER, P. J., *op. cit.*, p. 139.

(209) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 65, SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 44.

(210) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 54. Así, el rechazo o eliminación de un peligro urgente comporta, por ejemplo, la facultad de penetrar en un domicilio en cualquier momento. En el mismo sentido, GUSY, CH., *op. cit.*, p. 66; KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 66; GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 48, SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p.44.

(211) Para GUSY, *op. cit.*, p. 66., «es aquel peligro que puede convertirse o devenir en un perjuicio en un espacio de tiempo muy corto, y en el cual la realización de estos perjuicios no puede repelerse o eliminarse sin la ayuda de terceros», Así, pues se podría distinguir el peligro presente o actual del supuesto de peligro existente general por el hecho de que, en el primero, el grado de posibilidad es tan elevado que prácticamente lo convierte en cierto.

(212) KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 66, GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 48, SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 44. En el peligro presente o actual se supone la realización inmediata de perjuicios lo que, al mismo tiempo, propicia o conduce a un alto grado de certeza de los mismos. La existencia de este tipo de peligro es un requisito para poder hacer uso de medidas coercitivas de gran incidencia en la esfera jurídica y los derechos de los ciudadanos como, por ejemplo, la entrada y registro de viviendas, el arresto o detención y el uso de armas de fuego. LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 54.

- d) *Peligro significativo o relevante* o *erhebliche Gefahr* es entendido como todo peligro contra un bien esencial, como por ejemplo, la «vida» o *Leben*, la «salud» o *Gesundheit* o la «libertad» o *Freiheit* (213). Supone tanto una agudización o incremento de la probabilidad de que se presenten serios perjuicios, como un «incremento cualitativo» o *qualitative Steigerung* en relación con el menoscabo de los bienes objeto de protección. El peligro no solamente debe ser inminente e inmediato, sino que, en contraposición con otros tipos de peligro, provoca mayor detrimento o menoscabo de los bienes objeto de protección (214).
- e) *Peligro para la seguridad física o la vida* o *Gefahr für Leib oder Leben* se define como todo comportamiento o acto que comporte la amenaza de muerte de una persona o que conlleve grandes daños o lesiones corporales (215).
- f) *Peligro para la comunidad* o *Gemeinde Gefahr* existe cuando existe una pérdida para un número indefinido de personas o bienes materiales considerables amenaza y el peligro potencial confuso (216).
- g) *Dilación de respuesta ante el peligro* o *Gefahr in Verzug* supone el más alto grado de probabilidad y se reconoce cuando es necesario intervenir de manera inmediata para evitar la producción de daños o perjuicios importantes. Este supuesto permite fundamentar o argumentar un cambio, traspaso o delegación de las competencias o atribuciones entre las diferentes Autoridades de Policía o del Orden (217). Ello supone que, debido a la «premura o urgencia» o *Eilbedürftigkeit* con la que debe actuarse, una autoridad cualquiera, que en principio no es competente para ello, pueda hacer frente a una situación

(213) KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 66. En el mismo sentido, GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 48 y SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 45.

(214) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 55. Así, por ejemplo, este tipo de peligro es un requisito para que, ante una situación de emergencia en la que debiera intervenir la policía u otros agentes del orden responsables, y ante la ausencia de éstos, cualquier persona puede llevar a cabo la intervención de urgencia que si bien en situación normal no podría realizar, en este caso por ministerio de la ley la propia urgencia la habilita.

(215) KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 67, GUSY, CH., *op. cit.*, p. 66.

(216) SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p.45.

(217) La transferencia o delegación de funciones o competencias puede realizarse entre los diferentes grados jerárquicos de la Policía o de las Autoridades del Orden —nivel vertical— o entre los diferentes cuerpos de policía o las diferentes Autoridades del Orden —nivel horizontal intradministrativo— o, finalmente, entre policía y Autoridades —nivel horizontal interadministrativo—.

de peligro (218) (219). En tal caso, esperar hasta que la autoridad competente pueda intervenir significaría una mayor dificultad en la aplicación de las medidas o incluso serían para ese entonces obsoletas, inconvenientes o contraproducentes y se tendría que pensar en medidas más gravosas o de mayor envergadura (220). (221)

5. Otras situaciones diferentes del perjuicio o daño

El concepto de perjuicio o daño debe diferenciarse respecto del concepto de meras «molestias» o *Belästigungen*, «perturbaciones o transtornos» o *Störungen*, «incomodidades» o *Unbequemlichkeiten* o «faltas de delicadeza» o *Geschmacklosigkeiten*, para HABERMEHL (222). En estos casos, se hace referencia expresa a situaciones habituales de la vida social que no requieren en ningún caso *per se* intervención administrativa alguna, intervención que, de lo contrario, sería del todo ilegítima. En cualquier caso, que no se trata aquí de una gradación del peligro, sino de interferencias normales en la esfera de actuación de los ciudadanos (223).

El concepto de molestia debe ser entendido como *terminus technicus*, ya que en la acepción del uso general común, podría indicar la producción de perjuicios para la seguridad pública. Ahora bien, una simple «molestia» o *Belästigung* se produce en los casos en que un comportamiento puede ser

(218) Cabe aquí establecer una interpretación funcional, vale decir, pues, que este supuesto se presenta cuando para la prevención o eliminación del peligro de que se trate, la intervención de la autoridad competente no puede hacerse efectiva o, por lo menos, no en el momento oportuno. Vid. LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 54, KNEMEYER, K. L., *op. cit.*, p. 67 y SCHENKE, W. R., *op. cit.*, p. 44.

(219) GUSY, CH., *op. cit.*, p. 66. En términos de STEINER, «cuando, para evitar un perjuicio, debe intervenir de manera inmediata, ya que esperar a que la autoridad principal competente pueda aplicar las medidas pondría en duda la «efectividad de la lucha contra el peligro o, en todo caso, la limitaría». STEINER, U., *op. cit.*, p. 186.

(220) Así, cuando la policía se enfrenta a un caso de emergencia —que normalmente correspondería a la esfera competencial del Orden— o cuando, y en concordancia con el artículo 13.2 de la Ley Fundamental se requiere inspeccionar una vivienda sin la «previa autorización judicial» o *vorhergehender richterlicher Beschluss*. Así, el citado artículo dispone que «los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas». Ahora bien, en este caso de emergencia, la competencia tradicional del juez es trasladada a la autoridad policial o a la autoridad del orden correspondiente.

(221) Finalmente, se podría indicar que, en la práctica, los conceptos de «peligro en *Verzug*» y de «peligro presente o actual» o *Gegenwärtige Gefahr* son fácilmente intercambiables.

(222) HABERMEHL, K., *op. cit.*, p. 43. En el mismo sentido, SCHENKE, W. R., *op. cit.*, pp. 42-43.

(223) Vid. FUENTES I GASÓ, J. R., *op. cit.*, p. 294.

contraproducente frente a terceros o frente a la comunidad en general; sin que por ello se vean afectados sus derechos o el ordenamiento jurídico objetivo. En consecuencia, estas molestias no representan perjuicio alguno y no pueden ser evitadas por las autoridades (224).

El límite exacto entre un perjuicio o daño y una simple molestia es muy difícil de precisar y produce, en muchas ocasiones, múltiples dificultades de interpretación, puesto que su grado o intensidad depende del tiempo y lugar en el que se produce. Así, por ejemplo, un ruido determinado que durante el día representa solamente una molestia, durante la noche puede derivar en una vulneración del bien jurídico salud pública y, debido a su «inadmisibilidad» o *Unzumutbarkeit* se constituiría en un peligro objeto de prevención administrativa (225). O asimismo, olores que podrían ser normales en el medio rural se revelan como posibles fuentes de peligro en el medio urbano (226). De otro lado, el exceso de carteles y avisos, así como el cúmulo de basuras y papeles, de manera desordenada y en cantidades significativas en las instalaciones de un aparcamiento público deja de ser una simple molestia y se constituye en un perjuicio (227).

Un perjuicio no es un peligro cuando deriva de una circunstancia extraordinaria provocada por el afectado, que puede tener una sensibilidad especial por la causa que fuere. Así, por ejemplo, los ladridos de un perro considerados por los vecinos de sensibilidad normal como simple molestia, no pueden prohibirse porque pongan en serio peligro la salud de un enfermo grave. Ahora bien, según las circunstancias, la decisión sería, distinta en caso de ladridos en un barrio con instalaciones hospitalarias. Lo mismo se predica en los casos de comportamientos o conductas que serían inadmisibles para el común de los ciudadanos e inaceptables para personas asustadizas, enfermas o demasiado nerviosas (228).

De otro lado, que un bien objeto de protección por sus efectos en la seguridad y el orden públicos se vea menoscabado debido a sus propias características físicas o materiales o debido a un hecho natural, no significa en modo alguno la existencia o surgimiento de un peligro en relación con

(224) GÖTZ, V., GEIS, M. E., *op. cit.*, p. 56.

(225) LISKEN, H., DENNINGER, E., *op. cit.*, p. 116.

(226) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 223.

(227) LANGE, A., WILHELM, J., *op. cit.*, p. 48.

(228) En este mismo sentido, el *Strassenverkehrsordnung* o Código de Circulación demanda a los conductores comportarse adecuadamente, de tal manera que los otros conductores no se sientan molestados más allá de las molestias propias e inevitables del tráfico vehicular, con lo cual se protege especialmente el orden y seguridad del tráfico rodado. O las molestias a la personas puede, guardadas las debidas proporciones, vulnerar su derecho a la personalidad y en este caso sí amerita la intervención administrativa.

dicho bien. Por poner un ejemplo, las mercancías o alimentos dañados o descompuestos. Lo cual no excluye que ese mismo bien pueda constituirse en un verdadero peligro para la seguridad pública, como por ejemplo, cuando dicha mercancía descompuesta es vendida y, con ello, se amenaza seriamente la salud de las personas (229).

Sin embargo, en algunos supuestos, pueden también incluirse en la definición conceptual de peligro, a través de disposiciones legales especiales, algunas «desventajas significativas» o *erhebliche Nachteile* y molestias que, por tanto, pasarían a ser también objeto de la actividad preventiva. De esta manera, STEINER señala que en algunos supuestos la concreción del peligro puede ser el resultado de la suma de determinadas desventajas y molestias (230).

En definitiva, la delimitación entre el concepto del daño susceptible de ser protegido y la mera o simple molestia irrelevante para la actuación policial no es nada fácil de determinar; puesto que «exige pues un juicio de valor, en el que los bienes de vida e intereses concurrentes deben ser armonizados. Fórmulas abstractas que aparecen frecuentemente sirven de poco. El resultado de la armonización puede variar según el tiempo y el lugar» (231).

VI. EPILOGO

El Derecho de Prevención de Peligros o *Gefahrenabwehrrecht* de la República Federal de Alemania se construye sobre la base de la atribución de potestades exorbitantes de intervención administrativa preventivas a las Autoridades de Policía y del Orden o *Polizei- und Ordnungsbehörden* que se ejecutarán ante la presencia de peligros graves e irreparables de índole individual o colectiva para los bienes y derechos objeto de protección o *Rechtsgut* y *Schutzgut* por parte de la seguridad y el orden públicos u *öffentliche Sicherheit und Ordnung*. Así pues el concepto de peligro o *Gefahr* constituye el elemento nuclear del Derecho de Policía y del Orden o *Polizei- und Ordnungsrechts* (232).

El *Gefahrenabwehrrecht* es un sistema jurídico complejo de arquitectura poliédrica y variable, que faculta a la Autoridad pública para pronosticar situaciones materialmente inexistentes pero que con toda probabilidad pueden establecer una relación causal y producir efectos dañinos sobre bienes,

(229) Abundando en el ejemplo, un alimento dañado —como la carne— supone un perjuicio *per se* para el propio producto y, sobre todo para su productor o comerciante; ahora bien, el perjuicio pasa a ser un peligro para la salud pública cuando es vendido o distribuido entre la población consumidora. *Vid.* STEINER, U., *op. cit.*, pp. 185-186.

(230) STEINER, U., *op. cit.*, p. 185.

(231) STEINER, U., *op. cit.*, p. 222.

(232) FRIAUF, K. H., *op. cit.*, p. 124.

derechos, personas o, incluso la sociedad cuyo resultado comportaría un daño de imposible reparación y reconoce a la misma la utilización de «medidas normativas o materiales, coactivas exorbitantes y directas que puedan impedir, paralizar, aminorar o frenar las acciones o supuestos que ponen en peligro o causan daños o perjuicios» (233). La paradoja que plantea es que cuanto más acertado sea el diagnóstico, y más eficaz la adopción de las medidas efectivas de prevención, menos perceptible será el peligro, al haber sido reducido o suprimido preventivamente por los instrumentos aplicados que harán desaparecer los aspectos materiales y visuales del mismo (234). Ello nos sitúa ante una acción administrativa imperceptible y, por tanto, difícilmente comprobable tanto para el control ciudadano, como para el eventual control jurisdiccional con las dificultades que puede acarrear; puesto de uno y otro control será una o varias medidas cuya función es precisamente hacer desaparecer lo antes posible los indicios y elementos constitutivos del peligro.

El *Gefahrenabwehr* constituye una sofisticada construcción jurídica anclada en los fundamentos del marcial Estado prusiano (235) que ha sobrevivido a los períodos autoritarios y se ha introducido en las legislaciones democráticas de la República de Weimar, de Bonn y, finalmente, de Berlín y que ha conformado, sin duda, el prestigioso Derecho Público alemán. Y ello, a pesar de la acción depuradora legislativa realizada por los aliados después de la II Guerra Mundial, a través de la despolicialización administrativa y de la delimitación de las competencias policiales *strictu sensu* de las del orden o policiales *latu sensu*. Su pervivencia demuestra la sofisticación, la calidad jurídica, la operatividad y la necesidad de tan importante *corpus iuris* del Ordenamiento Jurídico teutón. A pesar de ello, para algunos «una sociedad moderna no puede ser constituida como un estado represivo de vigilancia y prevención, ni tampoco bajo la constante apelación al principio de la así llamada prevención del riesgo (*Gefahrenabwehr*)» (236).

(233) FUENTES I GASÓ; J., R., *op. cit.*, p. 558.

(234) Este sería el caso de las medidas de prevención en los campos de fútbol, que se han diseñado y adoptado *a posteriori* después de haberse visualizado y concretado los peligros en auténticos desastres como por ejemplo la tragedia del Estadio de Heysel el 29 de mayo de 1985 en Bruselas, entre otros muchos.

(235) Ahora bien, en el Estado autoritario prusiano no tenía como finalidad única la «prevención del peligros» para la vida, la integridad física u otros derechos o bienes; sino que se extendía a «otros peligros» que llegaban hasta la peligrosidad social, religiosa y política con lo que se convertía en un instrumento policial de intervención exorbitante *a priori* y, de hecho, en un «sistema de represión preventiva», *Vid.* BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1985.

(236) VIEWEG, K., «El 'primer sistema de la libertad' y la 'aniquilación de toda libertad'. Objeciones de Hegel a la idea fichteana de libertad», *Philosophical Readings*, VII, núm. 3, 2015, p. 15.

Las Autoridades de Policía y de Orden pertenecen al ámbito de la intervención administrativa más característica y tradicional pero no por ello menos actual y necesaria en nuestra sociedad tecnológica y de la información. Las medidas que adoptan inciden imperativa y desfavorablemente en la esfera jurídica de los ciudadanos por lo que los ordenamientos jurídicos deben extremar su precisión normativa y el aparejo de garantías.

La implementación del sistema de prevención de peligros mediante estas autoridades requiere de una habilitación jurídica que se articula a través de tres niveles instrumentales diversos, según que el supuesto de hecho objeto de intervención administrativa precise de mayor o menor concreción en su definición: (237)

- a) Medidas de intervención *ad casum* derivadas de leyes especiales administrativas en materia de salubridad, sanidad, aguas, medio ambiente, transporte, entre otras.
- b) Medidas estándar o *Standardmassnahmen* contenidas en las Leyes de policía de los *Länder*, como, por ejemplo, escuchas, detención, retención, entrada y registro de domicilios, decomisos, entre otras.
- c) Medidas derivadas de la Cláusula General policial o de prevención de peligros para dar respuesta a cualquier otro supuesto no contemplado ni por las leyes de policía, ni por las leyes sectoriales en materia de orden.

Así pues, puede afirmarse que el *Gefahrenabwehrrecht* está compuesto por un pormenorizado «micro-derecho» regulador de gran variedad de supuestos de peligro previstos en legislación general o sectorial dentro o fuera del ámbito policial (238) y por un generalista «macro-derecho» conformado por la Cláusula General que, en último término, habilitará cualquier intervención necesaria y no prevista singularmente para combatir peligros inminentes. A pesar de la gran utilidad de la Cláusula general, «lo que resulta peculiar en el Derecho germánico en general es su pormenorizada regulación de rango legal de medidas policiales estándar, cuyo grado de concreción teórica puede no ser siempre suficientemente esclarecedora o puede a veces ser discutible en cuanto a sus contenidos, pero de lo que no cabe ninguna duda es que aventajan en precisión y claridad a las inexistentes o confusas reglamentaciones de los demás países occidentales» (239).

(237) FRIAUF, K. H., *op cit.*, p. 209.

(238) Así, la *Gastättengesetz (GastG)*, la *Strassenverkehrsgesetz (STVG)*, la *Bundesimmissionschutzgesetz (BImSchG)* o la *Bundesbodenschutzgesetz (BbodSchG)*.

(239) AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, I., *op. cit.*, p. 75.

Ahora bien, la presente delimitación material no se corresponde con la atribución funcional orgánica de acuerdo con la cual las *Polizeibehörden* o Autoridades de Policía, en virtud del principio de subsidiaridad de la actuación policial, adoptaran las medidas precisas para la prevención de las amenazas o peligros inminentes que pueden causar un daño inmediato y que por su naturaleza no sean susceptibles de haber sido aplicadas por las Autoridades del Orden u *Ordnungsbehörde*.

Las Autoridades de Policía fundamentan su capacidad de intervención para supuestos específicos de peligro en las *Landespolizeigesetzen* y su de intervención genérica en la Cláusula General policial o de prevención de peligros, sin que requieran, por lo tanto, de la expedición permanente de actos administrativos habilitantes. En cambio, la actuación de las Autoridades o Administraciones del Orden debe estar amparada bajo una habilitación particular de carácter administrativo.

La importancia de la Cláusula General radica en la percepción de que, dados los rápidos cambios en los diferentes ámbitos —tecnología, tráfico, medio ambiente, transportes, entre otros—, a menudo la legislación específica que regula estos sectores en desarrollo deviene obsoleta en poco tiempo y no puede dar respuesta a la aparición de nuevas formas de peligro con la misma rapidez con que se dinamizan los comportamientos y las innovaciones tecnológicas que provocan a la vez nuevas formas de peligro. Si bien «la cláusula de policía, con su amplio requisito típico, el «riesgo para la seguridad pública» y su consecuencia jurídica no específica, es decir, redactada con amplitud —‘se podrán adoptar las medidas necesarias’—, sigue siendo indispensable para que la policía tenga una base legal para la intervención también en el caso de nuevos peligros» (240).

A pesar de ello, la rápida carrera por la globalización técnica y digital comporta que cambios en la concepción de la Cláusula General prevención de peligros que ha visto limitada su ámbito de actuación al ser precisada en tres direcciones: los «bienes jurídicos de protección policial» han sido determinados de manera más exacta. Las medidas policiales a emprender han sido concretadas y, con ello, limitadas legalmente. El concepto de «peligro», como requisito para la intervención genérica policial, ha sido definido con mayor precisión y claridad (241).

La implementación expeditiva de semejantes medidas exorbitantes como las que prevé el *Gefahrenabwehrrecht*, bajo estos tres mecanismos de manifestación, ya sea por las Autoridades de Policía o del Orden conlleva intrínsecamente el pasar sobre el control o dependencia judicial *a priori*. Es por ello

(240) IBLER, M., *op. cit.*, pp. 152-153.

(241) *Ibidem*, p. 153.

este sentido, para asegurar que no se cometan abusos en su aplicación se establece un elenco aproximado de situaciones de peligro que, si bien supone un *numerus apertus*, permiten la adopción de un doble control de la actividad administrativa. De un lado, el control *a priori* o autocontrol por parte de la misma Autoridad administrativa, que puede realizar mejor un juicio racional de existencia o no de peligro y de sus consecuencias y, de otro, el control *a posteriori*, ejercido por el poder judicial, que contrasta el supuesto de peligro con el catálogo existente y realiza un «juicio revisor» más concatenado de la situación peligrosa y de la actuación policial o del orden dirigida a erradicar el peligro (242).

En definitiva, el *Gefahreabwehr* constituye, sin duda una de las instituciones más características del *Polizei- und Ordnungsrechts*; pues «a pesar de ser un viejo conjunto de instituciones jurídicas», va a suponer una de las aportaciones más innovadoras en la actividad administrativa contemporánea. Y muchas de «las regulaciones generales, principios e instrumentos de actuación del Derecho de Policía se han vuelto parte del Derecho Administrativo general» (243). Así, el Derecho de Prevención de Peligros «sigue siendo una función legítima e irrenunciable de la administración, pero ahora se ve complementada por las funciones de la previsión, la prestación y el fomento en los ámbitos social, económico y cultural. Ello ha comportado una ampliación tan notable de la actividad administrativa que en la actualidad al Estado se lo califica de 'Estado administrativo'» (244). En este sentido, supone una nueva visión del iusadministrativismo que va más allá de las tesis clásicas del Derecho Administrativo como Derecho de policía o de servicio público y se centra más en el aspecto nuclear de la protección de la vida, la integridad y los derechos de la persona, que en el control de sus actividades. De tal suerte, que la persona pasa a ser el objetivo central de la actividad de la Administración Pública, en nombre del Estado de Derecho (245).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREAZCUÉNAGA ZIGORRAGA, I., *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990.
- AMBOS, K., BÖHM, M. L., ZULUAGA, J., (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Göttingen University Press, Göttingen 2016.

(242) FUENTES I GASÓ; J., R., *op. cit.*, p. 559.

(243) IBLER, M., *op. cit.*, p. 145.

(244) MAURER, H., *op. cit.*, p. 17.

(245) FUENTES I GASÓ; J., R., *op. cit.*, pp. 557-560

- BALLBÉ MALLOL, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en España», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 2, 1985, pp. 373-380.
 - *El orden público en el constitucionalismo español*, Universitat de Barcelona, Barcelona 1988.
 - «Diez años de seguridad y política autonómicas», *Autonomies: Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 12, 1990, pp. 113-120.
 - «Modelos policiales comparados», en *Seguridad y Estado autonómico*, VII Seminario Duque de Ahumada, (8, 9 y 10 de mayo de 1995), Madrid, 1996, pp. 113-127.
 - «Prólogo», en FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2ª ed., 2004.
 - «El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007, pp. 215-276.
- BOLT, H., STOLLEIS, M., «Geschichte der Polizei in Deutschland», en LISKEN, H., DENNINGER, E., *Handbuch des Polizeirechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012, pp. 3-34.
- BUTZER, H., «Flucht in die polizeiliche Generalklausel. Überlegungen zur Konkurrenz von polizeilichen Befugnisnormen», *Verwaltungs Archiv(WerwArch)*, 2002, pp. 506-539.
- CARONI, P., *Escritos sobre la codificación*, Universidad Carlos III, Madrid, 2012
- CALLIESS, CH., *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001
- CIERCO SEIRA, C., El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español, *RAP*, núm. 163, enero-abril, 2004, pp. 73-125.
- DARNSTÄDT, TH., *Gefahrenabwehr Und Gefahrenvorsorge*, Frankfurt am Main, 1995.
- DE LA VARGA PASTOR, A., *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados*, La Ley, Madrid, 2012.
- DENNINGER, E., et al., *Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder*, Luchterhand, Neuwied und Kriffel, 1979.
- «Polizeiaufgaben», en LISKEN, H., DENNINGER, E., *Handbuch des Polizeirechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012, pp. 188-294.
- DREWS, B., WACKE, G., *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, Heymann, Köln, Bonn, Berlin, München, 1986.

- DREWS, B., WACKE, G., VOGEL, K., MARTENS, W., *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, 12ª edición, Bonn/Berlin/Munich, 1992.
- DUQUE QUICIOS, J., «Modelo de seguridad alemán», *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 37, 2008, pp. 35-47.
- FAIRCHILD, E. S., *German Police*, Charles Thomas, Springfield, 1988.
- FLEURY, R., *Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995.
- FRIAUF, K. H., «Polizei— und Ordnungsrecht», a SCHMIDT-ASSMANN, E., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10ª ed., Berlin, 1995.
- FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, CEDECS, Barcelona, 2ª ed., 2004.
- «Die spanische polizei auf dem Weg zu einem dreigliedrigen föderalistischen Modell», *Zeitschrift für die staatliche und kommunale Verwaltung*, Tübingen, núm. 5, mayo 1997, pp. 33-36.
 - «Seguridad Pública», en BALLBÉ, M., FERRET, J., *Informe Pi i Sunyer sobre Comunitats Autònoms, 1995-96*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 1997, pp. 940-948.
 - «Spanien» en *Recht und Organisation privater sicherheitsdienste in Europa*, Richard Boorberg Verlag, München, 1998.
 - «La prevención de los peligros y la seguridad de los productos», en FUENTES I GASÓ, J. R., HIDALGO MOYA, J. R., MOLES I PLAZA, R. J., *La seguridad de los productos*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 155-210.
 - «El model Alemany d'intervenció administrativa», en *El model d'intervenció administrativa a Catalunya i la gestió dels risc i de la seguretat*, XII Fòrum de Seguretat, Institut d'Estudis de la Seguretat, Barcelona, 2009, pp. 31-34.
- FUENTES I GASÓ, J. R., ABDELKADER GARCÍA, J., M., «El marc jurídic del model policial en el dret estatal i autonòmic. Especial referència a l'ordenació policial de l'àmbit local català», en FUENTES I GASÓ, J. R., CAPELL I MANZANARES, J. M., *La policia local a Catalunya*, vol. I, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2016, pp. 93-162.
- FUENTES I GASÓ, J. R., CAPELL I MANZANARES, J. M., *La policia local a Catalunya*, vol. I y II, Diputació de Barcelona, Barcelona, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000.
- GÖTZ, V., *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Göttingen, 12ª edición, 1997.
- «La policía de los Länder alemanes: funciones y competencias», en IVAP/HAEE, *Policía y Seguridad: Análisis jurídico-público*, Oñati, 1990.

- «Vor 60 Jahren — Preussisches Polizei veraltungsgesetz», *Juristische Schu- lung (JuS)* 1991, pp. 805-809
- GÖTZ, V., GEIS, M. E., *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, C. H. Beck, 16^o ed., München, 2017.
- GRAULICH, K., «Sicherheitsrecht», *DVBl*, 2013, pp. 1210-2129.
- GUILLÉN LASIERRA, F., *Policia i Seguretat*, Col·lecció Materials, núm. 225, Univer- sitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2012.
- GUSY, CH., «Gefahraufklärung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung», *Juris- tische Arbeitsblätter*, 2011, pp. 641-650.
- *Polizei- und Ordnungsrecht*, Mohr Siebeck, 10.a., Tübingen, 2017.
- HABERMEHL, K., *Polizei — und Ordnungsrecht*, 2^o ed. Baden-Baden, 1993.
- HAURAND, G., VAHLE, J., «Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungs- fällen», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, núm. 22, 2003, pp. 514 y ss.
- HEISE, G., RIEGEL, R., *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes mit Begrün- dung und Anmerkungen*, 2 ed., Boorberg, Stuttgart, 1978.
- HEUER, H., *Die Generalklausel des preussisches Polizeirechts von 1875 bis zum PVG von 1931*, Frankfurt am Main, 1998.
- HOFMAN, H. H., «Reformas de la Ley Fundamental. Experiencias de medio siglo», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 327-328.
- IBLER, M., «Gefahrenabwehr und Internet. Spielcasinos», en HENDLER, R., IBLER, M., MARTÍNEZ SORIOA, J., M., (eds.), *Für Sicherheit, für Europa, Festschrift für Volkmar Götz*, Göttingen University Press, Göttingen 2005, pp. 421-435.
- «Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50-51, 2005, pp. 5-22.
- «Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídi- cas típicas y actuales del derecho de policía alemán (Derecho de prevención de riesgos)», *Iusta*, núm. 32, 2010, pp. 143-160.
- «Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel», en JOCHUM, G., FRITZE- MEYER, W., KAU, M., (eds.), *Grenzüberschreitendes Recht— Crossing Fron- tiers, Festschrift für Kay Hailbronner*, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2013, pp. 737-745
- JACOB, H., *German Administration Since Bismarck: Central Authority Versus Local Autonomy*, Yale University Press, New Haven and London, 1963.
- JAR COUSELO, G., «El modelo policial alemán en la actualidad», *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, núm.12, mayo-agosto, 1996, pp. 55 y ss.

- *Modelos comparados de policía*, Dykinson, Madrid, 2000.
- JEROUSCHECK, G., «Gefahrenabwehngsfolter — Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?», *JuS*, núm. 4, 2005, pp. 296 y ss.
- KNEMEYER, F. L., «Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts», *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, NÚM. 92, 1967, pp. 153-180.
- *Polizei- und Ordnungsrecht*, C.H.Beck, 11ª. ed., München, 2007.
- KNEMEYER, F. L., SCHMIDT, T. I., *Polizei- und Ordnungsrecht*, C.H.Beck, 4ª. ed., München, 2016.
- KOSSELCK, R., *La Prussia tra riforme e rivoluzione (1791-1848)*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- KÜHN, W. M., «Die Entwicklung des Vorsorgeprinzips im Europarecht», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, núm. 4, 2006, pp. 487-520.
- LANGE, A., WILHELM, J., *Recht der Gefahrenabwehr*, Deutscher Gemeindeverlag, Köln, 1982.
- LISKEN, H., DENNINGER, E., *Handbuch des Polizeirechts*, C.H.Beck, München, 1992.
- LÜDTKE, A., «L'expérience policière allemande: une perspective historique», *Les cahiers de la sécurité intérieure*, núm. 7, noviembre 1991 — enero 1992.
- «Sicherheit» und «Wohlfahrt», Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.
- MANN, TH., FONTANA, S., «Entwicklungslinien des Polizeirechts im 21. Jahrhundert», *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2013, pp. 734-741.
- MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, 16. ed. München, 2006.
- MELCHER, K., *Geschichte der Polizei*, Gersbach & Sohn, Berlin, 1926.
- MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1927, reeditado en Neubruck, 1969 o y traducido como *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Nacional, México, 1980.
- MÖSTL, M., «Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts», *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2007, pp. 581-589.
- NAAS, S., *Die Entstehung des Preussischen Verwaltungsgesetzes vom 1931*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2003.
- PAREJO ALFONSO, L., «Seguridad pública», en PAREJO ALFONSO, L., Jiménez Blanco Carrillo de Albornoz, A., Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo (Parte especial)*, 5ª ed. Barcelona, 1998.
- Seguridad pública y policía administrativa de seguridad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PIEROTH, B., «Die polizeiliche Generalklausel», *Ad Legendum (AL)*, 2013, pp. 135-136

- PIEROTH, B., SCHUNK, B., KNIESEL, M., *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht*, 4^o ed. C. H. Beck, München, 2007.
- PREU, P., *Polizeibegriff und Staatszwecklehre: die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts*, O. Schwarz, 1983.
- PÜTTER, J., S., *Institutiones Iuris Publici Germanici*, 6^o ed., Göttingen, 1802.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Alemania», en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Gobiernos Locales en Estados Federales y Descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, pp. 35-192.
- ROTT, J., «100 Jahre 'Kreuzberg-Urteil' des PrOVG», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1982, págs. 386 y ss.
- RUFNER, W., MUCKEL, S., *Besonderes Verwaltungsrecht. Polizei- und Ordnungsrecht/Kommunalrecht*, Luchterhand, Neuwied und Kriftel, 2000.
- RUTHIG, J., «Aktuelle Rechtsprechung zum Polizei- und Ordnungsrecht», *Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen / Rheinland-Pfalz / Saarland (LKRZ)*, vol. 12, 2015.
- SCHENKE, W. R., *Polizei- und Ordnungsrecht*, C. F. Müller, 9^o ed., Heidelberg, 2016.
- SCHOCH, F., «Behördliche Untersagung unerwünschten Verhaltens' im öffentlichen Raum», *Jura*, 2012, pp. 858-866.
- «Die 'Gefahr' im Polizei- und Ordnungsrecht», *Jura*, 2003, pp. 472-473.
- SCHOLLER, H., SCHLOER, B., *Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4^o ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1993.
- SCHUCHT, C., «Generalklausel und Standardmaßnahme», *Schriften zum Recht der Inneren Sicherheit*, núm. 16, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., ¿Derecho penal regulatorio?, *InDret*, núm. 2, 2015.
- SODAN, H., ZIEKOW, J. (dirs.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Großkommentar, Nomos, 2014, Baden-Baden, pp.367-560.
- SOMMERMANN, K. P., «Administration et police en Allemagne», en *Annuaire Européen d'Administration Publique*, núm. 21, 1999.
- STEINER, U., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 3^o ed. Heidelberg, 1988.
- STOLLEIS, M., *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, Paris, 1998.
- TETTINGER, P. J., *Besonderes Verwaltungsrecht 1*, Heidelberg, 1995.
- TETTINGER, P. J., ERBGUTH, W., MANN, T., *Besonderes Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht*, Müller, Heidelberg, 2007, p. 181.

- THIEL, M., *Polizei- und Ordnungsrecht*, Nomos, 3ª ed., Baden-Baden, 2016.
- VIEWEG, K., «El 'primer sistema de la libertad' y la 'aniquilación de toda libertad'. Objeciones de Hegel a la idea fichteana de libertad», *Philosophical Readings*, VII, núm. 3, 2015, pp. 15-22.
- VOGEL, TH., MÜNCH, I., *Gerichtsentscheidungen zum Polizeirecht*, Frankfurt am Main., 1971.w
- VON MUTIUS, A., «Die Generalklausel im Polizei- und Ordnungsrecht», *Jura*, 1986, pp. 649-657.
- WERNER, S., «Das Vorsorgeprinzip- Grundlagen, Maßstäbe und Begrenzungen», *Zeitschrift für Umwelt und Planungsrecht (UPR)*, núm. 9, 2001, pp. 335-340.

CONSTRUYENDO EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN(*) (**)

BLANCA SORO MATEO

SUMARIO: I. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AL DEBATE JURÍDICO.– II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN ESPAÑA: 1. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina constitucional. 2. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina contencioso-administrativa. 3. La aplicación administrativa del principio de precaución. Doctrina Contencioso-administrativa.– III. LA POSIBILIDAD DE LIMITAR Y/O PROHIBIR TÉCNICAS, ACTIVIDADES O PRODUCTOS A NIVEL ESTATAL Y AUTONÓMICO: JUICIOS DE COMUNITARIEDAD Y CONSTITUCIONALIDAD: 1. Sobre la posibilidad autonómica de limitar o prohibir el «fracking» en sus territorios. La posición del Tribunal Constitucional: A) Sobre la prohibición absoluta del fracking en derecho autonómico. B) Sobre la controvertida inconstitucionalidad de la prohibición parcial del fracking en derecho catalán. C) ¿Cuál será la suerte de la Ley vasca antifracking? 2. Nueva directiva OMG. Existencia de armonización e invocación de otros intereses. ¿Encubrimiento de la insuficiencia de la armonización? 3. ¿Cabe la prohibición nacional y/o autonómica de pesticidas? Sobre la conformidad a derecho de las eventuales prohibiciones.– IV. UNA VIRTUALIDAD OLVIDADA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL: 1. Sobre la aplicación directa de del principio de precaución como principio general del Derecho ambiental: su formulación. 2. Sobre su bifronte naturaleza: principio o regla. 3. El principio de precaución como parámetro de responsabilidad por omisión. 4. La necesaria distinción entre ignorancia e incerteza y la relevancia de la alerta temprana.– V. INCERTIDUMBRE Y RIESGO: ¿DE QUIÉN ES LA RESPONSABILIDAD?– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El estudio da cuenta de la recepción del principio de precaución en el ordenamiento jurídico español, tanto en sede normativa como aplicativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, en sectores teñidos de incertidumbre científica y según el diverso nivel de armonización que se deriva del Derecho comunitario. Se plantea, asimismo, la discusión sobre la naturaleza jurídica del principio y su necesaria consideración como principio general del derecho ambiental.

Palabras clave: principio de precaución; riesgo; incertidumbre; armonización comunitaria; principios generales del derecho ambiental.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de enero de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de enero de 2017.

(**) El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación DAHIS, «Daños ambientales históricos en la Región de Murcia»: desafíos, amenazas y soluciones (19491P/14), financiado por la Fundación Séneca (Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia).

ABSTRACT: The study aims at the analysis of the reception of the precautionary principle in the Spanish legal system. It addresses both the linkage to the legislator and the Administration, in the light of constitutional jurisprudence and administrative. Are treated sectors considered of scientific uncertainty, according to the different level of harmonization that is derived from Community law. There is, in addition, the discussion on the legal nature of the principle and its necessary consideration as a general principle of environmental law.

Key words: precaution principle; risk; uncertainty; community harmonisation; general principles of environmental law.

I. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AL DEBATE JURÍDICO

En los últimos tiempos, la incorporación del principio de precaución al debate en torno a la toma de decisiones jurídicas de toda índole está originando un caldo de cultivo que, por parte de algunos, demanda un cambio de rumbo de ciertas políticas. Se propone un entendimiento más acorde con el desarrollo sostenible y que haga prevalecer su aplicación en caso de duda científica, con el fin de garantizar también un nivel elevado de protección de la salud y del medio ambiente en los casos en los que los datos científicos disponibles no permitan una evaluación completa del riesgo. En la actualidad, aunque sus contornos siguen definiéndose, el principio se ha convertido en un instrumento jurídico, a priori no queda claro si principio o regla, que faculta a las autoridades públicas para reaccionar en situaciones de incertidumbre científica acerca de los riesgos que una actividad, procedimiento o producto pueda generar, para evitar que se produzcan daños en el medio ambiente o la salud en tanto se mantiene la incertidumbre.

El principio de precaución se encuentra consolidado tanto a nivel internacional y comunitario. Es contemplado en la Declaración de Río adoptada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) (1) y a él se hace referencia expresa en su principio número

(1) No obstante, ya en la Declaración ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte (1987) se precisó que era necesario un planteamiento de precaución para proteger al Mar del Norte de los efectos potencialmente peligrosos de las sustancias más peligrosas, y que este planteamiento podía exigir la adopción de medidas de control de las emisiones de dichas sustancias incluso antes de que formalmente se estableciera de modo científico una relación de causa a efecto. En la tercera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte (1990) se formuló una nueva declaración ministerial que recogía la declaración anterior y establecía que los gobiernos firmantes seguirían aplicando el principio de precaución, es decir, adoptando medidas para evitar los efectos potencialmente

15 (2). Asimismo, es recibido en Europa a través de su positivación en el art. 130 R. 2 del Tratado de Maastrich (1992) y a día de hoy se encuentra formulado por el art. 191 del TFUE, junto a otros principios de derecho ambiental. Según dicho precepto, *«La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión»*. Como se desprende del precepto transcrito, el principio de precaución o cautela debe guiar la consecución de un nivel elevado de protección del medio ambiente.

A partir de esta genérica formulación, la posición mantenida por la Comisión Europea en relación con el principio de precaución es manifestada en la Comunicación de la Comisión, de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso a dicho principio. Se reconoce que los responsables políticos se enfrentan constantemente al dilema de encontrar un equilibrio entre la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas, y se parte de la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal. Bajo estas coordenadas, la Comisión apela al necesario equilibrio de intereses con el fin de justificar la adopción de medidas proporcionadas, no discriminatorias y transparentes y coherentes, lo cual exige un proceso de toma de decisiones estructurado, que cuente con información científica pormenorizada y con otros datos objetivos. Además, aunque en el Tratado sólo se mencione explícitamente el principio de precaución en el terreno del medio ambiente, como se ha ocupado de precisar la Comisión, su ámbito de aplicación es mucho más amplio y abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos poten-

peligrosos de las sustancias tóxicas, aunque no haya pruebas científicas de la existencia de una relación de causalidad entre las emisiones y los efectos.

(2) Principio que establece lo siguiente: *«Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente»*.

cialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido (3).

El momento, el modo y la intensidad de penetración del principio de precaución o cautela en el ordenamiento jurídico de cada Estado es diversa (4). En Francia, La Ley Barnier, de 2 de febrero de 1995, introdujo el principio de precaución en los siguientes términos: «*La ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable*» (art. L.110-1). Años más tarde el principio es elevado a rango constitucional, disponiendo el art. 5 de la Ley constitucional n° 2005-205, de 1 de marzo de 2005, relativa a la Charte de l'environnement (5), que «*Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage*».

La incorporación de la precaución como principio de derecho ambiental en la Carta Magna francesa vino a instaurar una verdadera responsabilidad ambiental, en el sentido de que la precaución, además, no se consagra sólo como principio, sino también como regla de aplicación directa. Como ha advertido BAGHESTANI-PERREY, es el derecho de la responsabilidad y no la responsabilidad ética el que se ve afectado por la formulación constitucional del principio de precaución, en tanto que para evitar el daño se ofrece un verdadero instrumento de acción con consecuencias importantes en el plano contencioso. En dicha lógica, se facilita la aplicación de la institución de la responsabilidad ambiental, aunque no en el ámbito penal, tan condicionado, como es conocido, por el principio de legalidad (6). El texto constitucional limita la aplicación del principio a la autoridad pública en razón de su capacidad

(3) Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas, 2 de febrero de 2000, COM (2000) 1 final, pp. 10 y ss.

(4) CIERCO SEIRA ha señalado a este respecto que «esta penetración varía de intensidad en cada Estado; y también es diversa, por supuesto, la vía a través de la cual se hace efectiva: en ocasiones es la jurisprudencia quien da entrada al principio de precaución en tanto que principio general del Derecho; en otras, en cambio, es el legislador quien acoge, de manera normativa, la aplicación del principio —aunque en este último caso también varía el rango de la fuente utilizada—. Vid. CIERCO SEIRA (2004: 85).

(5) <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Charte-de-l-environnement-de-2004>

(6) L. BAGHESTANI-PERREY (2005: 91-101)

exclusiva para garantizar la primacía del interés general sobre los intereses particulares.

Por otra parte, la evolución jurisprudencial del principio en Francia ha llevado a algún autor a afirmar que se trata de un cambio de paradigma del Derecho ambiental moderno, que sitúa a la prudencia reflexiva en la cúspide de toda decisión administrativa que pueda afectar al medio ambiente y a la salud (7). NAIM GESBERT observa cómo, a pesar de las diferentes definiciones del principio contenidas en el principio 15 de la Declaración de Río, en el art. 191.2 del TFUE, en el art. 5 de la Carta del medio ambiente y en el art. 110-1 II 1º del Código de medio ambiente, todas ellas tienen en común el dotar al principio de la misma esencia y forma. Al preguntarse por su fundamento ontológico, advierte que éste no es otro que ofrecer una luz, un intervalo entre dos tiempos, del estudio de la incertidumbre hasta alcanzar la certidumbre, un lapso de tiempo en el que desplegar la luz de la razón que es la precaución. Y todo ello en espera de una norma futura serena, meditada, que actualice un riesgo verosímil. Concluye el autor afirmando que el principio de precaución se convierte, en consecuencia, en un elemento del orden público ecológico. La importancia que el ordenamiento francés confiere al principio de precaución, a diferencia de lo que sucede en España, puede constatararse en la Arrêt del Consejo de Estado francés, de 12 de abril de 2013, a propósito de la construcción de una línea de alta tensión, y teniendo en cuenta los efectos que pueden provocar los campos electromagnéticos. Se entiende que para determinar la legalidad de la declaración de utilidad pública de un proyecto debe tenerse en cuenta el principio de precaución. Así, la Administración está obligada a investigar si está suficientemente reconocida la hipótesis de un riesgo de daño grave e irreversible para el medio ambiente y para la salud, esto es, si existe una correlación estadísticamente significativa de aumento de riesgo de leucemia infantil por exposición residencial a campos electromagnéticos. Finalmente, respetada esta operación, se aplica por el alto Tribunal un criterio de aceptabilidad de los riesgos («*acceptabilité compensée des risques*»).

En España, en cambio, el mero cumplimiento del Derecho sirve para excluir la existencia de un riesgo relevante, sin mayor operación. Recuérdese que el TS, en Sentencia de 19 de abril de 2006, consideró que, si en una hipótesis de futuro se acreditara la presencia de efectos no previstos que implicaran graves riesgos para la salud no conocidos hasta entonces, cuya etiología no estuviera suficientemente clara, el principio de precaución entraría en juego para, ante la situación de falta de certeza científica, legitimar medidas que excepcionaran la aplicación del régimen general. Consideramos que efectos

(7) E. NAIM GESBERT (2013a: 590-591 y 1999b: 564).

previstos también pueden implicar riesgos no aceptables, y el Tribunal Supremo parece descartarlos.

El principio de precaución, configurado hoy en día como otro gran principio del Derecho Ambiental, y que nace como oposición a la presunción general a favor del desarrollo, según la cual *«cuando no se sepa o no se tenga la certeza de que una actividad [...] tiene impactos negativos, la conclusión por defecto es que la actividad puede desarrollarse, como veremos, va a servir de basamento para la adopción de decisiones políticas, normativas y administrativas e incluso judiciales y en último término como mecanismo de control de la discrecionalidad pública»* (8). Ahora bien, a diferencia de lo acontecido en otros ordenamientos, el Derecho español no ha dado cabida al principio de precaución en el texto constitucional. Sólo las más recientes normas ambientales hacen referencia al mismo junto con otros principios de derecho ambiental ya consagrados. Y aunque son escasos los pronunciamientos de tribunales españoles en torno al principio de precaución, valdrá la pena, a continuación, dar cuenta de ellos para avanzar algunas conclusiones en relación con la efectividad de este principio en Derecho español.

Asimismo, nos referiremos a la aplicación del principio de precaución en sede normativa, es decir, a la vinculación del mismo al poder legislativo y a la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria. ¿Cómo vincula el principio de precaución a las leyes y reglamentos en España? Seguidamente daremos cuenta de la vinculación del principio de precaución en sede aplicativa, para pasar a analizar después cómo penetra el principio en tres concretos sectores: el fracking, los organismos modificados genéticamente y los pesticidas.

Como conclusión, y antes de entrar en el análisis anunciado, debe decirse que el principio de precaución debe acompañar a la toma de decisiones y obliga a repensar los riesgos inciertos. De este modo, se debe verificar la eventual existencia de pruebas para aceptar o no la hipótesis de un riesgo que pudiera justificar la adopción de medidas basadas en el principio de precaución, teniendo en cuenta la gravedad del riesgo, la necesidad de realizar la actividad discutida en base a la utilidad pública y el interés general. No obstante, los riesgos deben ser creíbles, serios, aunque no ciertos, pues si no ya deberían haberse modificado los umbrales en las normas, pero el objetivo debe ser la máxima protección de la salud. En este sentido, una gran obra pública implica riesgos, que pueden reducirse mediante la expropiación de las residencias. La duda, alimentada por el miedo, es suficiente para exigir la aplicación del principio de precaución a las autoridades públicas. No obs-

(8) A. E. EMBID TELLO (2009: 4). En este trabajo se efectúa un concienzudo e interesante análisis del principio de precaución y su relación con la evaluación de riesgos ante una situación de incertidumbre.

tante, la existencia de un riesgo potencial no es en sí misma una condición de legalidad de una decisión administrativa, sino más bien una condición que supedita la legalidad a la evaluación del riesgo que concluirá con la decisión de adoptar medidas o con la decisión sobre la aceptabilidad del riesgo. Pero en la definición de esta aceptabilidad, como se verá, no caben sólo razonamientos económicos.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN ESPAÑA

1. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina constitucional

Aunque todavía son escasos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional sobre el principio de cautela o precaución, podemos dar cuenta de una incipiente doctrina sobre su aplicación en sede regulatoria. Concretamente encontramos sólo dos sentencias que se refieren al principio de cautela y seis al principio de precaución.

Puede decirse que las SsTC 237/2012, de 13 de diciembre y 19/2013, de 31 de enero de 2013 inauguran a bombo y platillo la aplicación del principio de cautela. Se trata de dos pronunciamientos que resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la Ley que aprueba el PHN, considerando el TC que, en caso de incertidumbre sobre la idoneidad ambiental de tal proyecto —se refiere *al trasvase del Ebro contemplado en el PHN*—, debe descartarse (9). Ambas resoluciones efectúan una interpretación suficientemente amplia del principio en relación con un proyecto concreto. En puridad, se trata de la instauración del mismo en el plano aplicativo y no en el normativo, a diferencia de lo que sucede en relación al resto de pronunciamientos del TC a los que *infra* haremos referencia, pero no deja de ser el primer juicio constitucional sobre el principio de cautela expresamente invocado.

(9) Advierte la Sentencia que: «poco se ha de añadir a lo ya dicho en apartados precedentes de este mismo escrito, que reitera prácticamente un único e insistente argumento basado en la inconveniencia de cualquier solución alternativa al trasvase, presentado como única y verdadera solución». *Idéntica consideración merece la denuncia de que las necesidades hidráulicas de las zonas del Mediterráneo quedarán insatisfechas y respecto de la insuficiente valoración de las condiciones ambientales, se discrepa sobre la valía de los estudios ambientales que se realizaron sobre las obras del trasvase. Esa discrepancia, que se corresponde con la plasmada en el preámbulo del decreto-ley controvertido, apunta a la existencia de un amplio grado de incertidumbre sobre la idoneidad del trasvase, limitándose el Real Decreto-ley 2/2004 a reponer las cosas a su estado original. De modo que no se ha hecho sino aplicar el principio de cautela en la utilización de los recursos naturales a la vista de las dudas e incertidumbres que ocasionaba lo que se ha juzgado como un análisis insuficiente de las previsiones técnicas».*

Más recientemente, aunque relativamente tarde si tenemos en cuenta que en otros Estados de Europa el principio ya llevaba entonces un importante recorrido, y ahora sí en relación con la aplicación del principio por parte de los legisladores, comienza a acuñarse el recurso al principio de precaución en el plano normativo. Nos referimos a las recientes SsTC 106/2014, 134/2014 y 57/2015, de 18 de marzo, a partir de las cuales, como se verá, puede afirmarse que, además de debutar tarde, el principio de precaución en la jurisprudencia constitucional española, a nuestro modo de ver, lo hace también mal, pues desde el principio se comienza a confundir con el principio de prevención.

Así, en relación con el empleo de la técnica de la fracturación hidráulica, estas Sentencias advierten que en la evaluación ambiental de cada proyecto de fracturación hidráulica se hará efectivo el principio de precaución, de suerte que, como es obvio, se denegará la autorización del proyecto que suponga el empleo de la técnica del *fracking*, si el resultado de la evaluación de impacto ambiental del mismo es negativo (10). El Tribunal no cae en la cuenta de que, cuando la evaluación de impacto ambiental es negativa, que no suele serlo, en la medida en que en la mayor parte de los casos es positiva condicionada al cumplimiento de medidas correctoras, es porque se constatan los daños al medio ambiente y la salud, o lo que es lo mismo, cuando los riesgos son ciertos, por lo que, en ausencia de incertidumbre, no cabe apelar al principio de precaución, sino intentar prevenirlos o evitarlos a través de la elección de la mejor alternativa desde el punto de vista ambiental o, como señalábamos, con la imposición de medidas correctoras tendentes a minimizar los impactos ciertos. En efecto, el principio de precaución, tal y como está configurado, precisamente se aplica en casos de incerteza, luego el Tribunal Constitucional deja en evidencia el desconocimiento de su naturaleza y alcance. La alerta sobre este error del Tribunal Constitucional suena inmediatamente en el voto particular formulado a la STC 106/2014 por los magistrados ADELA ASUA BATARRITA, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ y JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, equivocación que, llamativamente no es corregida en las ulteriores Sentencias a que se ha hecho referencia. Advierten los magistrados, con razón a nuestro juicio, que *«El principio de precaución ... no opera cuando existen datos terminantes sobre los eventuales riesgos para la salud y el medio ambiente, como parece dar a entender la mayoría. Tal principio adquiere su auténtico significado en un escenario bien distinto: el de la existencia de incertidumbre acerca de los potenciales riesgos. Es entonces cuando dicho principio entra en juego y se activa en un momento anterior a la evaluación de impacto ambiental, a la que tanta relevancia argumentativa atribuye la Sentencia con vistas a razonar que,*

(10) En este sentido, también se muestra J. JORDANO FRAGA (2015:21) cuando afirma que «El TC también se equivoca cuando dice que la EIA responde al principio de cautela —STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm. 8º—. Es obviamente el de prevención».

es en el marco de este procedimiento, en el que deberá quedar garantizada la máxima protección del medio ambiente y de los recursos naturales».

No obstante, en otras recientes Sentencias, y con un mejor entendimiento, el Tribunal Constitucional se refiere al principio de precaución como aquel en el que el legislador se basa para someter a EIA una actividad que no está prohibida. Así lo hacen la STC 69/2013, de 14 de marzo de 2013 y, en similar sentido, la STC 208/2014, al estimar conforme con el orden constitucional de competencias la prohibición que lleva a cabo una norma estatal de determinados métodos de captura, considerando que ello no vacía de contenido la competencia de la Comunidad Autónoma, cuya regulación puede incidir sobre los restantes métodos de captura, bien admitiéndolos en ejercicio de su competencia en materia de caza y pesca, bien estableciendo nuevas prohibiciones o limitaciones para reforzar la acción protectora de la norma básica estatal, que en este caso opera como norma de mínimos, resultando precisamente el principio de precaución el que legitima, en estos casos, la extensión del alcance de lo básico, esto es, de las bases sobre protección de medio ambiente e incluso el establecimiento de normas adicionales de protección por parte de las CC.AA., frente a la competencia autonómica exclusiva en materia de caza (11). Quizá sea esta la perspectiva que echamos en falta en las sentencias sobre fracking.

Por último, en relación con el electromagnetismo y con preferencia temporal, la temprana STC 8/2012, de 18 de enero, se refirió, también a diferencia de lo que sucede, como se verá, en todas aquellas que resuelven los recursos de inconstitucionalidad planteados contra las leyes autonómicas que han pretendido prohibir el fracking en su territorio, al necesario equilibrio que debe perseguirse para la ponderación de los distintos intereses en juego, como lo es en este caso el binomio telecomunicaciones y salud, otorgando un peso determinante a la circunstancia de que, precisamente, la normativa

(11) Así, estima la sentencia que *«Y, no siendo lo detallado o concreto el elemento primero y esencial para calificar esta regulación como básica, sino su finalidad tuitiva, ésta queda patente si se tiene en cuenta que la utilización de tales métodos masivos o no selectivos puede provocar la desaparición de la especie susceptible de aprehensión a nivel local, contrariando el principio de conservación recogido en el art. 62.2 de la Ley o, incluso, por su propia naturaleza no selectiva, puede afectar a las especies protegidas cuya caza está tajantemente prohibida [arts. 54.1 b) y 62.1 de la Ley], siendo por ello también manifestación del principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a las especies silvestres [art. 2 g)]. Cabe añadir que este encuadramiento se corresponde con la interpretación que de la prohibición de utilización de métodos de captura masivos o no selectivos han hecho tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos 262/85, C-79/03, entre otros) como el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de junio de 2005, cuyo fundamento jurídico 8 invoca el «principio de precaución en materia ambiental ... para preservar, como exige el artículo 45 de la Constitución, el medio ambiente».*

básica del Estado en materia de sanidad haya regulado los niveles de emisión ofreciendo una «*solución de equilibrio entre la preservación de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones*». Sin perjuicio de que, como se tendrá ocasión de advertir, no nos parece correctamente aplicado por el legislador comunitario y español el principio de precaución en este concreto ámbito, nos encontramos en un supuesto de incerteza en el que el principio de precaución debe jugar su papel. Además, la STC 8/2012 sí aborda, y coloca como fundamento de la resolución, el necesario equilibrio entre los intereses en conflicto, enfoque que no debe faltar cuando resolvemos controversias en ámbitos de incerteza, aunque el TC finalmente llega a la conclusión de que es conforme a la Constitución otorgar prevalencia a los intereses económicos del sector de las telecomunicaciones sobre los intereses sanitarios (sic).

Si esta es, a grandes rasgos, la jurisprudencia constitucional con la que contamos hasta la fecha, daremos cuenta ahora de la aplicación del principio de precaución por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, primero en sede regulatoria o normativa y después en sede aplicativa.

2. La vinculación del principio de precaución en sede regulatoria. Doctrina contencioso-administrativa

Desde hace una década el Tribunal Supremo ha tenido que decantarse por una postura más o menos acorde con el principio de precaución, construyendo una doctrina jurisprudencial en torno al mismo que no deja de sorprender.

Así, por una parte, encontramos sentencias que resuelven recursos Contencioso-administrativos dirigidos al control de la aplicación del principio de precaución por parte del Gobierno a la hora de regular, vía reglamentaria, procesos, productos o fenómenos. Fue el caso, en primer término, del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Entienden los recurrentes que el Reglamento, al establecer los límites para las emisiones radioeléctricas, no tienen en cuenta sus efectos biológicos no térmicos (12). Pues bien, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 de abril de 2006, tras un detenido *excursus* sobre la positivación del principio de precaución en el art. 174.2 del Tratado de la CE, e invocando la jurisprudencia del TJUE al respecto, considera que, a la luz de la misma, debe

(12) Nos referimos a su posible relación con enfermedades como el cáncer o la hipersensibilidad electromagnética. En este sentido, puede verse el magnífico estudio de R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2013:175 y ss.).

aplicarse un concepto estricto del principio, según el cual cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, se pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos, añadiendo que *«el principio de precaución o cautela no resulta vulnerado por el Real Decreto 1066/2001, pues no se ha demostrado que exista una de aquellas situaciones «específicas» de crisis que aconsejen la suspensión del régimen general mediante el cual se han impuesto límites reglamentarios a la exposición de las personas a campos electromagnéticos. Si, en una hipótesis de futuro, se acreditara la presencia de efectos no previstos que implicaran graves riesgos para la salud no conocidos hasta entonces, cuya etiología no estuviera suficientemente clara, el principio de precaución entraría en juego para, ante la situación de falta de certeza científica, legitimar medidas que excepcionaran la aplicación del citado régimen general»*. Se refiere también la Sentencia al riesgo permitido, al señalar que es el legislador quien debe decidir, en cada caso concreto, el riesgo asumible por la sociedad, decisión que puede ser legítimamente adoptada sobre la cuádruple base de: a) un previo proceso de estudio y análisis rigurosos en el plano científico, b) el acogimiento de las tesis científicamente prevalentes, c) la existencia de razones serias de interés general que aconsejen no impedir la difusión del producto correspondiente y d) las previsiones revisoras y actualizadoras de los límites de seguridad mínimos que se estimen pertinentes cuando la labor de verificación absoluta de los riesgos no probados, o muy insuficientemente detectados, requiera ulteriores años de investigación y comprobación científica tanto en sus componentes clínicos y de laboratorio como en su dimensión epidemiológica». Concluye finalmente el Tribunal que no existe vulneración del principio de precaución, declarando la conformidad a derecho del Reglamento controvertido (13).

(13) A este respecto, como ya mencionamos en otro lugar, *«resulta interesante traer a colación la SAP de Murcia, de 13 de febrero de 2001, que condena a Iberdrola a adoptar las medidas precisas a fin de que los campos electromagnéticos que genera un transformador que se encuentra en los bajos de un edificio no invada el domicilio propiedad de los actores 8, debiéndose determinar en ejecución de sentencia las medidas a adoptar. En el caso de que no sea posible lo anterior, Iberdrola debería indemnizar con el importe del valor de una vivienda de las mismas características, haciendo abstracción de la existencia de campos electromagnéticos. Además, la sentencia condena a Iberdrola deberá indemnizar a la parte actora por los perjuicios causados, incrementados con los intereses legales desde el día de interposición de la demanda. Las acciones ejercitadas fueron dos, la acción negatoria frente a la inmisión o intromisión que perturba la pacífica posesión, lo que implica petición de cesación de la misma (art. 590 Código Civil español) y la responsabilidad civil por daños y perjuicios (art. 1902 Código Civil español) ... La comprensión de los derechos de las generaciones futuras en el derecho positivo nos obliga, a los estudiosos del Derecho a plantearnos cómo articular la defensa de los derechos de las futuras generaciones y sobre todo a preguntarnos si añade algo en el panorama jurídico el reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras*

Los criterios que baraja la sentencia son, a mi modo de ver, inadecuados. En primer lugar, el estudio y análisis rigurosos en el plano científico, sería el presupuesto para detectar la existencia de riesgo cierto o de incertidumbre, lo cual nos podría llevar a aplicar el principio de prevención, o bien a encontrarnos ante la disyuntiva que genera un riesgo incierto. El segundo criterio, esto es, las tesis científicamente prevalentes, no ofrece mayores garantías, en la medida en que no existe una correlación entre la prevalencia de una tesis y el número de científicos e instituciones que la sostienen. No se indica en base a qué circunstancias debe entenderse, pues, que prevalece una tesis sobre otra. En tercer lugar, la existencia de razones serias de interés general que aconsejen no impedir la difusión del producto correspondiente, llevaría a alzaprimar la protección de la salud frente a riesgos inciertos, así que se trata de una base que difícilmente puede casar con el resto de pilares en que fundar una decisión legítima. Y, por último, las dificultades y, como consecuencia, la necesidad de estudios a largo plazo, no parece un criterio válido para discernir sobre la tolerancia de riesgos graves para la salud de las personas.

Otro de los asuntos resueltos por el Tribunal Supremo en relación con el principio de precaución es el conocido caso del *aceite de orujo*. La STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de junio de 2007 trata de determinar la conformidad a Derecho de la decisión del Ministerio de Sanidad y Consumo, adoptada en base art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por la que se puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a este producto y por la que se aconsejaba su inmovilización cautelar y transitoria. En este caso, y en una línea similar a la antes vista, el TS entendió que se hizo una aplicación errónea del principio de precaución, al no existir un riesgo grave y extraordinario para la salud pública que justificara una medida tan drástica, «inadecuada y desproporcionada», confirmando la ilegalidad de la decisión ministerial. De nuevo el Tribunal Supremo eleva la categoría de los intereses económicos en presencia para poner en entredicho medidas basadas en el principio de precaución, y en este sentido cautelares y transitorias, basadas en la alerta sobre la presencia detectada de compuestos que generan un riesgo grave para la salud según parte del escalafón científico.

cuando los derechos reconocidos coinciden o concurren con los derechos de las generaciones actuales. Desde luego, a nuestro juicio, el reconocimiento de derechos de uso y disfrute a las nuevas generaciones respecto de bienes jurídicos protegidos en el momento actual debe servir como acicate para la aplicación rigurosa de las medidas de protección y salvaguarda de estos bienes en el momento presente. Ahora bien, el problema que puede presentarse en estos casos es la eventual responsabilidad derivada de la privación de derechos antes de la propia existencia, lo cual, por el momento, no se ha planteado en el ámbito del Derecho ambiental, y podría tenerse en cuenta sobre todo en la aplicación de los distintos sistemas de responsabilidad ambiental positivados aplicables». Vid. B. SORO MATEO, B (2012:105-122 y 2014:49-76).

En tercer término, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) 1176/2016, de 25 de mayo de 2016, resuelve el recurso planteado frente a una Orden autonómica que decide el no sometimiento a Evaluación ambiental de una modificación puntual de un plan urbanístico que consiste en hacer posible el desarrollo en la ciudad de Valladolid de las telecomunicaciones, como servicios esenciales y de interés general. Se indica, así, entre otros motivos, que en aras de salvaguardar el principio de cautela y la necesidad de protección del medio ambiente, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa que resulta de aplicación, se ha decidido determinar si la citada Modificación Puntual debe ser objeto de evaluación ambiental tal como establece el art. 4 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, identificando y consultando a las Administraciones Públicas afectadas en el presente caso, advirtiéndose finalmente que el contenido de los informes recibidos permitiría concluir que no deben existir riesgos para la salud humana o el medio ambiente, siempre que las infraestructuras que se instalen cumplan los niveles de referencia previstos en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre. Recuerda el TS en esta sentencia que el mismo Tribunal en la Sentencia de 19 de abril de 2006 desestimó el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1066/2001, a cuyo cumplimiento se remite la Orden impugnada, y que en la Sentencia del Pleno del TS, de 11 de febrero de 2013, se ha puesto de manifiesto que *Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen más límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como «sensibles», que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante». La misma conclusión a la que llega el TC en relación a la posibilidad de que las CC. AA. prohíban el fracking es la que adopta el TS en estas resoluciones, que a nuestro juicio no respetan el orden constitucional de competencias ni la autonomía local e impiden a estas Administraciones Públicas recurrir al principio de precaución en sede normativa, cuando ostentan competencias (14). Ante una ausencia de armonización, y como veremos *infra*, frente a lo que*

(14) AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J. M., «El agua, sin gas, por favor: la controversia jurídica en torno al “fracking” en España», *Extoikos*, núm. 15, 2014, pp. 35 y ss.

sucede en relación con los OMG, el TJUE advirtió que, en la medida en que subsista la incertidumbre, compete a los Estados miembros determinar el nivel de protección de la salud pública que desean fijar, teniendo en cuenta siempre las exigencias que se derivan del mercado común. De este modo, el Tribunal de Justicia, para determinar si las medidas ambientales más estrictas fijadas por los Estados miembros son proporcionadas, atenderá a la prevalencia de intereses y, siempre que se trate de garantizar la protección de la salud y del medio ambiente, aún en supuestos de incerteza científica, estas medidas deben prevalecer por encima de las consideraciones económicas, tales como la libre circulación de mercancías (15). Pero si este es el juicio de comunitariedad que ofrece el Tribunal de Justicia, la problemática surge cuando tratamos de determinar si dicho entendimiento es conforme con el orden constitucional de competencias. Y aunque pudiera parecer evidente que, en la medida en que el Estado ostenta sólo competencias para el establecimiento de las bases en materia de sanidad y de medio ambiente, lo cual haría perfectamente posible que las CC.AA. e incluso los entes locales pudieran establecer restricciones o límites más estrictos de emisión, lo cierto es que nuestro TC y, en el caso que nos ocupa, nuestro TS mantienen a día de hoy una interpretación forzada de la articulación competencial en esta materia, que se han ocupado de desentrañar SANTAMARÍA ARINAS, apreciando este último un giro copernicano en la doctrina del TS a partir de la STS de 22 de marzo de 2011, que alza prima la unidad de mercado ex art. 149.1.21º CE, como finalmente también hará la STC 8/2012, de 18 de enero (16). Frente a la interpretación que TC y TS vienen haciendo estos últimos años del principio de precaución, consideramos que descartar los riesgos a la salud o al medio ambiente, siempre que se cumplan los estándares fijados por el Estado, como es el caso, por ejemplo, del Real Decreto 1066/2001, nos parece simplificar en exceso el tratamiento jurídico que debe darse a las tecnologías y a los riesgos que estas generan, porque parece eliminarse así la posibilidad de que, en sede aplicativa, pueda operar el principio de precaución, además de suponer la evidencia de la confianza ciega de las Administraciones consultadas acerca de la estabilidad de la ciencia en relación con los efectos de los campos electromagnéticos, como si desde 2001 y a partir de dicho momento, no hubiera nuevos estudios que aconsejan la aplicación del principio de precaución, tal y como lo viene entendiendo el Derecho comunitario.

(15) N. SADELEER, (1999:381). En contra de esta interpretación, C. VIDAL (2006: 553 y 554).

(16) R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2013: 175 y ss.).

3. La aplicación administrativa del principio de precaución. Doctrina contencioso-administrativa

Por lo que se refiere ahora al recurso al principio de precaución en sede aplicativa, y frente a las conclusiones a las que llega el TS en relación con las ondas electromagnéticas, se observa una corriente encabezada por algunos TTSSJ contraria a la anterior que, en lugar de exigir la prueba de graves riesgos para la salud, considera necesario llevar a cabo una aplicación prudente hasta que se demuestre la completa inocuidad de las actividades. Así, debe darse cuenta de la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 380/2013 de 22 mayo, que se pronuncia precisamente sobre la aplicación por parte de la Administración Regional del principio de precaución en relación con la utilización de fitosanitarios sobre cuyos riesgos existe incertidumbre. A este respecto, entiende el Tribunal que *«En consecuencia, no puede pretenderse la aprobación del uso de un producto que está incluido en la Directiva europea citada, sobre el que existen dudas fundadas y razonables (que se explicitan en los informes administrativos citados) sobre su afectación a la salud o al medio ambiente, hasta tanto no se despejen esas dudas con los medios científicos disponibles. Por ello la interpretación efectuada por la Administración de las normas aplicables se considera razonable y es conforme a Derecho, puesto que viene a suponer una interpretación prudente de la Directiva, aplazando la aprobación de los productos discutidos hasta que, en el marco de la fase segunda, sean completados los estudios pertinentes que demuestren la completa inocuidad del producto para la salud y el medio ambiente»* (17).

Pero de todas, la que más interesa destacar es, sin duda, la reciente STSJ de Madrid 323/2016, de 1 de junio, que resuelve el recurso Contencioso-administrativo planteado contra la Resolución de 10 de febrero de 2015, del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo, que deniega la solicitud de autorización para legalización de una piscina, un muro de separación de nivel y una caseta para depuradora, en base al principio de precaución. Se trata de una sentencia con escaso impacto, en el sentido de que resuelve un caso de relativa importancia, pero que, desde luego, supone un testigo, no sabemos si testimonial, en orden al desarrollo jurisprudencial del principio de precaución. A la vista del expediente, y en relación a los informes en los que la Administración fundamenta su denegación, se advierte que los mismos son *«informes técnicos realizados por especialistas en la materia, absolutamente*

(17) También la reciente STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 301/2016, de 2 de junio, se refiere al principio de precaución como inspirador del Derecho ambiental de la Unión Europea, especialmente poniéndolo en conexión con la recién conquistada impugnabilidad de la declaración de impacto ambiental.

imparciales, y cuyas conclusiones son especialmente relevantes en un tema tan delicado como el que se examina. Debe recordarse el principio de precaución como pilar que rige las políticas europeas, y sobre todo en caso de amenaza al medio ambiente o salud humana, exige que ante una acción o proyecto se tomen medidas para prevenir posibles daños. El agua es elemento vital en todos los ámbitos, pero también es preciso tener en cuenta los riesgos que puede ocasionar, en caso de inundaciones, tema que se aborda precisamente en el Real Decreto antes citado como hacía la Directiva 2007/60, sobre evaluación y gestión de los riesgos de inundación. Por tanto, los datos aportados por la Administración resultan determinantes y permiten a la Sala formar una convicción sobre el riesgo que puede presentar una obra como la realizada, en la zona concreta objeto de examen» (f. j. 8).

En un sentido similar ya se había pronunciado el mismo Tribunal, en STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 202/2016, de 13 de abril de 2016, que desestima el recurso interpuesto frente a la Resolución de la Dirección General del Agua, de 9 de diciembre de 2013, sobre régimen de explotación para el año 2014 del acuífero del Campo de Montiel y contra Resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, de 16 de febrero de 2015, que desestima recurso de alzada contra Resolución de 27 de mayo de 2014 de la Dirección General de Agua, que modifica el régimen de explotación para el año 2014 del acuífero del Campo de Montiel, fundado en la arbitrariedad de las medidas aplicadas. El Tribunal rechaza los argumentos centrales de la demanda referidos a la arbitrariedad de la decisión al traspaso de los límites de la discrecionalidad, precisando que «la discrecionalidad técnica expresada exige partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la actuación. De modo que dicha presunción *iusuris tantum* sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y que no estén sustentadas con un posible error manifiesto. En este caso, la decisión se adopta dentro del marco de las competencias de los órganos intervinientes y sobre la base de informes

técnicos concretos, sin que se aprecie vulneración de las facultades ejercidas al respecto (18).

III. LA POSIBILIDAD DE LIMITAR Y/O PROHIBIR TÉCNICAS, ACTIVIDADES O PRODUCTOS A NIVEL ESTATAL Y AUTONÓMICO: JUICIOS DE COMUNITARIEDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

Debemos partir de la vertiginosa multiplicación de lo que podemos denominar «colectivos cero» en tiempos recientes y frente a cualquier tecnología emergente, con o sin sustento científico, con o sin confirmación de evidencias, con o sin confirmación de su «intuición». Se trata, como conocemos, de grupos más o menos estructurados que, independientemente de su prohibición o no por parte de los gobiernos, se basan en estudios, por esporádicos que sean, que sostienen que el uso de tal o cual producto, el empleo de tal o cual tecnología, incrementa el riesgo de padecer tales o cuales enfermedades. Por otra parte, no hay que perder de vista a aquellos colectivos de científicos que sistemáticamente y en todo caso tildan a los movimientos «cero» como combatientes antiquímica, antisistema, como grupos que se mueven entre la ciencia y la pseudociencia.

Es cierto que, en ciertos ámbitos, lo natural puede esconder intereses económicos y ello ha sido puesto de manifiesto al cuestionarse actualmente la homeopatía como ciencia. La rumorología químico-tóxica genera una alarma generalizada, una alarma social a veces infundada que daña enormemente a las empresas del sector. Lo grave es que, detrás de estos movimientos, se encuentre otro sector que quiere abrirse paso en el mercado. Se trata de un «juego de tronos». Pero otras veces, y lamentablemente son muchas, a largo plazo se constata que estos colectivos tenían razón, quizás por mera intuición y al principio con un testimonial respaldo de la ciencia (19).

(18) Vid. F. j. 4.

(19) Por ejemplo, en relación con los *ftalatos*, a nivel comunitario, como en EE. UU., Canadá y algunos otros países como Argentina, se han prohibido algunos de ellos, aunque es cierto que se detecta su presencia por la poca frecuencia de controles, normalmente a causa de su elevado coste. España a través del Real Decreto 114/2006 prohíbe éstos en productos destinados a niños. Se admiten, en cambio, en el resto de productos en cantidades que se consideran «seguras» una vez ponderado el equilibrio entre los beneficios y los riesgos potenciales que pueda suponer la exposición humana a los mismos. Aunque siempre existen países más pro salud, ante la duda, como Suecia, que ha establecido en este terreno medidas más estrictas. Europa prohibió algunos sólo cuando se demostraron daños en las personas. En relación con el resto, aunque ya se han demostrado daños en animales, se esperan resultados de investigaciones en humanos para dar el paso adelante. Del mismo modo, podría hablarse de bisfenol A, cuyo uso en biberones está prohibido desde 2011 a nivel comunitario.

Para profundizar en la posición adoptada por España en relación con el empleo de tecnologías o el uso de productos y estar en condiciones de reflexionar acerca de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas legítimamente se encuentren habilitadas de conformidad con el bloque de la constitucionalidad para efectuar una eventual prohibición de los mismos, independientemente de que se encuentren autorizados conforme al Derecho comunitario, resulta interesante llevar a cabo, de modo previo, un breve análisis de la eventual posibilidad de prohibir el fracking por parte de las CC. AA., así como del discutido principio de subsidiariedad que rige en el ámbito de los OMG desde fechas recientes.

Partiremos del derecho de la Unión Europea a establecer el nivel de protección que considere adecuado, en particular en lo que se refiere al medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal. La aplicación del principio de precaución constituye un principio esencial de su política, y las decisiones que adopte a este objeto seguirán afectando a las posiciones que defiende internacionalmente sobre cómo debe ser la aplicación de este principio. Mas, ¿cuál ha sido es su posición respecto a las tecnologías referidas?

En el caso de la fracturación hidráulica, la Recomendación 2014/70/UE la admite, lo cual no es óbice para que algunos Estados miembros la prohíban en todo caso y mientras que se mantiene la incertidumbre sobre sus perniciosos efectos sobre el medio ambiente y la salud humana y animal. En el caso de los OMG, partiendo de un nivel estricto de intervención, según el cual sólo es posible utilizar los OMG autorizados conforme a Derecho comunitario, se ha evolucionado hasta admitir la posibilidad de que los Estados miembros prohíban el cultivo de OMG en sus territorios. Una vez desarrollado el análisis de las posibilidades que brinda el ordenamiento español en relación con la limitación o prohibición del fracking y del cultivo de OMG, a la luz de la Constitución española y en el marco del derecho autonómico, procederemos a indagar, entonces, cual es la posición de Europa sobre los fitosanitarios, determinando entonces si es conforme a Derecho la prohibición absoluta o parcial del uso de pesticidas en España o en parte de su territorio.

1. Sobre la posibilidad autonómica de limitar o prohibir el «fracking» en sus territorios. La posición del Tribunal Constitucional

La fractura hidráulica o fracking consiste en una técnica para la obtención de gas no convencional, también llamado gas de esquisto. Esta técnica se desarrolla a través de la perforación vertical de un pozo con una longitud de unos aproximadamente 2000 metros de profundidad, en el cual se inyecta agua, arena y diversas sustancias químicas, con la finalidad de conseguir fracturaciones horizontales en el subsuelo, a través de las cuales se libere el

gas que se encuentra atrapado en los poros o fisuras de las rocas y que no sería posible obtener si no fuese a través de esta técnica artificial. No obstante, y tomando como referencia a EE.UU., país pionero en la implementación del fracking, junto a los buenos resultados económicos y reducción de la dependencia energética que su implantación supone, encontramos numerosos estudios que avalan el perjuicio que sobre la salud y el medioambiente puede provocar el empleo de esta técnica.

Así, en junio de 2011, el Parlamento Europeo publicó, a instancias de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad, el informe «Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana». Este informe debe completarse con el titulado «Contribución a la identificación de posibles riesgos ambientales y para la salud humana derivados de las operaciones de extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica en Europa» de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, publicado el 10 de agosto de 2012. Del texto de los mismos, puede concluirse que nos encontramos ante una técnica cuya utilización genera un elevado riesgo para las personas y para el medio ambiente, especialmente para los acuíferos subterráneos. En ambos se contempla el principio de precaución y se pone en relación con los objetivos de la Directiva 2000/60 CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva Marco del Agua), encargada de velar por el buen estado de las aguas superficiales y subterráneas, de evitar su deterioro y de promover su recuperación. Por su parte, el Dictamen del Comité de las Regiones «Perspectiva de los entes locales y regionales respecto del gas y el petróleo de esquisto/estáticos (hidrocarburos no convencionales)», de 9 de octubre de 2013, también alerta de los riesgos que genera esta técnica, afirmando que se trata de una técnica no sostenible «ni desde el punto de vista del cambio climático, ni desde la perspectiva del abastecimiento energético a largo plazo, y entraña grandes riesgos» (20).

A pesar de estos informes, como es sabido, a nivel europeo la Recomendación 2014/70/UE, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) admite la fracturación hidráulica, quedando en manos de los Estados miembros su eventual prohibición (21). Las razones que han llevado a Europa a utilizar la Recomendación como instrumento en el que cristalizar los principios

(20) No obstante, la Estrategia Europea de la Seguridad Energética (mayo de 2014), que se asienta sobre la necesidad de aumentar la producción de energía en la UE, reconoce que «la producción de petróleo y gas de fuentes no convencionales en Europa, especialmente el gas de esquisto, podría compensar parcialmente la progresiva reducción de la producción de gas convencional». Vid. J. D. SÁNCHEZ ARANA (2014).

(21) Debe tenerse en cuenta que al tratarse de una Recomendación no es vinculante, de conformidad con el art. 288 TFUE.

mínimos en este ámbito y a no prohibir la técnica son, en parte, de tipo competencial, al tratarse de una materia en la que la UE y los Estados miembros ostentan competencias compartidas (art. 4 TFUE). Además, aunque el apartado 1 del art. 194 TFUE subordina la política energética a la protección del medio ambiente, en su apartado 2 establece que las medidas que pueden adoptar el Parlamento Europeo y el Consejo sobre esta materia compartida no afectarán al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético, sin perjuicio de la letra c) del apartado 2 del art. 192 de TFUE (22).

Hecho este brevísimo repaso de la posición de las instituciones comunitarias frente a la fracturación hidráulica, es en dicho marco en el que los Estados deben decidir sobre la posibilidad de admitir dicha tecnología en sus territorios, de conformidad con su régimen interno de distribución de competencias. En España, prácticamente no ha existido debate previo a su admisión. La Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, dictada con el objetivo de clarificar aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y de garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español, una vez planteados los recursos de inconstitucionalidad frente a ciertas Leyes autonómicas que ya habían prohibido el fracking, introdujo, con invocado fundamento constitucional en los arts. 149.1.13 y 149.1.25 CE, una disposición adicional segunda que incluía en el ámbito objetivo de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, determinadas técnicas «habituales» en la industria extractiva como la fracturación hidráulica. Esta modificación normativa, que dejó clara la posición permisiva de España en torno al fracking, fue completada por la disposición final tercera, que sometía los proyectos de exploración, investigación y explotación que utilicen la técnica de fracturación hidráulica a evaluación de impacto ambiental (23). Así, estos proyectos, además de las autorizaciones preceptivas contempladas en la Ley

(22) Este precepto contempla la necesidad de unanimidad para que el Consejo pueda adoptar medidas que afecten de manera significativa a la elección por un Estado miembro de distintas fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético

(23) Por la Disposición Final Tercera de la misma Ley 17/2013, se añadió un nuevo apartado e) al Anexo I, Grupo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, Texto Refundido que fue posteriormente derogado por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA), que a día de hoy contempla en su Anexo I (proyectos sometidos a evaluación ambiental ordinaria) los proyectos que requieran de técnicas de fracturación hidráulica, excluyéndose las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previo a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica (Grupo 2 d).

34/1998 (24), deberán ser objeto de declaración de impacto ambiental de acuerdo con lo establecido en la LEA. Esta posición de España ha sido, si cabe, más reforzada, a través de la recientemente aprobada Ley 8/2015, de 21 de mayo, que muestra la intención de incentivar el desarrollo del fracking mediante el fomento de ventajas fiscales en este ámbito (25).

Éste ha sido el resultado de la aplicación del principio de precaución por parte del legislador estatal, en un ámbito en el que no existe armonización comunitaria, sino sólo un instrumento de *soft law* que simplemente recomienda su aplicación. La clave, como se verá, se encuentra en determinar si la aplicación del principio de precaución por parte del legislador estatal en defecto de armonización puede anular de plano la posibilidad autonómica de aplicar dicho principio en sede normativa y/o aplicativa, y por lo que ahora interesa, en ejercicio de las competencias autonómicas para el establecimiento de normas adicionales de protección ex art. 149.1.23 *in fine* CE, o si, por el contrario, debe mantenerse expedita dicha posibilidad, siempre que las medidas autonómicas resulten proporcionadas, razonables y respetuosas del principio de solidaridad. SANTAMARÍA ARINAS nos recuerda, en relación con ello, esa lejana jurisprudencia del TC sobre las tensiones entre el desarrollo minero y la protección del medio ambiente (SsTC 64/1982 y 170/1989) (26).

A) Sobre la prohibición absoluta del fracking en derecho autonómico

A la vista de la, a nuestro juicio, errónea aplicación del principio de precaución por parte del legislador estatal español, que considera que mediante la aplicación de un instrumento eminentemente preventivo se puede dar un trata-

(24) Téngase en cuenta, además, el Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio que aprueba el Reglamento sobre investigación y explotación de hidrocarburos.

(25) Mientras, en países vecinos como Francia, se prohibió esta técnica de exploración y explotación. *Vid.* Ley 2011-835, de 13 de julio de 2011, «Loi Jacob». Se trata de la primera norma nacional en Europa que prohíbe la práctica de la fracturación hidráulica. No obstante, esta interdicción no ha estado exenta de controversia, pues la Ley 2011-835 fue objeto de una cuestión de constitucionalidad planteada por la compañía *Schuepbach Energy LLC*, que había sufrido la revocación de dos permisos de investigación en octubre de 2011. El Consejo Constitucional francés dictó Sentencia el 11 de octubre de 2013, declarando que los arts. 1 y 3 de la Ley son conformes con la Constitución. En relación con ello, resulta interesante la reciente sentencia del TA *Cergy Pontoise*, de 11 de marzo de 2016, que rechaza la reclamación de indemnización como consecuencia de la revocación de un permiso de exploración en aplicación de la Ley de 13 de julio de 2011. El Tribunal considera que no existe responsabilidad de la Administración porque la prohibición se fundamenta exclusivamente en la protección del interés general.

(26) El autor pone en evidencia la idoneidad de la EIA para conseguir el fin pretendido de protección del medio ambiente. *Vid.* R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2014: 21-30).

miento adecuado a situaciones de incerteza, algunas Comunidades Autónomas han adoptado una posición común prohibiendo de modo absoluto el fracking en sus territorios mediante Ley autonómica, invocando en sus preámbulos los riesgos que rodean a la práctica y afirmando la consiguiente operatividad del principio de precaución. Estas normas han pretendido encontrar basamento constitucional en las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda; establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente y de los ecosistemas; sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud; industria, y régimen minero y energético.

Así ha operado, en primer lugar, Cantabria, mediante la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. La norma autonómica está integrada por tres artículos, el primero de los cuales establece una prohibición total de la técnica de fracking en suelo cántabro. A renglón seguido, se contempla la obligación de las autoridades y funcionarios de hacer cumplir lo previsto en la Ley, pudiendo valerse para ello de los medios previstos legalmente y dedicando el último de sus preceptos a calificar la infracción de la prohibición como infracción urbanística (27). Por último, cabe destacar que la norma será de aplicación tanto a las autorizaciones o títulos que habiliten a la práctica del *fracking* en Cantabria que ya hubiesen sido concedidos, como a los procedimientos autorizatorios pendientes y a los que, en su caso, pretendan iniciarse desde su entrada en vigor, del mismo modo, pues, al que ha operado la Ley francesa 2011-835, de 13 de julio de 2011, la cual responde a un ámbito de aplicación idéntico. Por su parte, la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional en la Rioja y la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional barajan básicamente los mismos argumentos que la Ley cántabra para establecer una prohibición total del *fracking*.

Estas tres leyes fueron recurridas por el Gobierno ante el TC y, como resultado, pronto nos encontramos con la STC 106/2014, de 24 de junio, que declara inconstitucional la Ley cántabra, la STC 134/2014, de 22 de julio, que hace lo propio respecto de la Ley riojana y la STC 208/2014, de 15 de diciembre, que declara inconstitucional la Ley navarra, sentencias, todas ellas, que han visto la luz en tiempo récord, como se ha ocupado de

(27) Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria.

denunciar SANTAMARÍA ARINAS (28). El TC basa fundamentalmente su postura en la prevalencia del título competencial relativo a las bases en materia energética (art. 149.1.25 CE) y en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de la planificación económica (art. 149.1.13 CE). Así, teniendo en cuenta que el *fracking* brinda una oportunidad económica para el autoabastecimiento de países con una gran dependencia energética como España, la garantía de suministro reúne las exigencias de una competencia de carácter básico. Tras reconocer que, efectivamente, las CC.AA., en virtud del art. 149.1.23 CE, pueden desarrollar la normativa básica estatal y establecer niveles más altos de protección ambiental que los establecidos por el Estado, la prohibición del *fracking*, en cambio, no puede considerarse como una protección adicional en materia de medio ambiente, puesto que la Ley 17/2013, que modifica la LEA, se configura como normativa estatal básica y exige una previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar aquellos proyectos que empleen la técnica de *fracking*, por lo que prohibir la técnica del *fracking* contradice las bases (sic). Esta posición del TC rompe con su doctrina previa mantenida al resolver conflictos de competencia que de ordinario se han planteado desde los inicios del Estado constitucional, donde se esforzaba, no sin dificultad y a veces manejando criterios muy diversos, en buscar y alcanzar la integración y el equilibrio entre los diferentes títulos competenciales en conflicto, ponderándolos con el fin de que una competencia no vaciase de contenido el resto de competencias, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Los votos particulares de los Magistrados Adela ASUA BATARRITA, Fernando VALDÉS DAL-RÉ y Juan Antonio XIOL RÍOS a la STC 134/2014, que disienten de la fundamentación jurídica de la misma, aunque llegan a la misma conclusión de inconstitucionalidad del intento autonómico, resultan muy interesantes, al plantear la debilidad argumental de estas apresuradas resoluciones constitucionales. Las bases sobre las que pivota la discordancia de la fundamentación jurídica de la STC 106/2014 son, a juicio de estos magistrados, la falta de objetividad de la sentencia, el error en la concepción del principio de precaución en la misma y la falta de ponderación de las competencias en juego, lo que supone romper con la doctrina del TC anterior en este sentido. Destacan

(28) Como es sabido, el art. 161.2 de la CE habilita al Gobierno para *impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses*. SANTAMARÍA ARINAS expone que «El TC suele tardar años en dictar sentencia [...] lo urgente era saber que iba a pasar con el levantamiento o no de la suspensión, efecto del art. 161.2 de la CE. [...] No obstante, el TC ha eludido un primer pronunciamiento expreso sobre la cuestión incidental [...] dictando sentencia de 24 de junio de 2014 que, entrando en el fondo del asunto, anula de un plumazo la Ley de Cantabria 1/2013 por razones exclusivamente competenciales. Vid. R. J. SANTAMARÍA ARINAS (2014: 19 y 20).

la escasa relevancia que se le otorga a la competencia sobre la salud que corresponde a las CC. AA., base sobre la que se adopta la Ley recurrida. Así, en relación al principio de precaución, se considera que la resolución adolece de una falta de objetividad al no reflejar las ventajas e inconvenientes que la técnica del *fracking* conlleva y al no mencionar la fuente de las opiniones que se reseñan. Se estima, además, que el principio de precaución es concebido de una forma errónea y que el mismo no se ha puesto en relación con la Recomendación 2014/70/UE a la que tantas veces se hace referencia en la Sentencia. Se recuerda que el principio de precaución opera en situaciones de incertidumbre, que el mismo entra en juego en un momento anterior a la evaluación de impacto ambiental y que de ponerlo en relación con la citada Recomendación se traduciría en la necesidad de realizar una evaluación ambiental estratégica y establecer normas claras sobre los diferentes aspectos que rodean al *fracking*, extremos que no son tenidos en cuenta. De otro lado, también se invoca la falta de ponderación y equilibrio entre las competencias que sobre esta materia entran en juego. El hecho de que en la Sentencia se refiera únicamente la competencia en materia energética y minera como prevalente respecto de las competencias en medio ambiente y sanidad e higiene se viene a considerar algo inusitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (29). En la materia que tratamos, y según los magistrados disidentes, concurren diferentes competencias compartidas cuya titularidad corresponde al Estado y las Comunidades Autónomas, por lo que se debería haber buscado un equilibrio entre las mismas, teniendo en cuenta los distintos intereses en presencia, con el fin de no vaciar de contenido las competencias que puedan corresponder a otra instancia territorial (30).

(29) Afirmandose en el voto particular que *«la Sentencia de la que disentimos adopta un enfoque por completo inusual, cuya generalización produciría muy importantes consecuencias, la más relevante de las cuales consistiría en preterir la competencia autonómica, en éste y prácticamente en cualquier supuesto, al prescindir y dar de lado el juicio de ponderación de títulos competenciales al que en tantas ocasiones este Tribunal se ha sometido»*.

(30) En el Voto Particular se afirma que *«el método de análisis debería haber sido el tradicional en la doctrina constitucional. Conforme viene reconociendo sistemáticamente este Tribunal [...] el estrecho entrecruzamiento competencial que se produce en este tipo de conflictos hace que la delimitación competencial sea particularmente complicada, pues los títulos competenciales en presencia se limitan y contrapesan recíprocamente, no siendo razonable el propiciar un vacío recíproco de su contenido; o, expresada la idea en otras palabras, los títulos que se invocan han de ejercerse con pleno respeto a las competencias que sobre otras materias pueden corresponder a otra instancia territorial»*. Efectivamente, la búsqueda del precitado equilibrio entre los títulos competenciales en conflicto puede encontrarse en numerosos pronunciamientos del TC, entre los que podemos destacar la STC 5/2013, de 17 de enero, que trae causa de la interposición por parte del Presidente del Gobierno de un recurso de inconstitucionalidad, entre otros, contra el art. 38.2 de la Ley 16/2002 de protección contra la contaminación acústica de Cataluña, por invadir esta Ley competencias estatales, considerándose vulnerados los arts. 149.1.20, 21 y 23 de la CE, considerando el

Otro de los reparos en el que se basa el referido voto particular radica en que se ha preterido la competencia autonómica en materia de salud, ya que aunque la misma está muy relacionada con la competencia de medio ambiente, una no puede subsumirse en la otra, y no se ha tenido en consideración la finalidad de la Ley recurrida, que prohibía el *fracking* para proteger la salud humana, considerándose que la sentencia no pondera debidamente la incidencia de los riesgos del *fracking* en un interés de la máxima relevancia constitucional como es la protección de la salud.

A la vista de la reciente batería de SsTC sobre *fracking* se ha pronunciado a día de hoy numerosa doctrina, de la que pasamos a dar cuenta. Así, LÓPEZ RAMÓN se plantea que *«resulta sorprendente que tal planteamiento lleve a los magistrados discrepantes a sostener que la Ley cántabra impugnada, al prohibir en todo caso la fractura hidráulica, no respeta el equilibrio entre valores propugnado en la jurisprudencia constitucional. ¿Esto significa que el*

TC que *«el precepto impugnado implica la prevalencia del criterio autonómico de un modo que ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias [...], al no asegurar la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico e imponer la subordinación de unos a otros»*; o la STC 8/2012, de 18 de enero, que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha, de 28 de Junio, para la ordenación de las instalaciones de por considerarse que la CA se ha extralimitado invadiendo competencias estatales exclusivas reguladas en el art. 149.1.20º y 21º, frente a las competencias de ordenación del territorio, urbanismo, sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud pública y protección del medio ambiente en las que la CA fundamenta constitucionalmente la norma. *«La concurrencia competencial que ahora nos ocupa: telecomunicaciones, ordenación del territorio, urbanismo, protección del medio ambiente y protección de la salud son títulos que se limitan y contrapesan recíprocamente, que no pueden vaciarse mutuamente de contenidos y que han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial»*, y se considera por parte del Tribunal que en un asunto, en el que las partes en el proceso constitucional ofrezcan diversas calificaciones sustantivas de las disposiciones o los actos en conflicto que pudieran llevar a identificaciones competenciales distintas, ha de apreciarse para llegar a una calificación competencial correcta, tanto el sentido o finalidad de los variados títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido delimitando así la regla competencial aplicable al caso. En estos supuestos debe llegarse a una integración o ponderación de las competencias que confluyen sobre una misma materia siendo necesario según la sentencia *«acudir a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía [...] fórmulas [...] especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias [...]»*. No obstante, si esos cauces resultan insuficientes, el Tribunal ha afirmado que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente sin que el Estado pueda verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. *Vid.*, también las SsTC 103/1989, de 8 de junio; 149/1991, de 4 de julio y 40/1998, de 19 de febrero, entre otras.

mismo contenido de la Ley cántabra no hubiera podido ser adoptado por el legislador estatal»? (31). La cuestión no ofrece una respuesta sencilla, pero a la luz de lo expuesto con anterioridad puede afirmarse que, de acuerdo con la anterior doctrina del TC, no podría haberse establecido una prohibición total del *fracking*, al no tenerse en cuenta un equilibrio entre las competencias en juego. No obstante, debe señalarse que es perfectamente posible que el derecho comunitario o el derecho estatal, que es la cuestión que nos ocupa, en aplicación del principio de precaución, establezca una prohibición de plano fundada precisamente en la incertidumbre que genera dicha técnica en relación con la envergadura de los daños que de su empleo pueden derivarse, sin que ello suponga una dejación de las competencias en materia de energía. En este caso, probablemente el TC habría entendido legítimamente ejercitada la competencia básica sobre protección ambiental, si fuera una Comunidad Autónoma la que impugnara la Ley que contemplara dicha prohibición. No compartimos, por ello, la opinión de VALENCIA MARTÍN, que en esta hipótesis entiende que la competencia ejercitada sería la relativa al establecimiento de las bases de la política energética y minera, y no la ambiental como nosotros sostenemos, en base precisamente al principio de precaución (32). Además, teniendo en cuenta que el ejercicio de la competencia estatal que admite la técnica del *fracking* en todo caso, salvo que de la EIA se derive su no admisión, fue posterior al legítimo ejercicio por parte de las CC. AA. de su competencia para establecer normas adicionales de protección ambiental. Ese habría sido el entendimiento competencial si, como ha ocurrido en muchas ocasiones, el Estado hubiera respaldado, mediante su normativa básica, la disciplina ambiental anticipada, que luego deviene como una reproducción de las bases (33).

(31) F. LOPEZ RAMÓN (2014a: 16).

(32) Considera el autor que «Pese a su motivación ambiental, la decisión estatal de prohibir la práctica del *fracking* seguiría siendo una decisión básica de política minera y energética, amparada por lo tanto competencialmente en el art. 149.1.25 CE, frente a la que no cabría oponer ningún título competencial autonómico. Si esto es así, y seguramente nadie lo pondría en duda, la respuesta debe ser la misma en el caso inverso (en el que ahora nos hallamos), por elementales razones de coherencia». VALENCIA MARTÍN, G., «“Bienvenido Mr. Fracking”: un pequeño análisis jurisprudencial», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, 2016, p. 436.

(33) VALENCIA MARTÍN (2016: 427) se refiere precisamente a la posterioridad de esta normativa estatal, respecto de la normativa autonómica impugnada, que luego sirve de base al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales aquellas, al afirmar que «Ni que decir tiene que dicha indagación resulta extraordinariamente sencilla a la vista de las Disposiciones finales (segunda y tercera) incorporadas a la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, y que antes hemos reseñado, y que, pese a ser posteriores a las normativas autonómicas impugnadas, representan a la fecha de dictar Sentencia el parámetro determinante de su constitucionalidad, según doctrina reiterada del Tribunal» (f. j. 6).

El error, a mi juicio, radica en una incorrecta aplicación del principio de precaución por parte del legislador español, que deja entonces un espacio material para que las CC.AA. efectúen su particular aplicación del principio en sede aplicativa, mediante la EIA, vedando la posibilidad de que lo apliquen en sede normativa. Es JORDANO FRAGA quien creo pone el acento en la clave de la cuestión, pues advierte que las normas impugnadas incurren en un defecto no desdeñable de técnica jurídica no detectado por el TC. Considera el autor que «*El preámbulo de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición del fracking en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, invoca el principio de precaución y los interrogantes sobre la salud y la protección del medio ambiente. Sin embargo, este principio de cautela o precaución significa afirmar el principio in dubio pro natura en caso de incertidumbre científica. El despliegue del principio puede llevar a la prohibición temporal de una actividad o a la adopción de medidas efectivas y proporcionadas destinadas a prevenir un riesgo de daño al ambiente. Por eso no creemos que para una prohibición absoluta sine die pueda invocarse el principio de precaución o cautela*». En efecto, despejada la duda científica, la legítima prohibición basada en los daños constatados se enmarcará, de suyo, en la competencia de protección ambiental y de la salud (34). Y, si no fueran el derecho comunitario o la normativa básica, los que efectuaran tal prohibición, una norma autonómica que operara tal prohibición una vez despejada la incertidumbre científica debería ser tenida como una norma adicional de protección ambiental y de protección de la salud que, sin lugar a dudas, prevalecería entonces sobre cualquier otra competencia estatal, precisamente por la prevalencia de los derechos tutelados (35).

(34) Téngase en cuenta que los problemas ambientales que genera el *fracking* se encuentran indisolublemente ligados a la salud, en la medida en que, además del excesivo consumo de agua, o la posibilidad de afectar a espacios o especies protegidos, aspectos que pueden ser objeto de medidas correctoras en la DIA, las fundamentales preocupaciones de los científicos en contra de esta técnica son la contaminación de las aguas, de la atmósfera y del suelo.

(35) Por ello, nos parece muy acertada la observación efectuada a este respecto por LÓPEZ RAMÓN (2014b:14 y ss.), al preguntarse qué hubiera sucedido de no haberse incluido en la Ley 17/2013 las Disposiciones finales que ya conocemos, sugiriendo que entonces, ante la novedad del fenómeno y a falta de una legislación «básica» favorable a la técnica controvertida, la balanza tendría que haberse inclinado del lado de las leyes autonómicas prohibicionistas (al amparo de las competencias autonómicas, no sólo en materia ambiental, sino también de desarrollo legislativo en el propio sector minero y energético). En relación con ello, VALENCIA MARTÍN (2016:431) entiende que con un enfoque diverso de la Sentencia, en el sentido propuesto en el voto particular concurrente, esto es, tratando el asunto como un conflicto entre competencias concurrentes del Estado (régimen minero y energético) y autonómico (salud, medio ambiente y ordenación del territorio), no se hubiera dado primacía incondicionada a los títulos competenciales del Estado, sino sólo, y de acuerdo con la doctrina constitucional

Con todo, una parte importante de la doctrina comparte la fundamentación jurídica de las Sentencias de las que damos cuenta. Así, a juicio de ALEGRE ÁVILA, el análisis que el TC realizó según el voto particular de forma lineal y por separado de los distintos títulos competenciales en presencia [...], «no es un modo de proceder extravagante, antes bien, se inscribe plenamente en la lógica del modo de abordar la impugnación llevada al conocimiento del Tribunal Constitucional. Si aquélla lo es por razón de la contravención por la ley autonómica de la competencia estatal ex artículos 149.1.25ª y 149.1.13ª de la Constitución, parece de todo punto obligado abordar la delimitación del ámbito a que se extienden los títulos competenciales esgrimidos, para [...] analizar la incidencia del título competencial aducido de contrario, el “medio ambiente”, sobre [...] la incompatibilidad de la prohibición de la técnica de la fractura hidráulica a que se refiere la ley autonómica con la legislación estatal básica. Una incidencia que la opinión mayoritaria desglosa en dos planos, a saber, uno, «la delimitación del alcance funcional de la competencia estatal ex art. 149.1.23 CE» [...]; dos, el papel que, en este vector ambiental, cumple la competencia autonómica, una competencia ceñida, en lo que aquí interesa, al establecimiento de «normas adicionales de protección», aderezada con el objetivo o finalidad de protección de “la salud” e incluso de la “calidad de vida” a que se refieren los artículos 43 y 45 del texto constitucional (36)». La interacción de los dos planos lleva a considerar al citado autor que la protección ambiental ha sido incorporada en el presente asunto mediante la previsión de la evaluación ambiental de los proyectos de fractura hidráulica, considerándose, así, que el vector ambiental no ha sido omitido en el caso y que no se ha dado esa falta de ponderación de competencias. Y respecto a la preterición de la competencia de salud por parte del TC, considera, haciendo referencia a la sentencia del TC 8/2012, dictada sobre binomio competencial telecomunicaciones-salud, que en este asunto la cobertura competencial de sanidad se halla de alguna manera implícita dentro del título competencial de telecomunicaciones, siendo la misma «un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones», lo cual hace esta sumisión extensible al supuesto tratado en la STC 106/2014, considerándose que la competencia de medio ambiente incluye la protección de la salud, por lo que no puede afirmarse que «la ponderación del bien jurídico salud esté ausente, siquiera de manera implícita aunque concluyente, en la argumentación de la opinión mayoritaria que construye la STC 106/2014».

También de parte de la doctrina conforme con el TC, FERNÁNDEZ DE GATTA ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes autonómi-

en este tipo de asuntos, en caso de falta de posibilidades de acuerdo y tras la determinación de su condición de títulos prevalentes.

(36) J. M. ALEGRE ÁVILA (2015: 50-52)

cas controvertidas era algo obvio en cuanto éstas «vacían de competencias al Estado en materia de hidrocarburos» y porque el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de medio ambiente o de urbanismo y ordenación del territorio no puede constitucionalmente impedir al Estado el ejercicio de las suyas. Considera, además, que en el mismo vicio de inconstitucionalidad incurre la Ley Catalana, a la que aludimos a continuación, ya que igualmente impide al Estado el ejercicio de sus propias competencias (37)».

B) Sobre la controvertida inconstitucionalidad de la prohibición parcial del *fracking* en derecho catalán

Si hasta ahora nos hemos referido a las opiniones vertidas en torno a la conformidad constitucional de la prohibición total del *fracking*, ahora damos cuenta de la solución que ha merecido el intento autonómico de prohibición parcial de esta técnica por parte de las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco que, adelantamos, no ha sido muy distinto.

Cataluña estableció una prohibición parcial del *fracking* a través de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, la cual modifica varias normas y, entre ellas, el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto. De acuerdo con el art. 167 de la Ley 2/2014, se añade un nuevo apartado 10 al art. 47 del TRLU, según el cual «*en la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad*». Pues bien, el referido art.167 de la Ley catalana 2/2014 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, pero con la diferencia de que el TC, mediante auto, procedió a levantar la suspensión provisional de dicho precepto.

Como ya sabemos, el TC concluyó que la prohibición absoluta de la fractura hidráulica en todo el territorio autonómico prevista en las leyes cántabra, riojana y foral de Navarra, amparadas en las competencias estatutarias sobre ordenación del territorio y medio ambiente «*contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en el apartado 5 del art. 9 de la Ley del sector de hidrocarburos*» (LSH) y, con ello, invade las competencias estatales ex art. 149.1.13 y 25 CE (SSTC 106/2014, FJ 8, 134/2014, FJ 2, y 208/2014, FJ 2). Pues bien, en la STC 73/2016, de 14 de abril de 2016, sostiene el Alto Tribunal que, aunque cabe una interpretación constitucional del precepto recurrido, que

(37) D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2015: 48).

sería aquella que pasa por reproducir lo que establece el legislador estatal al someter a EIA el *fracking*, no puede perderse de vista que la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no sólo cuando contradice la normativa básica estatal, también cuando penetra el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases. Tal es la doctrina constitucional relativa a las *leges repetitae*. Conforme a ésta, la legislación autonómica puede introducirse en el terreno de lo básico, pero sólo por excepción, cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo. Asimismo, considera el TC que, aunque la norma responde a una finalidad tuitiva del medio ambiente, el precepto examinado no consiste en la determinación precisa de requisitos razonables y proporcionados al fin medioambiental perseguido. Frente a este entendimiento, la Generalitat sostiene que no concurre inconstitucionalidad mediata, ya que el precepto no contiene en sí mismo «condiciones de denegación» sino que habrá que estar «a las regulaciones sectoriales aplicables en función de la naturaleza y características de los terrenos afectados, y sólo podría no autorizarse el *fracking*, si la actividad pudiera producir efectos negativos, entendidos éstos como «absolutamente insubsanables mediante medidas apropiadas o condicionamientos que atemperen esa incidencia negativa». El Tribunal reconoce que esta interpretación «salvaría toda contradicción» existente», pero la rechaza por forzada, declarando finalmente inconstitucional el precepto como era de esperar. Esta Sentencia, sin embargo, fue objeto de dos votos particulares, en este caso discrepantes, que se apartan de la opinión mayoritaria, de los que pasamos a dar cuenta (38). El primero, formulado por la Magistrada doña Adela ASUA BATARRITA y el Magistrado don Fernando VALDÉS DAL-RE, que reprocha al texto de la Sentencia que se base en la argumentación contenida en la STC 106/2014 cuando, además, la ley autonómica no impone una prohibición de carácter general e incondicionada para todo el territorio autonómico; como ya apreció el ATC 63/2015, de 17 de marzo, en la medida en que el precepto recurrido no prohíbe la utilización del *fracking*, sino que condiciona su utilización en suelo no urbanizable a la inexistencia de una serie de efectos adversos (FJ 3) y no pondera los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico, sin imponer la subordinación de unos a otros.

Por su parte, el voto particular que formula el Magistrado don JUAN ANTONIO XIOL RÍOS resulta más contundente, por cuanto achaca a la opinión de la mayoría la desconsideración de la jurisprudencia inveterada sobre concurrencia de competencias en el mismo espacio físico y la desconsideración de la prevalencia

(38) M. SERRANO (2016).

del derecho a la salud. Finalmente, considera procedente la desestimación del recurso, pues una adecuada ponderación de las competencias concurrentes debía haber llevado a concluir la constitucionalidad de esta normativa por varias razones. En primer término, porque la normativa impugnada no provoca un vacío de la competencia estatal básica en la materia que permite el uso de esa técnica, sino que la condiciona a que no se verifique que pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad (39), condicionantes que no contradicen la normativa básica estatal; y, en segundo término, porque, frente a la apreciación de la mayoría, que imputa a esta regulación abrir un ámbito de discrecionalidad por la falta de precisión de los condicionantes, considera que acontece todo lo contrario, al establecerse determinadas precisiones que, más allá del uso final de una cláusula abierta, permiten delimitar aquellos ámbitos en que debe valorarse el eventual efecto negativo del uso de esta técnica como son las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas.

C) ¿Cuál será la suerte de la Ley vasca *antifracking*?

Siguiendo la senda de la Comunidad Autónoma de Cataluña, País Vasco, fruto de una iniciativa legislativa popular respaldada por más de 100.000 firmas, ha prohibido el *fracking* mediante la aprobación de la Ley 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o «*fracking*». Del título de la misma podemos ya deducir cuál ha sido la estrategia del legislador, a la hora de anclar competencialmente la misma. Así, su Exposición de Motivos, tras hacer sucinta referencia a los peligros que el *fracking* entraña y al respaldo que el principio de acción preventiva y de cautela, recogidos en el TFUE, ofrecen a la nombrada Ley, declara abiertamente que la finalidad de la Ley vasca no es otra que establecer medidas adicionales de protección medioambiental para el desarrollo de la fractura hidráulica. La Ley 6/2015 modifica el art. 28 de la Ley 2/2006, de suelo y urbanismo vasca, al que añade un nuevo apartado 7, según el cual «*En terrenos clasificados como suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos,*

(39) Considera el magistrado que «Ciertamente, el enunciado de la norma es negativo, pues establece un principio general de prohibición de la técnica con excepciones, y no un principio general de permisión de la técnica con limitaciones. Pero lo relevante no es la técnica legislativa utilizada, toda vez que, como ha sido reiterado en numerosas resoluciones, no es función de este Tribunal el control de la calidad técnica de las normas (por ejemplo, STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 4). La norma, materialmente, no formula una prohibición absoluta de esa técnica, sino que establece una regulación de los supuestos en que puede ser desarrollada en el ámbito territorial catalán.

no está permitida la tecnología de la fractura hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma vasca, en función de lo que establezcan los instrumentos de ordenación territorial, urbanística y/o ambiental». No se nos ocurre reproche de constitucionalidad que quepa aparejar a esta disposición, que es concebida como una directriz de ordenación territorial con finalidad ambiental. Se trata de una disposición que, tratando con recelo los a veces sorprendentes resultados de la evaluación de impacto ambiental, y con razón, apodera al órgano sustantivo para denegar una autorización a pesar de la eventual emisión de una declaración de impacto ambiental repleta de medidas correctoras por los efectos negativos que pueda producir el proyecto en cuestión. No obstante, como límite a la discrecionalidad del órgano sustantivo, dicha resolución deberá ser motivada resultando obligado justificar los eventuales efectos negativos que implique la ejecución y desarrollo del proyecto. Dicho juicio deberá, además, ir acompañado de la justificación de la proporcionalidad de la medida. Debe añadirse, además, que este diseño permitiría ir incorporando a la motivación de estos actos los resultados de los estudios científicos que en el futuro fueran viendo la luz.

Por otra parte, también digno de aplauso, y en consonancia con la Recomendación Europea de 2014 y, más importante, con la propia normativa europea sobre evaluación ambiental estratégica, como se ha ocupado de denunciar ROSA MORENO (40), la norma vasca somete a evaluación ambiental estratégica (art. 4) cualquier plan, programa o estrategia sectorial que contemple la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos, en especial la estrategia energética vasca.

Por último, y no menos importante, se añade un nuevo párrafo al artículo 29.1 de la Ley vasca 1/2006, de Aguas, del siguiente tenor: «*En este sentido, queda prohibido el uso de la técnica de la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos en aquellos espacios clasificados como de riesgo de vulnerabilidad media, alta o muy alta en el mapa de vulnerabilidad a la contaminación de los acuíferos de la CAV*». Se trata de una limitación legítima e incluso podríamos decir que necesaria y que colma una laguna de la que adolece la normativa estatal básica que, en caso de incorporar en el futuro, y como sería deseable, una previsión en el mismo sentido, supondría —como en otras ocasiones ha sucedido, afectando también a competencias estatales—, una predeterminación del contenido de lo básico por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco ¿Por qué dejar al resultado de la EIA la eventual autorización del *fracking* en un espacio vulnerable desde el punto de vista hidro-

(40) J. ROSA MORENO (2016: 406).

lógico? Se trata, a mi juicio, de una norma adicional de protección a la que no puede oponerse reproche de constitucionalidad, pues opera en los mismos términos que la prohibición del *fracking* en los espacios naturales protegidos que se deriva de la Ley 42/2007, de patrimonio natural y biodiversidad (41).

En fin, sólo nos queda esperar a que la STC que resuelva la impugnación de la Ley vasca vea la luz para poder seguir haciendo juicios de valor. Mientras, el ATC de 6 de octubre de 2016 ha levantado la suspensión de la ley vasca impugnada.

2. Nueva directiva OMG. Existencia de armonización e invocación de otros intereses. ¿Encubrimiento de la insuficiencia de la armonización?

Hasta ahora nos hemos referido a una materia, el *fracking*, sobre la que el Derecho comunitario no ha efectuado una armonización en aplicación del principio de precaución, o al menos no lo ha hecho con carácter vinculante, a la luz de la Recomendación de 2014. A continuación, pasamos a dar cuenta del estado de la cuestión en relación con otro ámbito inundado de incertezas como la utilización de OMG que, como pronto se verá, ha recibido un tratamiento jurídico diverso.

En efecto, los organismos modificados genéticamente (OMG) fueron objeto de regulación por el Derecho comunitario mediante las Directivas 90/219/CEE del Consejo de 23 de abril, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente y 90/220/CEE. Estas normas comunitarias, que apelaron al principio de actuación preventiva, se justifican en la necesidad de prestar la atención debida al control de los riesgos derivados de la liberación intencional en el medio ambiente de OMG, como exigencias de la protección de la salud humana y del medio ambiente. Se considera que los organismos vivos liberados en el medio ambiente en cantidades grandes o pequeñas, con fines experimentales o como productos comerciales, pueden reproducirse en el medio ambiente y atravesar fronteras nacionales, afectando por tanto a otros Estados miembros y que los efectos de dichas liberaciones en el medio ambiente pueden ser irreversibles. De este modo, y ante la disparidad entre las normas que estaban en vigor o en preparación en los Estados miembros acerca de la liberación intencional en el medio ambiente de OMG, las cuales podían crear condiciones desiguales de competencia y constituir obstáculos al comercio de productos que contengan tales organismos, afectando de este modo al funcionamiento del mercado común, se decide, a través de estas normas comunitarias,

(41) *Vid.*, en relación con ello, la Ley vasca 16/1994 (art. 17.4).

aproximar las legislaciones de los Estados miembros al respecto (42). Estas Directivas fueron adaptadas al progreso técnico mediante las Directivas 94/51/CE y 94/15/CE, ambas de 7 de noviembre de 1994. Pronto el avance de los conocimientos científicos y la experiencia alcanzada sobre biotecnología provocó la modificación de la Directiva 90/219/CEE por la Directiva 98/81/CE del Consejo, de 26 de octubre de 1998, y, posteriormente, la derogación de la Directiva 90/220/CEE por la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, nuevo marco regulador que, si bien no modifican sustancialmente el régimen vigente, obligó a los legisladores nacionales a adaptar sus normas internas sobre la materia (43), y, por lo que al presente estudio interesa, incorporó el principio de cautela de forma expresa, como principio tenido en cuenta a la hora de redactar la Directiva y que debía tenerse en cuenta al aplicar la misma (44).

Hecho este brevísimo repaso de los hitos normativos más relevantes en este ámbito, debemos completar este marco normativo con la referencia a la reciente y discutida Directiva (UE) 2015/412, que incide precisamente en la cuestión que nos ocupa, esto es, en la posibilidad de que los Estados miembros limiten o prohíban OMG autorizados conforme al Derecho comunitario. En efecto, aunque la Directiva 2001/18/CE permite a los Estados miembros limitar o prohibir la liberación de OMG que constituyan un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, la Directiva (UE) 2015/412 la modifica y permite ahora limitar o prohibir los OMG por una variedad de motivos más amplia,

(42) Recuérdese que estas Directivas fueron incorporadas a Derecho español a través de la Ley 15/1994, de 3 de junio, de régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. Debe tenerse en cuenta, asimismo el al Decreto 951/1997, de 20 de junio. Con la publicación de las citadas normas estatales no sólo se dio cumplimiento a obligaciones derivadas del derecho comunitario, sino que se llenó un vacío normativo existente en España, al introducir los instrumentos jurídicos necesarios para poder evaluar los potenciales efectos negativos sobre la salud humana y el medio ambiente que pudieran derivarse de las manipulaciones genéticas.

(43) En España vio la luz entonces la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

(44) Recomendación 2003/556/CE, de 23 de julio de 2003, sobre las Directrices para la elaboración de estrategias y mejores prácticas nacionales con el fin de garantizar la coexistencia de los cultivos modificados genéticamente con la agricultura convencional y ecológica. Sin embargo, esta Recomendación fue posteriormente sustituida por la Recomendación 2010/C 200/01 de la Comisión, de 13 de julio de 2010, sobre directrices para el desarrollo de medidas nacionales de coexistencia destinadas a evitar la presencia accidental de OMG en cultivos convencionales y ecológicos. En Francia la Ley de 25 de julio de 2008 instauró un régimen de responsabilidad específico que presenta la ventaja de que no es necesario demostrar la falta (*Vid.*, art. L 663-4 de Código rural). Sobre las dificultades de aplicación de este precepto, más técnicas que jurídicas, *vid.* M. A. NGO et CH. CHARLIER (2013: 621).

esto es, por la ordenación urbana y rural, el uso del suelo, las repercusiones socioeconómicas, la coexistencia de cultivos o el orden público.

A la luz de la Directiva 2001/18/CE, cuando se comercialice un producto que contenga OMG, y siempre que haya sido debidamente autorizado de conformidad con la misma (45), un Estado miembro no podrá prohibir, restringir o impedir la comercialización de OMG si cumplen las disposiciones de la Directiva. No obstante, la Directiva también contempló un procedimiento de salvaguardia aplicable a los casos de riesgo para la salud humana o el medio ambiente, según la cual, aun existiendo armonización, cuando, por disponer de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de la autorización que afecte a la evaluación del riesgo para el medio ambiente o de una nueva valoración de la información existente a tenor de los conocimientos científicos nuevos o adicionales, un Estado miembro tenga razones suficientes para considerar que un OMG que sea un producto o un componente de un producto y que haya sido debidamente notificado y autorizado por escrito de conformidad con la presente Directiva, constituye un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, podrá restringir o prohibir provisionalmente en su territorio el uso o la venta de dicho OMG que sea un producto o un componente de un producto. Además, se obliga a los Estados miembros a aplicar medidas de emergencia, tales como la suspensión o el cese de la comercialización, incluida la información al público en casos de riesgo grave. De este modo, se permite a los Estados la realización de una nueva valoración de la evaluación del riesgo para el medio ambiente o la salud, indicando si deben modificarse, y en qué forma, las condiciones de la autorización o si debe ponerse fin a esta última y, cuando proceda, la información nueva o adicional en que se base su decisión. Tras la intervención de comités científicos y del propio Consejo, la Comisión adoptará una decisión al respecto (46).

(45) En virtud de dicho marco legal, los OMG para cultivo deben ser sometidos a una evaluación individual de los riesgos antes de autorizar su comercialización en el mercado de la Unión de conformidad con el anexo II de la Directiva 2001/18/CE, teniendo en cuenta cualquier efecto directo, indirecto, inmediato, diferido o acumulado a largo plazo en la salud humana y el medio ambiente. Esa evaluación del riesgo sirve de asesoramiento científico proporcionando información para el proceso de toma de decisiones y se sigue de una decisión de gestión del riesgo. La finalidad de dicho procedimiento de autorización es garantizar un elevado nivel de protección de la vida y la salud humanas, de la salud y el bienestar de los animales, del medio ambiente y de los intereses del consumidor y, al mismo tiempo, velar por el funcionamiento efectivo del mercado interior. Debe alcanzarse un nivel uniforme elevado de protección de la salud, del medio ambiente y de los consumidores y mantener dicho nivel en todo el territorio de la Unión.

(46) Así, en virtud del art. 23 de la Directiva 2001/18/CE, *1. Cuando, por disponer de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de la autorización que afecte a la evaluación del riesgo para el medio ambiente o de una nueva valoración de la información existente a tenor de los conocimientos científicos nuevos o adicionales, un Estado*

Algunos Estados miembros han recurrido a la cláusula de salvaguardia y a las medidas de emergencia, de conformidad con el art. 23 de la Directiva 2001/18/CE y 34 del Reglamento (CE) n° 1829/2003, de 22 de septiembre de 2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (47), por disponer, según los casos, de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de autorización que afecta a la evaluación del riesgo para el medio ambiente, o de una nueva valoración de la información existente. Otros Estados miembros han recurrido al procedimiento de notificación previsto en el artículo 114, apartados 5 y 6, del TFUE, que exige que se aporten nuevas pruebas científicas relativas a la protección del medio ambiente (48).

En los últimos años, como consecuencia de la inquietud mostrada por varios países asociadas a la seguridad de los OMG para la salud o para el medio ambiente, el legislador comunitario, de conformidad con el principio de subsidiariedad, y tras un profundo debate en el seno de la Unión Europea no exento de polémica, entendió que parecía indicado conceder a los Estados miembros más flexibilidad en orden a decidir si desean o no cultivar OMG en su territorio, sin afectar ello a la evaluación de los riesgos prevista en el sistema de autorización de OMG de la Unión previsto en la Directiva 2001/18/CE.

miembro tenga razones suficientes para considerar que un OMG que sea un producto o un componente de un producto y que haya sido debidamente notificado y autorizado por escrito de conformidad con la presente Directiva, constituye un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, podrá restringir o prohibir provisionalmente en su territorio el uso o la venta de dicho OMG que sea un producto o un componente de un producto. Los Estados miembros garantizarán que, en caso de riesgo grave, se aplicarán medidas de emergencia, tales como la suspensión o el cese de la comercialización, incluida la información al público. El Estado miembro informará inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros sobre las acciones adoptadas con arreglo al presente artículo, exponiendo los motivos de su decisión y facilitando la nueva valoración de la evaluación del riesgo para el medio ambiente, indicando si deben modificarse, y en qué forma, las condiciones de la autorización o si debe ponerse fin a esta última y, cuando proceda, la información nueva o adicional en que se base su decisión. 2. Se adoptará una decisión al respecto en un plazo de 60 días, de acuerdo con el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 30. Para calcular dicho plazo no se tendrán en cuenta los períodos de tiempo en que la Comisión haya estado esperando la información adicional que hubiera solicitado al notificador o el dictamen de los comités científicos que hubiera consultado. El plazo para recibir el dictamen de los comités científicos consultados no deberá exceder de 60 días. Del mismo modo, tampoco se tendrá en cuenta el tiempo que tarde el Consejo en pronunciarse con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 30.

(47) Según el art. 34, cuando sea evidente que productos autorizados por el presente Reglamento o de acuerdo con lo dispuesto en él pueden constituir un riesgo grave para la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente, o cuando, a la luz de un dictamen de la Autoridad formulado de conformidad con los artículos 10 y 22, resulte necesario suspender o modificar urgentemente una autorización, se tomarán medidas con arreglo a los procedimientos previstos en los artículos 53 y 54 del Reglamento (CE) n° 178/2002.

(48) Vid., A. GARCÍA VIDAL (2015: 1-4).

Esta posibilidad podría contribuir a que mejorara el proceso de autorización de OMG, al tiempo de garantizar la libertad de elección de los consumidores, agricultores y operadores, proporcionándose mayor transparencia para las partes interesadas. Así la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, modifica la Directiva 2001/18/CE en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de OMG en su territorio (49). Se admite la posibilidad de que cada Estado decida sobre la comercialización de OMG, de conformidad con el artículo 2.2 del TFUE. Además, los Estados, pueden a partir de ahora adoptar actos jurídicamente vinculantes por los que se restrinja o prohíba el cultivo de OMG en su territorio, una vez que se haya autorizado la comercialización de dichos OMG en el mercado de la Unión. Según el nuevo art. 26 *ter* de la Directiva 2001/18/CE, durante el procedimiento de autorización de un determinado OMG, o durante la renovación de la autorización escrita o de la decisión de autorización, los Estados miembros podrán pedir que se adapte el ámbito geográfico de aplicación de la autorización escrita o de la decisión de autorización a efectos de que el territorio o del Estado miembro de que se trate quede excluido en su totalidad o en parte del cultivo. Además, se añade un nuevo apartado al artículo 26 *bis* sobre convivencia de cultivos, según el cual, *«a partir del 3 de abril de 2017 los Estados miembros en los que se cultiven OMG adoptarán medidas adecuadas en las zonas fronterizas de su territorio con el fin de evitar una posible contaminación transfronteriza a los Estados miembros vecinos en los que esté prohibido el cultivo de esos OMG, a menos que dichas medidas sean innecesarias debido a unas condiciones geográficas específicas. Dichas medidas se comunicarán a la Comisión»*. Así, en el caso de que no se haya presentado ninguna petición de conformidad con el apartado 1 del art. 26, o de que el notificador o solicitante haya confirmado el ámbito geográfico de aplicación de su notificación o solicitud inicial, los Estados miembros podrán adoptar medidas para restringir o prohibir el cultivo en la totalidad o en parte de su territorio de un OMG o de un grupo de OMG definidos por variedad de cultivo o características, una vez autorizado de con-

(49) La Directiva, no obstante, destaca en sus considerandos otras finalidades relevantes. Así, de conformidad con las conclusiones del Consejo de 4 de diciembre de 2008 sobre los organismos modificados genéticamente *«es necesario procurar mejorar la aplicación del marco legal para la autorización de OMG. En este contexto, las normas sobre evaluación del riesgo deben actualizarse, cuando sea necesario, con regularidad con objeto de tener en cuenta la constante evolución de los conocimientos científicos. y los procedimientos de análisis, en particular en lo relativo a los efectos ambientales a largo plazo de los cultivos modificados genéticamente, así como sus efectos potenciales en organismos no objetivo, las características de los entornos receptores y las zonas geográficas en las que se puedan emplearse cultivos modificados genéticamente, y los criterios y requisitos para evaluar los OMG que producen plaguicidas y los OMG resistentes a herbicidas. Por consiguiente, procede modificar los anexos de la Directiva 2001/18/CE en consecuencia»*.

formidad con la Directiva 2001/18/CE o el Reglamento (CE) n° 1829/2003, siempre que dichas medidas sean conformes al Derecho de la Unión, razonadas, proporcionadas y no discriminatorias y, además, se basen en *motivos imperiosos como los relacionados con objetivos de política medioambiental, ordenación del territorio, uso del suelo, repercusiones socioeconómicas, evitar la presencia de OMG en otros productos, política agrícola y orden público*. Estos motivos podrán invocarse de forma individual o combinada, a excepción del orden público, que no podrá ser utilizado individualmente, dependiendo de las circunstancias particulares del Estado miembro, la región o la zona en la que vayan a aplicarse dichas medidas, pero que en ningún caso entrará en conflicto con la evaluación de riesgo medioambiental realizada en virtud de la Directiva 2001/18/CE o del Reglamento (CE) n° 1829/2003.

Vista la reforma operada, conviene preguntarse por las distintas razones en las que se basa la Directiva para flexibilizar el sistema. Así, en primer término, una de las razones se encuentra en la fuerte dimensión nacional, regional y local que exige el cultivo, debido a su vinculación con el uso del suelo, las estructuras agrícolas locales y la protección o el mantenimiento de hábitats, ecosistemas y paisajes (50). Asimismo, se advierte el frecuente recurso a las cláusulas de salvaguardia y a las medidas de emergencia por disponer, según los casos, de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de autorización que afecta a la evaluación del riesgo para el medio ambiente o de una nueva valoración de la información existente, o con motivo de la aparición de nuevas pruebas científicas, además de la inquietud mostrada por varios países, que no solo guarda relación con cuestiones asociadas a la seguridad de los OMG para la salud o el medio ambiente (sic) (51).

(50) Según el considerando 6 de la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, «*La experiencia pone de manifiesto que el cultivo de OMG es un asunto que se trata más a fondo a nivel de los Estados miembros. Las cuestiones relacionadas con la comercialización y la importación de OMG deben seguir estando reguladas a nivel de la Unión para preservar el mercado interior. No obstante, el cultivo puede exigir más flexibilidad en ciertos casos, ya que tiene una fuerte dimensión nacional, regional y local debido a su vinculación con el uso del suelo, las estructuras agrícolas locales y la protección o el mantenimiento de hábitats, ecosistemas y paisajes. De conformidad con el artículo 2, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los Estados miembros tienen la posibilidad de adoptar actos jurídicamente vinculantes por los que se restrinja o prohíba el cultivo de OMG en su territorio una vez que se haya autorizado la comercialización de esos OMG en el mercado de la Unión. No obstante, el procedimiento común de autorización, y en particular el proceso de evaluación efectuado principalmente por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria («la Autoridad»), no deben verse perjudicados por este tipo de flexibilidad».*

(51) Considerando 7 de la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015.

Pero la clave se encuentra en la razón invocada por el considerando 14 de la Directiva (UE) 2015/412, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, según el cual, *El nivel de protección de la salud humana y animal y del medio ambiente elegido en la Unión permite que se realice una evaluación científica uniforme en toda la Unión y la presente Directiva no debe alterar esa situación. Por ello, para evitar cualquier interferencia con las competencias que se atribuyen a los evaluadores y gestores del riesgo en virtud de la Directiva 2001/18/CE y el Reglamento (CE) n°1829/2003, los Estados miembros solo han de poder aducir motivos que guarden relación con los objetivos de la política medioambiental relativos a los impactos que sean distintos y complementarios de la evaluación de los riesgos para la salud y el medio ambiente que se hayan evaluado en el contexto de los procedimientos de autorización previstos en la Directiva 2001/18/CE y en el Reglamento (CE) n° 1829/2003, como el mantenimiento y el desarrollo de prácticas agrícolas que ofrecen u mejor potencial para conciliar la producción y la sostenibilidad de los ecosistemas, con el mantenimiento de la biodiversidad local, incluidos determinados hábitats y ecosistemas, o determinados tipos de elementos naturales y paisajísticos, y funciones y servicios del ecosistema* (52). Así, la Directiva parece dejar sentado que el principio de precaución no habilita a los Estados a establecer normas más estrictas derivadas de una eventual evaluación de riesgos para la salud o el medio ambiente, sino que dicho principio puede ser observado para prohibir el cultivo con fines de conservación de la *biodiversidad local, incluidos determinados hábitats y ecosistemas, o determinados tipos de elementos naturales y paisajísticos, y funciones y servicios del ecosistema*, materias que quedan fuera del ámbito competencial de la EFSA. En consecuencia, puede decirse que se sigue reconociendo la incertidumbre, y su virtualidad para justificar la aplicación por parte de los Estados miembros del principio de precaución (53), siendo la Autoridad europea quien debe recopilar

(52) Además, *Las restricciones o prohibiciones adoptadas con arreglo a la presente Directiva deben referirse al cultivo y no a la libre circulación e importación de semillas y material vegetal de reproducción modificados genéticamente, como productos en sí o dentro de otros productos, y de los productos de su cultivo. También deben ser conformes con los Tratados, especialmente en lo que respecta al principio de no discriminación entre los productos nacionales y los productos no nacionales, al principio de proporcionalidad y a los artículos 34, 36 y 216, apartado 2, del TFUE.*

(53) En este sentido, el considerando 2, sobre el principio de precaución y su necesaria compatibilización con el mercado interior, establece que *los OMG para cultivo deben ser sometidos a una evaluación individual de los riesgos antes de autorizar su comercialización en el mercado de la Unión de conformidad con el anexo II de la Directiva 2001/18/CE, teniendo en cuenta cualquier efecto directo, indirecto, inmediato, diferido o acumulado a largo plazo en la salud humana y el medio ambiente. Esa evaluación del riesgo sirve de asesoramiento científico proporcionando información para el proceso de toma de decisiones y se sigue de una decisión de gestión del riesgo. La finalidad de dicho procedimiento de autorización es*

y analizar los resultados de la investigación sobre el riesgo o peligro para la salud humana o el medio ambiente de los OMG e informar a los gestores del riesgo de cualquier riesgo emergente (54).

No obstante, llama la atención entonces que el considerando 2 *in fine* de la Directiva establezca que el principio de precaución debe tenerse siempre en cuenta en el marco de la Directiva 2001/18/CE y su ulterior aplicación, pues su observancia se encuentra vedada a los Estados miembros cuando éstos consideren que, por motivos distintos a los enunciados *supra*, no debe permitirse el cultivo en su territorio, viéndose obligados, entonces, a seguir los procedimientos de salvaguardia y emergencia (55).

Resta ahora referirnos, dado el marco normativo descrito, a la eventual posibilidad de que las CC. AA. hagan uso de la opción que el art. 26 de la Directiva brinda a los Estados miembros, para prohibir el cultivo de OMG en su territorio. En este sentido, como ha quedado visto, presente la armonización por motivos ambientales o de salud, las razones por las que es posible limitar o prohibir el cultivo se ciñen al *mantenimiento y el desarrollo de prácticas agrícolas que ofrecen un mejor potencial para conciliar la producción y la sostenibilidad de los ecosistemas, el mantenimiento de la biodiversidad local, incluidos determinados hábitats y ecosistemas, o determinados tipos de elementos naturales y paisajísticos, y funciones y servicios del ecosistema*, materias,

garantizar un elevado nivel de protección de la vida y la salud humanas, de la salud y el bienestar de los animales, del medio ambiente y de los intereses del consumidor y, al mismo tiempo, velar por el funcionamiento efectivo del mercado interior.

(54) Resulta curioso comprobar cómo en poco más de un año de vigencia de la Directiva ha habido una avalancha de países europeos que han prohibido el cultivo del maíz MON— 810.

(55) Un paso atrás lo encontramos en relación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1829/2003 en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el uso de alimentos y piensos modificados genéticamente en su territorio Bruselas, 22.4.2015 COM (2015) 177 final 2015/0093 (COD). Esta norma comunitaria habilita a los Estados miembros a adoptar medidas para restringir o prohibir el uso de OMG y de alimentos y piensos modificados genéticamente que hayan sido autorizados, sólo si pueden demostrar que el producto en cuestión puede presentar riesgos para la salud y el medio ambiente. Finalmente, tras una discusión entablada entre los Estados miembros, se acordó modificar la Directiva (UE) 2015/4123 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cultivo de OMG a los alimentos y piensos modificados genéticamente, a través de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 28 de octubre de 2015, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1829/2003 en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el uso de alimentos y piensos modificados genéticamente en su territorio [COM(2015) 0177 — C8-0107/2015 — 2015/0093(COD)]. *Vid.* Propuesta de Resolución del de 2 de febrero de 2016, presentada de conformidad con el artículo 133 del Reglamento sobre el procedimiento de prohibición de importación de productos que contengan OMG.

ámbitos materiales, todo ellos, que pueden ser reconducidas a la competencia exclusiva de las CC. AA. sobre ordenación del territorio, protección ambiental, espacios naturales y paisaje (56); incluso puede sostenerse que en virtud de la competencia municipal en materia de urbanismo, sería conforme a Derecho español la prohibición del cultivo de OMG por el planeamiento municipal e incluso por las ordenanzas municipales. No nos queda más que esperar a que alguna CC. AA. o municipio de el paso de prohibir el cultivo de OMG para comprobar si estas iniciativas son recurridas de inconstitucionalidad o ilegalidad, según los casos, y cuál es ahora la opinión de nuestro Tribunal Constitucional y de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales ordinarios. A nuestro juicio, adelantamos, va a resultar más difícil sostener la misma postura que en respuesta a las prohibiciones del *fracking*.

3. ¿CABE LA PROHIBICIÓN NACIONAL Y/O AUTONÓMICA DE PESTICIDAS? SOBRE LA CONFORMIDAD A DERECHO DE LAS EVENTUALES PROHIBICIONES

Una vez vista la respuesta jurídica que merecen, a la luz del derecho aplicable y en opinión de la doctrina y de la jurisprudencia europea, constitucional y ordinaria, las prohibiciones y limitaciones nacionales y, en su caso, autonómicas de las emisiones electromagnéticas, del *fracking* y del cultivo de los OMG, veamos ahora cuál podría ser la respuesta que merecerían los eventuales supuestos en los que los Estado miembros o concretas regiones de los Estado miembros —como es el caso de nuestras CC. AA.—, intentaran prohibir el uso de pesticidas en su territorio y/o la entrada de alimentos tratados con pesticidas, o bien establecieran niveles más estrictos que los que se derivan de la normativa comunitaria en relación a la presencia de productos químicos en productos agrícolas destinados a consumo humano o animal. Ya contamos con un ejemplo en Italia, con un intento de prohibición de la utilización de pesticidas en la Provenza, iniciativa encabezada, como viene siendo habitual, por la ONG *Legambiente* (57).

Dicho lo anterior, veamos primero si es posible, conforme al Derecho comunitario, que los Estados miembros establezcan medidas más restrictivas en

(56) La ONG Greenpeace ha elaborado un mapa en el que ofrece datos sobre la superficie de suelo español dedicado al cultivo de OMG y sobre los municipios libres de transgénicos. Puede consultarse en <http://www.greenpeace.org/espana/es/Trabajamos-en-Transgenicos/mapa-de-espana/>

(57) En principio se entiende que, de conformidad con el sistema de distribución de competencias italiano, sería posible, de modo que habría que analizar si es o no conforme a Derecho comunitario. Por otra parte, encontramos sobre la mesa una propuesta de ley en la materia, efectuada por el diputado *Zaccagnini*, de abril de este mismo año 2016. El texto

relación con la utilización de fitosanitarios, lo que implicaría la posibilidad de la aplicación nacional del principio de precaución, más allá de lo que establezca el ordenamiento comunitario armonizador, llegando a prohibir, en su caso, los pesticidas. Ello supondría admitir que los Estados miembros pueden establecer excepciones a la libre circulación, cuando ello se encuentre justificado en razón de la protección ambiental o de la salud, en base a la autonomía regulatoria de los Estados, esto es, siempre que ello se encuentre justificado en razones de interés general que deberán ser apreciadas por el TJUE (58).

Recordemos que el art. 2.3 de la Directiva 2009/128/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para conseguir un uso sostenible de los plaguicidas, establece que *Las disposiciones de la presente Directiva no impedirán a los Estados miembros aplicar el principio de cautela limitando o prohibiendo el uso de plaguicidas en zonas o circunstancias específicas*. De este modo, bien a través de instrumento normativo, bien como resultado de una decisión administrativa, es posible restringir, limitar e incluso prohibir el uso de plaguicidas cuando concurren circunstancias específicas o en determinadas zonas.

La transposición de este extremo de la Directiva tuvo lugar en España mediante el Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre, por el que se establece el marco de actuación para conseguir un uso sostenible de los productos fitosanitarios, según el cual *«Las disposiciones del presente Real*

de la iniciativa puede consultarse en la siguiente web: http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0042530.pdf. En líneas generales, en el proyecto de Ley, que tiene por objeto la protección de la salud humana, la salud alimentaria, el entorno natural, el medio ambiente, el agua y el agua potable, la biodiversidad, los ecosistemas, la agricultura y los consumidores, así como la reducción del riesgo hidrogeológica y promover el uso de técnicas alternativas el uso de productos químicos, productos tóxicos y soluciones salinas de en cualquier tipo de operaciones de gestión de la vegetación, se establecen una serie de prohibiciones interesantes. En las zonas agrícolas, adyacentes a las zonas frecuentado por las personas o grupos vulnerables, tales como viviendas particulares, jardines, parques y jardines públicos, campos privados deportes, zonas de recreo, parques infantiles y zonas verdes dentro de los edificios escolares, parques infantiles y en las superficies en el entorno de los establecimientos de salud, se prohíbe el uso de pesticidas en distancias inferiores a 30 metros de las fronteras de propiedades, incluso dentro de invernaderos. Cuando el uso de pesticidas y herbicidas afecte a carreteras que proporcionen acceso a hogares o tierras privadas, es obligatorio que los operadores de estos productos comuniquen al menos con una antelación de 24 horas el inicio del tratamiento, estableciendo barreras de mitigación apropiadas. En viviendas particulares sin embargo que no es posible utilizar pesticidas y herbicidas. En todo caso habrá de indicarse en la etiqueta un tiempo de recuperación en el campo. Si la aplicación de pesticidas se lleva a cabo en invernaderos agrícola, éstos deben permanecer herméticamente sellados para evitar la contaminación. Los invernaderos deben estar situado al menos a 5 metros de las calles.

(58) Sobre el recurso al art. 30 y sus límites, *Vid. C. VIAL (2006: 173-188)*.

Decreto se entenderán sin perjuicio de que la Administración competente, en cada caso, pueda aplicar el principio de cautela limitando o prohibiendo el uso de productos fitosanitarios en zonas o circunstancias específicas». Así, el legislador español ha renunciado a establecer normativamente supuestos en los que en todo caso se limitará o prohibirá el uso de pesticidas, correspondiendo a la Administración competente, en cada caso, la decisión al respecto que, a su vez, podrá materializarse en una norma autonómica con carácter general, que habría de ser tenida como norma adicional de protección ambiental o de salud, o bien a través de decisiones administrativas estatales o autonómicas caso por caso (59). Pues bien, precisamente en el voto particular de la STC 106/2014 traída a colación para ilustrar la opinión del TC respecto a la posibilidad autonómica de prohibir el *fracking*, podemos encontrar una clave para sostener la posibilidad de que las CC.AA. lleven a cabo las medidas normativas a que nos referimos en relación a los pesticidas. Recordemos que se advierte que el sentido mayoritario de los magistrados que suscriben la Sentencia deja abierto un interrogante de muy notable trascendencia: ¿cuál es en este caso la solución de equilibrio, si no existe (o no se invoca) la normativa sanitaria estatal y tampoco se admite que, en ausencia de aquélla, la Comunidad Autónoma pueda ejercer su competencia de desarrollo legislativo en materia de protección de la salud? No cabe ignorar que el derecho a la protección de la salud, que como principio rector reconoce el art. 43.1 CE, «obliga a los poderes públicos no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (60).

(59) Ello puede dar lugar a las frecuentes distorsiones que provoca la articulación constitucional de competencias en el Estado autonómico, y que permite que existan territorios españoles en los que el Derecho autonómico garantiza una superior protección del medio ambiente y de la salud de las personas.

Vid. Decreto andaluz 96/2016, de 3 de mayo, por el que se regula la prevención y lucha contra plagas, el uso sostenible de productos fitosanitarios, la inspección de equipos para su aplicación y se crea el censo de equipos de aplicación de productos fitosanitarios.

(60) STC 113/1989, de 22 de junio, f. j. 3. Continúa el Voto particular, señalando que «En este sentido, es necesario resaltar que el art. 43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto». Aunque estén estrechamente asociados en cuanto a la fuente u origen del riesgo, la relevancia constitucional de los intereses vinculados a la protección de la salud humana, por un lado, y del medio ambiente, por otro, es sustancialmente diferente. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que los intereses generales y públicos vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud están asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, conectados en determinados supuestos con el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE» (STC 137/2013, de 6 de junio, f. j. 5 b). Vid. SsTC 35/1996, de 11 de marzo, f. j. 3, 207/1996, de 16 de diciembre, f. j. 2, 119/2001, de 24 de mayo,

En relación con lo anterior, conviene recordar que el Tribunal de Justicia advirtió que, en defecto de armonización y en la medida en que subsista la incertidumbre, compete a los Estados miembros determinar el nivel de protección de la salud pública que desean fijar, teniendo en cuenta siempre las exigencias que se derivan del mercado común. De este modo, el Tribunal de Justicia, para determinar si las medidas ambientales más estrictas fijadas por los Estados miembros son proporcionales, atenderá a la prevalencia de intereses, y, siempre que se trate de garantizar la protección de la salud y del medio ambiente, aún en supuestos de incerteza científica, estas medidas deben prevalecer por encima de las consideraciones económicas, tales como la libre circulación de mercancías (61). De este modo, el artículo 30 TCE (hoy 36 TFUE) se aplicará, como criterio de valoración de la compatibilidad, en los casos en que no exista una armonización del producto afectado a nivel comunitario (62). En particular, y es lo que ahora interesa, no se impedirá que los Estados miembros apliquen el principio de cautela cuando exista incertidumbre científica acerca de los riesgos para la salud humana o animal o para el medio ambiente que planteen los productos fitosanitarios que se vayan a autorizar en su territorio. Se tienen en cuenta, además, los grupos vulnerables, esto es, las personas a las que se ha de prestar una atención especial a la hora de evaluar los efectos agudos y crónicos de los productos fitosanitarios en la salud (63). Como consecuencia de lo anterior, y en aplicación del principio de cautela, será el sector de los fitosanitarios el que tenga que demostrar que las sustancias o productos producidos o comercializados no tienen efectos nocivos en la salud humana o animal, ni efectos inaceptables en el medio ambiente.

f. j. 6, 16/2004, de 23 de febrero, f. j. 4, 62/2007, de 27 de marzo, f. j. 3, 160/2007, de 2 de julio, f. j. 2, y 150/2011, de 29 de septiembre, f. j. 6.

(61) N. SADELEER (1994: 381). En contra de esta interpretación, VIDAL C. (2006: 553 y 554).

(62) Así, por ejemplo, el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE del Consejo, apela precisamente a dichos principios y a la reciente evolución científica y técnica para justificar la necesidad de modificar la normativa precedente y que deroga. Como advierte el propio Reglamento, sus disposiciones se basan en el principio de cautela con objeto de garantizar que las sustancias activas o los productos comercializados no tengan efectos adversos para la salud humana o animal o para el medio ambiente (art. 1.4) El Reglamento reconoce expresamente que su objetivo es garantizar un alto grado de protección de la salud humana y animal y del medio ambiente, a la vez que salvaguardar la competitividad de la agricultura comunitaria, prestando especial atención a la protección de grupos vulnerables de población como, por ejemplo, las mujeres embarazadas, los lactantes y los niños (Considerando 8).

(63) Entre ellas se encuentran las mujeres embarazadas y lactantes, los *nascituri*, y los niños, las personas de edad avanzada y los trabajadores y residentes expuestos a un alto grado de plaguicidas durante un largo período de tiempo (art. 3.14 del Reglamento)

Ahora bien, cuando el producto en cuestión haya sido objeto de una Directiva (o eventualmente Reglamento) de armonización, la base jurídica apropiada para valorar la compatibilidad de la norma nacional con el derecho comunitario será la del art. 100 A TCE (posteriormente art. 95 TFUE). Así, a partir del momento en el que existe una armonización de la tolerancia en relación a la presencia de residuos de plaguicidas en los alimentos, la invocación de los referidos preceptos nacionales más proteccionistas, según el Tribunal de Justicia, en principio, carece de justificación (64). Desde la armonización normativa, pues, se constató un cambio de rumbo de la jurisprudencia comunitaria en relación a las posibilidades normativas de los Estados miembros enderezadas a establecer legislaciones más estrictas, en el sentido de entender que ya no es posible justificar en el art. 30 del TCE (hoy art. 36 TFUE) las medidas nacionales que permiten impedir la comercialización de productos agrícolas que provienen de otros Estados miembros que no cumplen los estándares de los ordenamientos de los Estados importadores.

Para un mejor entendimiento de esta cuestión, M TORRE SCHUAB (2006: 317-338) se ha ocupado de diferenciar distintos tipos de integración. Así, la *armonización total* obliga a los Estados miembros a sustituir las disposiciones nacionales por las disposiciones europeas, con el fin de garantizar la protección del medio ambiente y de impedir restricciones al comercio contrarias a derecho comunitario. De este tipo son, por ejemplo, las medidas adoptadas en virtud de las Directivas 91/414 y 91/441. Por otra parte, la que denomina *armonización mínima*, según la cual la Unión Europea impone unos niveles bajos de protección, permitiendo a los Estados establecer niveles más estrictos de protección. La desventaja que presenta este tipo de armonización a la baja es que como consecuencia de ella resultan distintos niveles de protección en los distintos Estados miembros de la Unión, así como distorsiones de la competencia, porque se crean desventajas en el mercado frente a las ventajas de productos verdes y algunas empresas desarrollan estándares de calidad que responden a lo que denominamos normalización voluntaria, que luego predetermina las normas que se adopten en el futuro. Ello puede suponer una entrega del derecho a las empresas a iniciativa de las instituciones. Además, las empresas que no cuentan con medios para seguir estas normas son finalmente excluidas del mercado. En tercer lugar, en ocasiones, el Derecho comunitario establece una *armonización opcional*, lo que supone bien armonizar, bien mantener disposiciones nacionales más protectoras. Se plantea entonces el dilema sobre cómo resolver entonces el conflicto. En este caso, se observa cómo, a pesar de que la Comisión se muestra a favor de la prevalencia del mercado, el TJUE resuelve a favor del medio ambiente. En último lugar, puede

(64) M. LÓPEZ ESCUDERO (2013: 133).

darse un *reconocimiento mutuo de normas*. Se trata del nivel más bajo de armonización, según el cual los Estados miembros no tienen que adherirse a las normas, pero deben reconocer métodos de control y cumplimiento establecidos por otros Estados miembros (65).

De este modo, y para concluir, podemos señalar que, a pesar de la armonización comunitaria en el ámbito de los fitosanitarios, y dada la posibilidad brindada por el art. 2.3 de la Directiva 2009/128/CE —según el cual la misma *no impedirán a los Estados miembros aplicar el principio de cautela limitando o prohibiendo el uso de plaguicidas en zonas o circunstancias espe-*

(65) En sede de OMG se encuentra pendiente el pronunciamiento del TJUE respecto de una petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunale di Udine* (Italia) el 24 de febrero de 2016 (Proceso penal contra *Giorgio Fidenato y otros*, Asunto C-111/16), sobre las siguientes cuestiones. En primer término, se plantea si la Comisión está obligada, con arreglo al artículo 54, apartado 1, del Reglamento 178/2002, a adoptar medidas de emergencia de las contempladas en el art. 53 del Reglamento n° 178/2002, si así lo solicita un Estado miembro, aunque ella considere que no existen, con respecto a determinados alimentos o piensos, razones para temer un riesgo grave y manifiesto para la salud humana o animal y para el medio ambiente. En segundo término, se consulta si cuando la Comisión comunica al Estado miembro solicitante su apreciación contraria a lo solicitado por éste, con lo que desaparece teóricamente la necesidad de adoptar medidas de emergencia, el Estado miembro solicitante a puede adoptar medidas de emergencia provisionales con arreglo al art. 53 del Reglamento 178/2002, al amparo del artículo 34 del Reglamento n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, invocando consideraciones relacionadas con el principio de precaución y ajenas a los criterios de riesgo grave y manifiesto para la salud humana o animal o para el medio ambiente derivado del uso de un alimento o pienso. El artículo art. 34 dispone que, cuando sea evidente que productos autorizados pueden constituir un riesgo grave para la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente, o cuando, a la luz de un dictamen de la autoridad formulado de conformidad con los artículos 10 y 22, resulte necesario suspender o modificar urgentemente una autorización, se tomarán medidas con arreglo a los procedimientos previstos en los artículos 53 y 54 del Reglamento. Pues bien, aunque todavía no disponemos de la decisión del TJUE, podemos afirmar que, de conformidad con la nueva Directiva de OMG, aún en casos en los que existe armonización (OMG), se admite que los Estados, puedan, en base a diversos motivos, prohibir el cultivo. Mientras, en Francia, como viene siendo habitual, el Consejo de Estado, en su Resolución de 16 de abril de 2016 ha anulado la *Arret* del Ministro de agricultura de 14 de mayo de 2014. Dirigido a la prohibición de comercialización y utilización del maíz MON-810, en base a las clásicas razones que prohíben las medidas conservadoras, salvo que se trate de casos de urgencia. Por lo demás, en relación al control de la aplicación del principio de precaución por los Tribunales nacionales, la *STJUE Staat der Nederlanden y Denkvit Nederland BV y otros* de 22 de junio de 2011 (C346/09) recuerda que un Estado miembro puede adoptar medidas nacionales de prohibición como las establecidas en la Reglamentación provisional nacional cuando la situación en dicho Estado miembro presente un carácter urgente que justifique la adopción inmediata de dichas medidas por motivos graves de protección de la salud pública o de la salud animal. E incumbe a los Tribunales nacionales, al valorar los hechos del litigio de que conoce, comprobar si la situación en el país, en el momento en que se adoptó la Reglamentación provisional nacional, presentaba ese carácter urgente y si se respetó el principio de proporcionalidad.

cíficas— el Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre, a diferencia de lo que sucede en otros sectores, ha dejado abierta la posibilidad de que las CC.AA. prohíban el empleo de fitosanitarios en su territorio, posibilidad de la que, a nuestro juicio, también podrán hacer uso los municipios a través de ordenanzas o contemplando dichas medidas en los planes urbanísticos (66).

IV. UNA VIRTUALIDAD OLVIDADA DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL

1. Sobre la aplicación directa de del principio de precaución como principio general del Derecho ambiental: su formulación

Como es conocido, es posible invocar y aplicar directamente los principios generales del derecho comunitario, y por lo que ahora nos ocupa, aquellos que integran el Derecho ambiental como el principio de precaución. Fue la importante STJUE *Mangold*, de 22 de noviembre de 2005 (Asunto C-144/04), la que consolidó la posibilidad de la aplicación directa de un principio general de Derecho comunitario (67). Sostuvo el Tribunal que un principio contenido

(66) Por otra parte, también podrían plantearse otras modalidades jurídicas para aplicar alternativas voluntarias u obligatorias o una condicionalidad adicional a la que se deriva del Derecho comunitario e incluso el recurso a instrumentos de derecho privado como los contractuales. Resulta interesante a este respecto la posibilidad de incluir en el condicionado de un acuerdo de custodia del territorio estas medidas más estrictas. En relación con la exclusión de pesticidas vía contractual, *Vid.* Conclusiones del abogado general Sr. NILS WAHL, de 26 de febrero de 2015, Asunto C 684/13 sobre petición de decisión prejudicial *Johanes Demmer* contra *Fodevare Ministeriets Klagecenter*.

(67) No obstante, podemos citar como precedente la SJUE *Defrenne*, de 8 de abril de 1976 (Asunto 43/75) advierte el Tribunal que «*Considerando que, por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el principio de la igualdad de retribución del artículo 119 puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos tienen el deber de garantizar la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables, en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos para un mismo trabajo, cuando este último se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público*». No obstante, ya antes, y como se ha ocupado de advertir CIERCO SEIRA (2004:94), «Esta firme consolidación del principio de cautela en la jurisprudencia comunitaria ha recibido recientemente, sobre ello, un fuerte impulso de la mano del Tribunal de Primera Instancia, que ha otorgado a este principio, en el asunto *Artegodan* (2002), nada menos que la condición de *principio general del Derecho comunitario*. El reconocimiento del principio de cautela como principio general del Derecho comunitario ha sido ya reiterado en una nueva Sentencia del Tribunal de Primera Instancia: STPI de 28 de enero de 2003, *Les Laboratoires Ser-vier/ Comisión*, asunto T-147/00, apartado 52. En la actualidad, esta doctrina a la que aludimos es mantenida, entre otras, por la reciente STJUE de 19 de abril de 2016 (C441/14), *Dansk Industri*, sobre aplicación directa por juez nacional de los principios generales del derecho comunitario.

en el Tratado puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales y que éstos tienen el deber de garantizar los derechos que de él se derivan a los justiciables, reconociéndose de este modo, sin ambages, la aplicación directa de un principio general del derecho y superándose esa función de parámetros interpretativos predicable de los principios. Según esta doctrina, los principios generales del derecho comunitario no sólo constituyen el fundamento sobre el que se edifica el derecho derivado, sino que tienen existencia propia e independiente.

En consecuencia, contemplado el principio de precaución en el art. 191.2 del TFUE, y habida cuenta de que su desarrollo se encuentra albergado en una norma comunitaria de *soft law*, cuando una normativa nacional está comprendida en su ámbito de aplicación, el Tribunal que conoce de un asunto debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con tal principio (68). En el caso de que una norma nacional resulte contraria a su teleología, el principio de precaución como principio general de derecho comunitario será directamente eficaz y tendrá el efecto de desplazar a la norma nacional no conforme. Además, en estas circunstancias corresponde a los jueces nacionales que conocen del asunto en el que se discute la aplicación de principio garantizar, en el marco de su competencia, *la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias*» (69).

De este modo, y a pesar de algunas interpretaciones, a nuestro juicio erróneas, de las que hace eco la jurisprudencia española, como es de sobra conocido, el principio de precaución debe jugar su papel en situaciones de riesgo en las que estadísticamente se desconoce si se va a producir el daño y en situaciones de incerteza, en las que se desconoce si se va a producir el daño y, en su caso, el alcance del mismo. Encuentra su virtualidad, entonces,

(68) Considera el Alto Tribunal en la STJUE, *Rodríguez Caballero*, de 12 de diciembre de 2002 (Asunto C-442/00), que «*Por lo que se refiere a la existencia de tales exigencias, procede recordar, por una parte, que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, y, por otra, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria. Por consiguiente, éstos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias (véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994, Bostock, C-2/92, Rec. p. I-955, apartado 16, y de 13 de abril de 2000, Karlsson y otros, C-292/97, Rec. p. I-2737, apartado 37)*».

(69) Vid. apartado 77 de la STJUE *Mangold*, de 22 de noviembre de 2005 (Asunto C144/04) y otras como la STJUE *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, Asunto C-106/77 (apartado 21) y STJUE *Solred*, de 5 de marzo de 1998, Asunto C-347/96, (apartado 30).

en situaciones en las que no existe consenso científico acerca de los efectos negativos para la salud humana o animal o para el medio ambiente que se pueden derivar del desarrollo de una actividad o del empleo de un producto (70).

Así, puede afirmarse que, en Derecho europeo, donde la recepción del principio de precaución en el ámbito ambiental, sanitario y de la seguridad alimentaria es innegable, los riesgos justifican la intervención, admitiéndose medidas restrictivas provenientes de las diversas instancias, según los casos, como hemos visto al analizar los distintos niveles de armonización en los diversos sectores en los que está presente la incertidumbre científica. Puede añadirse, además, que en dicha lógica la carga de la prueba parece que debe corresponder al sector económico, que es el que se lucra de los beneficios económicos derivados de la actividad o de la utilización o consumo del producto controvertido.

2. Sobre su bifronte naturaleza: principio o regla

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del principio de precaución, es cierto que en su formulación internacional se erigió exclusivamente como principio político y dirigió obligaciones exclusivamente a los Estados (71). Lo mismo ocurrió en el ámbito comunitario, al instaurarse por el art. 174 TUE —hoy art. 191 del TFUE—, aunque más tarde cristalizó, ahora sí con mayor alcance, en el Derecho derivado, concretamente en la Directiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001. Su art. 4 estableció que «*Los Estados miembros garantizarán, de conformidad con el principio de cautela, la adopción de todas las medidas adecuadas para evitar los efectos negativos en la salud humana y en el medio ambiente que pudieren resultar de la liberación intencional o de la comercialización de OMG*» (72). En este caso, como en muchos otros, el principio se convierte en

(70) Frente a este entendimiento en Europa, en Estados Unidos, un mero riesgo potencial no justifica la intervención y sólo caben medidas restrictivas en caso de certeza científica. En dicha lógica, la carga de la prueba la tiene el consumidor, el perjudicado o el ciudadano. Téngase en cuenta que la eventual firma del TIIP, tendría como consecuencia el acercamiento a esta manera de interpretar jurídicamente las situaciones en las que la ciencia no ha resuelto definitivamente sobre la inocuidad o no de ciertas actividades o productos. Supondrá, de llegar a aprobarse, sin lugar a dudas, una rebaja en las garantías ambientales y de salud de las personas.

(71) *Vid.*, Declaración de Río (1992), Declaración de Bergen (1995), Convención de Helsinski (1992) y Convenio Ospar (1992).

(72) El considerando 8 de la Directiva advierte que el principio de precaución se ha tenido en cuenta en la elaboración de la Directiva y debe tenerse en cuenta al aplicarla. Ello evidencia la doble naturaleza que a partir de este momento comienza a reconocerse del principio, como principio y como regla.

regla, en obligación dirigida a los Estados. En consecuencia, a partir de este momento, su alcance —como principio político en todo caso o también como regla jurídica— dependerá del valor normativo que le otorgue, en su caso, la norma de derecho derivado que lo contempla. Además, debe tenerse en cuenta que estas normas pueden modular su alcance y limitar su aplicación sólo a supuestos de riesgos graves o irreversibles, llegando incluso a limitarse su aplicación cuando ello suponga un exceso respecto a lo que se considera un coste razonable. Por ello puede afirmarse que se hace patente una tendencia hacia una concepción economicista del principio de precaución (73).

Estos límites a los que se supedita su aplicación dificultan la consideración del principio de precaución en todo caso como una regla, aunque es cierto que, paulatinamente, como consecuencia de las demandas sociales, estas barreras van desapareciendo, convirtiéndose prácticamente en un principio de comportamiento. En relación con ello, existen diversos criterios que pueden guiar el manejo de la incertidumbre, y que pueden servir para valorar su correcta aplicación (74). El primero, que prima el resultado del análisis coste beneficio y que supone aplicar las medidas disponibles y más beneficiosas que costosas, viables económicamente (75) o razonablemente viables (76); o bien, el que incluye, además, todas aquellas medidas disponibles de acuerdo con la tecnología más avanzada y con independencia de su coste (77).

La elección de uno u otro criterio, ya sí, va a ser una decisión política y podrá tener lugar en sede normativa y en sede aplicativa, según el nivel de armonización, si es que existe esta. En efecto, puede ser el legislador el que haga cristalizar el principio de precaución estableciendo medidas restrictivas en la propia norma, para lo cual el principio es tenido en cuenta por el legislador, o bien puede jugar como principio a tener en cuenta en sede aplicativa por la Administración competente (78). Bien el legislador, bien la Administración, deberán practicar un balance de riesgos, como sucede

(73) Recordemos cómo la Ley francesa de 2 de febrero de 1995 define el principio de precaución como aquél en virtud del cual la ausencia de certidumbre según el estado de la ciencia y de la técnica del momento no debe justificar la tardanza en la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente a un coste económicamente aceptable. A. GOSSEMENT (2003: 424)

(74) P. SALVADOR CODERCH y A. RUBÍ PUIG (2008:30 y 31).

(75) CAB: Cost & Benefit Analysis.

(76) ALARA: As Low As Reasonably Achievable.

(77) BAT: Best Available Technology.

(78) Pensemos cómo se controlan las declaraciones de utilidad pública o interés social que excepcionan un régimen jurídico, bien dirigidas a proteger el medio ambiente o la salud o bien dirigidas a la protección de otros intereses. Estas decisiones deben haber sido precedidas del estudio de los riesgos derivados de la excepción, incluido el riesgo de daños graves e irreversibles en situaciones de incerteza.

en ámbito médico cuando se decide aplicar un tratamiento u otro. Por este motivo, quizá la balanza se incline más a favor de la consideración del principio de precaución como un principio y no como una regla, y como tal encuentra su virtualidad como parámetro de control de dicha decisión normativa o administrativa. De este modo, en una fase posterior al balance de riesgos y la toma de decisión el principio de precaución como principio político mantiene su operatividad, ahora como parámetro de control, que servirá para controlar el ejercicio de la discrecionalidad a la hora de moderar intereses meramente económicos con intereses o consideraciones de salud y medio ambiente en la toma de decisiones. En este caso, vinculará sólo a los poderes públicos, mientras que, en el primer caso, esto es, como principio jurídico, podría vincular y ser invocado frente a sujetos privados. Su alcance, en suma, dependerá del diseño que del mismo se lleve a cabo por las normas que lo contemplen (79).

3. El principio de precaución como parámetro de responsabilidad por omisión

Independientemente de su cristalización en normas de derecho derivado, que como hemos señalado, disciplinen su alcance, el principio de precaución como principio general del Derecho ambiental puede servir de parámetro para imputar responsabilidad por omisión en caso de inaplicación en ámbitos de incerteza.

En relación con ello debemos traer a colación casos escandalosos que todavía se encuentran sin resolver adecuadamente, como los derivados del consumo de *Talidomida* o los contagios de SIDA como consecuencia de la

(79) Por otra parte, debe señalarse que la intensidad de las medidas que, en su caso, se acuerden o se decidan en aplicación del principio pueden resultar de diversa intensidad. Esto es, entre la autorización y la prohibición de una actividad o de un producto existen toda una gama de medidas que pueden suponer aplicar el principio de precaución, teniendo en cuenta, por ejemplo, colectivos más vulnerables, límites la exposición, controles, obligaciones, barreras o medidas correctoras. Además, para garantizar la efectividad del principio, resulta conveniente que exista cierta flexibilidad a la hora de elegir toda esta gama de medidas, pues ello permitirá que la autoridad que decide pueda, a la hora de realizar la previa evaluación de riesgos, tenga en cuenta los avances científicos sin necesidad de esperar a que éstos sean internalizados por el legislador, habida cuenta de las dificultades que este encuentra a la hora de agravar la normativa como consecuencia de la acción de los grupos de presión. Sobre la incidencia del principio de precaución sobre la responsabilidad civil de los sujetos privados, *vid.*, A. GOSSEMENT ARNAULD (2003: 29-41). En contra de la ampliación del ámbito de aplicación del principio de precaución se muestra F. EWALD (2011). Sobre loobies y negociación de normas, *vid.*, J. PONCE SOLÉ (2015); M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ y F. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2014:353-376); E. GUICHOT REINA (2011: 8 y 9) y J. F. GARCÍA (2008: 107-134).

práctica de transfusiones (80), entre otros. Los sistemas de responsabilidad, y buena muestra de ello es la STS (Sala de lo civil) de 20 de octubre de 2015, que confirma la SAP de Madrid sobre los daños ocasionados por el consumo del medicamento *Grünenthal* (conocido comúnmente por *Talidomida*), no han estado preparados para responder en estos casos, en los que la ciencia ha tardado tiempo en demostrar la relación de causalidad entre el consumo de medicamentos y los daños, en la medida en que la aplicación del breve plazo de un año de prescripción de la acción de responsabilidad fijado en las normas ha resultado manifiestamente insuficiente (81), por lo que el riesgo aceptado no coincidía con el riesgo aceptable si en su configuración se hubiera incorporado la dimensión temporal de los daños de la mano del principio de precaución (82). Detrás del desconocimiento del principio de precaución se producen dramas a diario como el contagio del virus del SIDA a personas hemofílicas y transfundidas, los referidos de la *Talidomida* o como consecuencia del consumo de mercurio presente en el pescado, entre otros daños ¿Se actuó conforme a las recomendaciones del Consejo de Europa en todos estos casos, esto es, respondiendo precautoriamente ante alertas tempranas? Es cierto

(80) Recuérdese que las primeras manifestaciones del principio se producen en los diversos ordenamientos como consecuencia de desastres de este tipo, como la controvertida Ley francesa 98-389, de 19 de mayo, la Ley alemana del medicamento, de 24 de agosto de 1976 (*Arzneimittelgesetz –BGBI. I 2445– AMG*) y la Ley alemana de responsabilidad civil por productos defectuosos, de 15 de diciembre de 1989 (*Produkthaftungsgesetz –BGBI. I 2198– ProdHaftG*) o la ya derogada Ley española 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y el hoy Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias e incluso el art. 141 de la Ley 30/1992, después de la reforma operada por la Ley 4/1999, que mantiene su redacción intacta en la Ley 39/2016. Interesa destacar cuál fue entonces la respuesta del El TJCE, en sentencia de 25 de abril de 2002 (Asunto C-52/00, Comisión c. República Francesa), pues se consideró que el Derecho comunitario no autoriza expresamente a los Estados miembros a adoptar o a mantener, en las materias que regula, disposiciones más estrictas para garantizar a los consumidores un grado de protección más elevado, *por lo que respectaba a la exención relativa al estado de los conocimientos técnicos y científicos en el momento en que el producto se puso en circulación*, sentencia que motivó la reforma introducida por la Ley 2004-1343, de 9 de diciembre, suprimiendo el requisito adicional de que el productor, para la exclusión de su responsabilidad, debía probar que había adoptado las medidas adecuadas para prevenir las consecuencias de un producto defectuoso.

(81) En sede ambiental, como es sabido, como consecuencia de la armonización operada por la Directiva de responsabilidad ambiental, el ordenamiento español ha establecido un plazo de prescripción más acorde.

(82) Repárese en que se trata de los daños sufridos por las generaciones futuras que no han participado en la aceptación del riesgo y que, por resultar titulares de derechos, deben tener garantizada su defensa. Sobre esta cuestión, relativa a los derechos de las generaciones venideras, *vid.* B. SORO MATEO (2012).

que el riesgo cero es imposible (83), pero parece estar generalizándose en algunos ordenamientos la presunción de inocuidad de las nuevas tecnologías como regla general.

Pues bien, puede entenderse que desde la formulación del principio de precaución, la nueva técnica no debe legítimamente beneficiarse de una presunción de inocuidad (84), de modo que la recepción del principio de precaución supone que la aprobación de sustancias como mal menor, antes de descartarse su inocuidad, y atendiendo exclusivamente el interés económico de las empresas, no es conforme con el principio. Se trata, por lo demás, de situaciones similares a las que pueden darse en el futuro como consecuencia de la aplicación de tecnologías y del uso o consumo de productos sobre los que existe incerteza respecto de los riesgos que implican tanto para la salud como para el medio ambiente (85).

No obstante, puede constatarse que, aunque el principio de precaución viene siendo invocado por alguna normativa (86) y a pesar de sus trascendentes efectos cuando se aplica, tiene una eficacia práctica aún limitada, pues se encuentran dificultades a la hora de invocarlo directamente frente a la pasividad de los poderes públicos como parámetro para imputar responsabilidad (87).

(83) Como advierte M. A. GUIRADO ESPINOSA (2015:21) en relación con la energía nuclear, *«Pero, y seamos claros en esto, es cierto que no podemos permitirnos un riesgo cero en ninguna tecnología, ya que nos haría volver a situaciones de vulnerabilidad casi «prehistóricas». Sin embargo, la cuestión es si debemos aceptar incluso ese nivel ínfimo tal y como nos indican los expertos de riesgo ante algo tan incontrolable, destructor e irreversible como los accidentes nucleares de Chernóbyl y Fukushima».*

(84) M. RÉMOND-GOUILLOD (1999: 12-16).

(85) En este sentido, y como señala RECUERDA GIRELA (2014: 189), *«Como se puede deducir, la idea nuclear del principio de precaución es que la existencia de incertidumbre científica sobre un riesgo verosímil (no meramente hipotético) no debe servir de justificación de la inacción de los poderes públicos, ni debe ser excusa para postergar sine die la adopción de medidas de protección de la salud o del medio ambiente, ya que si se espera a tener certeza sobre el riesgo, entonces puede ser demasiado tarde para evitar los daños, y quizás estemos ante daños irreversibles, irreparables, catastróficos y globales».*

(86) Caso, por ejemplo, de la de la Directiva 2009/128 sobre OMG.

(87) En relación con ello, resulta interesantísima una Sentencia francesa de la que da cuenta TORRE SCHAUB (2006: 317-338), del *Tribunal de distrito de Bourgoin Jallieu*, de 4 de junio de 2006. En el caso objeto de examen el agua suministrada cumplía con los niveles de pesticidas permitidos. No obstante, no se informó de que no debía ser bebida por niños y embarazadas. El juez entiende que su consumo puede causar trastornos hormonales y cáncer, por lo que condena a indemnizar por el mero consumo, sin esperar a la materialización del daño a la salud, pues es la eventualidad lo que se compensa, a pesar de que el riesgo real se discuta científicamente. Se trata de compensar la incertidumbre, de reparar riesgos derivados de la exposición a la contaminación (nanopolución) sobre los que la ciencia está dividida. Esta sentencia evidencia una nueva etapa en el pensamiento doctrinal francés en torno a la responsabilidad ambiental. La ley francesa de responsabilidad ambiental, de 1 de

En efecto, el principio de precaución aconseja a los poderes públicos la previa información, como herramienta para evadir posteriores reclamaciones de responsabilidad, independientemente de quién sea el responsable del daño ambiental, que es otra cuestión.

Por otra parte, pero muy en relación con lo anterior, resulta relevante constatar cuál es la versión del principio de precaución por parte de las aseguradoras de responsabilidad civil, siempre preocupadas por adelantarse a los eventuales daños y riesgos que pueden derivarse de las actividades y productos asegurados. Pues bien, en el caso de la contaminación electromagnética, recordemos que la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre las consideraciones sanitarias relacionadas con los campos electromagnéticos, dirige una serie de apelaciones a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias para que apliquen el principio de precaución en este ámbito, recordando que las aseguradoras excluyen los daños generados por los CEM de sus pólizas de responsabilidad civil. Ello no es sino una evidencia de la aplicación de una propia versión del principio de precaución, más acorde con los criterios más garantistas de evaluación de riesgos que, en caso de duda y mientras ésta se mantenga, aconsejan resolver el conflicto a favor de la solución más acorde con la protección de la salud o el medio ambiente.

agosto de 2008, define daño ambiental como daño causado directamente a una persona o al medio ambiente o a sus bienes, a diferencia de la Ley española, que excluye los daños personales, lo cual supone un avance en relación con el plazo de prescripción de la acción civil en derecho español, demasiado corto y que impide reclamar en ocasiones a la empresa causante del daño a la salud. Además, es posible obtener una indemnización por daños personales derivados de daños ambientales invocando la aplicación del derecho común ex arts. 1382-1386 del Código Civil francés. Tampoco, por otra parte, faltan pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen la reparación del daño ecológico en el ámbito de la responsabilidad civil común (Sentencia del Tribunal de Casación, de 25 de septiembre de 2012), aunque por lo general los Tribunales encuentran falta de base jurídica para condenar a los autores de los daños ambientales. Por lo demás, se discute ahora la introducción de un nuevo art. 226-1 en el Código Civil que establezca un plazo de prescripción de 10 años, desde la fecha de conocimiento o de haber debido conocer los daños al medio ambiente en todo caso, dada la limitada aplicación del plazo de 30 años derivado de la Directiva de responsabilidad ambiental. Asimismo, el grupo de expertos que estudia la reforma del régimen de responsabilidad ambiental ha recomendado la especialización judicial en materia ambiental, reservando la competencia sobre estos asuntos a Tribunales superiores. Los puntos clave son, pues, competencia y especialización, imparcialidad de expertos y facilitar la financiación. También se estudia la posibilidad de modificar el Código civil para incluir las modalidades de reparación primaria, complementaria y compensatoria. Además, si la reparación es sobre un bien común, esto es, de dominio público, la reparación tiene que ser objeto de un control más estricto (administrativo, del fondo de reparación y judicial). Se plantean algunas excepciones a la reparación in natura, en casos de imposibilidad legal, cuando el daño deriva de actividades autorizadas, o de imposibilidad material, cuando se trata de la pérdida de una especial, dejando también cierto margen para excluir la reparación in natura cuando las medidas reparadoras tengan un coste desproporcionado. Cfr. L. MAZEAU et M. TORRE SCHAUG (2014).

Finalmente, resta por referirnos a la operatividad del principio de precaución en relación con los sistemas de responsabilidad sin falta. Como es sabido, el concepto de riesgo está muy desarrollado en los sistemas jurídicos que contemplan una responsabilidad objetiva o sin falta. No obstante, deben distinguirse distintos tipos de riesgos, para comprender cuáles son las aportaciones del principio de precaución a la institución de la responsabilidad pública. Así, por una parte, se encontrarían los riesgos conocidos, que se contrapondrían a aquellos totalmente imprevisibles. Podría utilizarse, por ejemplo, un criterio estadístico o los resultados de un estudio toxicológico, aunque no se haya establecido en este último caso una relación de causalidad entre la actividad o el producto y el daño concreto.

4. La necesaria distinción entre ignorancia e incerteza y la relevancia de la alerta temprana

En relación a aquellos riesgos totalmente imprevisibles, sobre los que no se dispone de una literatura científica en la cual fundar una política de prevención, nos planteamos si debe la prudencia perjudicar el desarrollo, con el fin de evitar, a toda costa, el daño y, en su caso, el surgimiento de responsabilidad. Este debate se produjo en Francia a finales de los años ochenta y durante los noventa, en relación con los riesgos derivados de los métodos terapéuticos nuevos, en sede de responsabilidad sanitaria (88). La Ley de 20 de diciembre de 1988 («Loi Huriet»), incorporada al Código de la Salud Pública, distinguió al respecto dos supuestos distintos. Por una parte, la investigación biomédica que no se dirigía a la consecución de un beneficio directo para la persona que participaba en el ensayo clínico. Por otro, aquellos supuestos en los que los participantes en el ensayo terapéutico sí resultaban beneficiarios directos de la investigación. Pues bien la referida ley aparejaba sistemas de responsabilidad distintos en ambos casos y así, en el primero, se asume de manera objetiva la indemnización de las consecuencias perjudiciales derivadas de su investigación sufridas por las personas que participan en el ensayo, mientras que en el segundo caso, la indemnización le corresponde al promotor, salvo que demuestre que el daño no es consecuencia de la investigación, de suerte que la víctima no tiene que demostrar la falta por defecto de precaución para tener reconocido el derecho a indemnización. Así, en sistemas de responsabilidad objetiva, bien se presume la falta, bien se aprecia el riesgo como desencadenante de la responsabilidad. Según SCHAEGIS CHYSTELLE (1998: 221), las presunciones son una respuesta perfectamente adaptada a la incertidumbre y el riesgo generados por el progreso científico. De este modo, el

(88) CH. DEBOUIS (1997: 335).

mecanismo de la presunción exonera a la víctima de la carga de la prueba. En cambio, en un sistema de responsabilidad por falta o subjetivo, no estarán previstos todos los riesgos provocados por el progreso científico y técnico y que pueden tener una incidencia sobre la salud o el medio ambiente. En este segundo caso, los riesgos presentes son asumidos por la colectividad y, en caso de materializarse, merecerán una respuesta solidaria a través de las medidas providencialistas que arbitre el Estado. Otras veces, como sucede en materia sanitaria, el consentimiento informado sobre los riesgos derivados de los tratamientos e intervenciones sirve para apreciar la inexistencia de responsabilidad por falta (89).

De este modo, comprobamos cómo, según este entendimiento, hipótesis no confirmadas o simples suposiciones exigen un comportamiento debido de la Administración. En el momento en que ve la luz la primera alarma habrá que observar cuál ha sido el comportamiento de la Administración, no mereciendo el mismo tratamiento una situación de ignorancia y una situación de incertidumbre en relación a un riesgo. La incertidumbre es una fase intermedia entre la ignorancia y la certidumbre sobre un riesgo. Esta cuestión es fácil de entender si la ilustramos con el ejemplo de la incertidumbre que rodeó a la determinación de las transfusiones como vías de contagios del SIDA. Si el informe científico en el que se determinó dicha virtualidad fue de 22 de noviembre de 1984, el período anterior a esta fecha fue un período de incertidumbre científica y no de ignorancia. Los períodos de ignorancia son aquellos en los que no se dispone de ningún indicador sobre la existencia de un riesgo. En consecuencia, la Administración debía haber adoptado medidas de precaución precisamente en la etapa anterior a 1984, resultando relevante definir con precisión la fecha en que se abre y cierra cada una de estas etapas de conocimiento en relación con los riesgos.

Por último, señalar que cuando se aborda la temática de los riesgos, de la incertidumbre científica y del principio de precaución no se está reparando en

(89) No obstante, la jurisprudencia francesa sobre responsabilidad jamás se refiere directamente al principio de precaución como fundamento para apreciar aquella, por dos razones. En primer término, porque supedita la virtualidad del principio a que el coste de las medidas omitidas sea económicamente aceptable, en el bien entendido de que el coste al que se refiere la norma apela al principio de proporcionalidad. GOSSEMENT (2003) puso de relieve cómo aunque a nivel político y mediático se invoca el principio, en cambio, son pocas las resoluciones judiciales que lo aplican directamente, aunque es cierto que aplican algunos de sus elementos sin citarlo en relación a riesgos sanitarios desconocidos y como fundamento de los regímenes de responsabilidad objetiva. Recordemos cómo la Ley de 2 de febrero de 1995 define el principio de precaución como aquél en virtud del cual la ausencia de certidumbre según el estado de la ciencia y de la técnica del momento no debe justificar la tardanza en la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente a un coste económicamente aceptable.

un aspecto que a mi juicio resulta fundamental, que es la posibilidad constatada de lo que podríamos denominar «certidumbre errónea». Productos, fenómenos o procesos sobre los que existe certidumbre, más o menos consensuada, sobre su inocuidad para la salud y el medio ambiente, en un momento dado, se descubre que no lo son. En estos casos no ha podido entrar en juego la aplicación del principio de precaución. Por ello, la excusa de esperar a que la voz de alerta se confirme con resultados irreversibles no siempre resulta aceptable, en tanto que modo de proceder por parte de los poderes públicos.

IV. INCERTIDUMBRE Y RIESGO: DE QUIÉN ES LA RESPONSABILIDAD. NUEVOS ENFOQUES DESDE EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Son muchos los interrogantes que se dan cita en este contexto. Si partimos de un bajo nivel de protección, de una interesada interpretación de la certidumbre —aunque existan voces disonantes— de una poco transparente gestión del riesgo ¿cuál es la posición de la víctima a largo plazo? Nos preguntamos entonces si es la responsabilidad la mejor institución para resolver estas situaciones y, en caso afirmativo también sobre quién debe soportar la responsabilidad de los daños derivados del desarrollo en situaciones de incertidumbre o de certidumbre cuando acontecen daños imprevisibles según el estado de la ciencia. Pueden ofrecerse dos conocidas respuestas. Una posible opción es responsabilizar a la sociedad en su conjunto, conforme a la teoría de la socialización de riesgos. Por otra parte, también resulta legítimo, en aplicación del principio quien contamina paga, imputar la responsabilidad al sector económico titular del producto o de la actividad económica que genera el daño.

Para decantarnos por una u otra postura, debemos volver a la diferente incidencia del principio de precaución sobre la elaboración del derecho y sobre la legalidad de las decisiones públicas, que será apreciada por los Tribunales, comunitarios, constitucionales y administrativos, y que nos obligaría a los ciudadanos a judicializar el ataque frente a normas, omisiones del legislador o actuaciones administrativas que desconocen el principio cuando sea aplicable, camino complejo, como se ha tenido ocasión de comprobar, habida cuenta de la problemática competencial y del celo de las instituciones y Administraciones a la hora de adoptar decisiones impopulares para los lobbys (90).

Además, son varios los principios que se dan cita en este contexto y que pueden servirnos para reflexionar sobre esta cuestión. Así, para JORDI JARIA I MANZANO, es el principio de seguridad jurídica el que parece que, a su juicio, debe trazar la frontera de la responsabilidad. Así, observa el autor que «El

(90) A. GOSSEMENT (2003).

Estado de Derecho se manifiesta, en este contexto, a través del principio de responsabilidad, según el cual los riesgos que se materializan a través del cumplimiento del Derecho son asumidos por la comunidad, mientras que los que se concretan como consecuencia de la violación del Derecho son asumidos por el infractor, haciéndose efectiva la seguridad jurídica, que, probablemente, sea el elemento fundamental del Estado de Derecho» (91). Llevado hasta sus últimas consecuencias, este entendimiento implica que la seguridad jurídica, como principio general del derecho, justifica la imposibilidad de imputar responsabilidad cuando el daño se ocasiona como consecuencia del ejercicio de una actividad autorizada o se deriva del consumo o utilización de un producto autorizado. En relación con ello, puede ser traído a colación el antiguo art. 141 de la Ley 30/1992, hoy art. 34 de la Ley 40/2015 (92), según el cual, al disciplinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se establece que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

A nuestro juicio, y a la luz de todo lo analizado, la incertidumbre nos obliga a repensar la diferencia entre responsabilidad por daño y responsabilidad por riesgo. Así, debe distinguirse entre la incertidumbre científica que implica la realización de un daño y la incertidumbre científica que implica la determinación de un comportamiento que dio lugar a la producción de un daño. En el primer caso, el principio de precaución enriquece el principio de responsabilidad, mientras que en el segundo caso el principio de precaución empobrece el régimen de la responsabilidad por riesgo para volver al principio de responsabilidad por negligencia (93). Hasta ahora hemos visto que, en ámbitos de incertidumbre, el Derecho comunitario suele conceder a los Estados miembros libertad para adoptar medidas tendentes a garantizar la salud y la indemnidad del medio ambiente, para alcanzar el nivel de calidad de ambos derechos previamente fijado. Estas decisiones, inspiradas en el

(91) J. JARIA I MANZANO (2009:121).

(92) «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

(93) G. MARTÍN (2000: 6-12).

principio de precaución, deben basarse en una previa evaluación del riesgo, la cual es realizada por el sector científico, del que se predica una necesaria independencia, competencia y experiencia e incluso la posibilidad de responsabilizarlo (94). Y ello en aras de una impermeable adopción de decisiones

(94) Porque, de quién es la responsabilidad de las organizaciones científicas internacionales en las que se basan las soluciones arbitradas por el Derecho comunitario o de las agencias nacionales, en las que también se basan decisiones normativas y administrativas en ámbitos de incertidumbre en defecto de armonización o en situaciones excepcionales en las que cabe tomar la iniciativa a los Estados miembros. COTI VARELA (2011:34 y 49) ofrece una respuesta negativa a este interrogante, en la medida en que éstas organizaciones que integran el sector científico no adoptan decisiones definitivas, sino que sólo ofrecen recomendaciones. No obstante, es cierto que, por ejemplo, la OMS está controlada por los Estados miembros, y, sobre este extremo el autor denuncia que no se difunde la identidad de los comités de expertos, que existe una opacidad del procedimiento de conflicto de intereses y que los lobbies encuentran demasiada facilidad para introducir sus argumentos en los discursos de la OMS. De todos los conflictos de intereses presentes en la OMS, el autor se refiere a los que se producen entre intereses públicos y privados, destacando que estos últimos se introducen en la OMS a través de canales encubiertos como la financiación y las reuniones informales de expertos que trabajan para laboratorios. Denuncia, asimismo, que no se publican las declaraciones de inexistencia de conflictos de intereses ni de la composición de los Comités de urgencia, lo cual es una evidencia de la finalmente contaminada decisión de la OMS, consecuencia lógica de la privatización progresiva de la ciencia y de la pérdida de control del Estado sobre las organizaciones internacionales científicas. En este sentido apunta que, siendo EE. UU. el Estado que más contribuye a la financiación de la OMS, es normal que este estado y su industria tenga tanta influencia. El autor propone, para reducir los conflictos de intereses en el seno de la OMS, esto es, para incrementar su independencia, que los Estados miembros incrementen su financiación (consiguiendo de este modo que se reduzca la financiación privada reduciendo así la influencia del sector) e incrementar la transparencia de la OMS sobre financiación y requisitos exigidos a los donantes, mejorando asimismo los procedimientos de evaluación de conflictos de intereses de los científicos y publicando íntegramente las opiniones de los expertos, en lugar de resúmenes generales. Sobre la fiabilidad de los expertos y la fragilidad de las ciencias de la vida abunda M-F. DELHOSTE (2000: 70-71). Para que la EFSA, y las agencias que evalúan riesgos, sean independientes es preciso que los intereses que puedan tener sus asesores científicos no influyan en el sentido de las evaluaciones. Esto se trata de garantizar, en el caso de la EFSA, por medio de declaraciones de intereses que se publican periódicamente para que puedan ser conocidas por todos. RECUERDA GIRELA, por su parte (2014: 174), advierte que *«El art. 5.2 LSAN establece que «en la gestión del riesgo, que se llevará a cabo de manera coordinada entre las autoridades competentes, deberán tenerse en cuenta, el principio de cautela, los resultados de la evaluación del riesgo, en especial, los informes y dictámenes emanados de la AESA, de la AESAN y de los organismos equivalentes de las comunidades autónomas. Recuérdese en sede de transparencia que el art. 38 del Reglamento (CE) 178/2002 obliga a hacer públicos los órdenes del día y las actas del Comité Científico y de las comisiones técnicas científicas de la EFSA, haciendo constar siempre las opiniones minoritarias, la información en la que se basen sus dictámenes, las declaraciones anuales de intereses hechos por sus miembros, los resultados de sus estudios científicos, el informe anual sobre sus actividades, y las peticiones de dictamen científico formuladas por el Parlamento Europeo, la Comisión o un Estado miembro que se hayan desestimado o modificado, y los motivos de la denegación o modificación».*

de conformidad con el estado real de los conocimientos científicos resultado de la producción científica independiente procedente de todos los canales de información disponibles. En este sentido, la diligencia que se le debe exigir a los poderes públicos, cuando están en juego derechos humanos es la máxima posible a la hora de hacerse con el estado del conocimiento científico (95).

No obstante, sabemos que los poderes públicos también van a tener en cuenta otras variables como la opinión pública y el análisis coste-beneficio de las medidas arbitradas. De este modo, puede apreciarse una parte política en la decisión, esto es, una parte no científica que complicará el control de la discrecionalidad y por tanto la posible imputación de responsabilidad por omisión, cuestión a la que ya nos hemos referido *supra*, pero sobre la que merece la pena detenerse en este orden de cosas.

Sobre el carácter político de las decisiones públicas en ámbitos de incerteza ya incidió la *Comunicación sobre el recurso al principio de precaución* de febrero de 2000, que se dirigió a ofrecer las pautas a seguir en la aplicación del principio, para orientar a las Instituciones de la Unión, así como a los Estados, insistiendo precisamente en que el nivel de riesgo que se estima «tolerable» o «aceptable» por una cierta sociedad debe ser fijado previamente por la autoridad pública (96). A esta cuestión se refiere la Comisión, señalando que «*Los responsables de la decisión deben ser conscientes del grado de incertidumbre inherente al resultado de la evaluación de la información científica disponible. Juzgar cuál es el nivel de riesgo «aceptable» para la sociedad es una responsabilidad eminentemente política. Frente a un riesgo inaceptable, una situación de incertidumbre científica o la inquietud de la población, los políticos están obligados a encontrar respuestas, por lo que deben tener en cuenta todos estos factores. En algunos casos, la respuesta correcta podrá ser la decisión de no actuar, o al menos de no adoptar una medida jurídica obligatoria. En caso de optar por la acción, existe una amplia gama de iniciativas posible, que van desde una medida jurídicamente vinculante hasta un proyecto de investigación o una recomendación. El procedimiento de toma de decisión debe ser transparente, y en él deberán participar todas las partes interesadas lo antes posible y en la medida en que sea razonablemente viable.*».

En caso de que se considere necesaria la acción, las medidas basadas en el principio de precaución deberán cumplir una serie de requisitos que ya

(95) Como ha entendido RECUERDA GIRELA (2014: 172) «*Los científicos deben ser asesores en los aspectos técnico-científicos de la regulación alimentaria. Ni toda la regulación alimentaria se constriñe al conocimiento técnico-científico, ni la ciencia es el único criterio que han de seguir las normas alimentarias. Sin duda, la investigación científica, con sus luces y sus sombras, tiene un peso muy importante en la decisión política.*» Sobre el condicionamiento del poder político de parte de la investigación científica, *vid.* J. ESTEVE PARDO (2009: 60).

(96) C. CIERCO SEIRA (2004:110).

conocemos (97), combinando lo científico y lo político y evitando una deriva «cientifista» a la que se refiere ESTEVE PARDO, huyendo de ese «romance inconsistente» entre la incertidumbre y el derecho» (98). Mas no se debe caer en el mito del método como advirtió SEILHA JASANOFF en «*El Derecho y la ciencia en acción*». En relación con ello, resulta interesante recurrir a las reflexiones que suscita el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (Corte Suprema, EE.UU., 1993), en el sentido de que los poderes públicos, a la hora de fijar estos niveles de tolerancia, se van a ver indefectiblemente influidos por los valores sociales y políticos que prevalecen en una sociedad, la cual, en puridad, debería participar en la decisión sobre cuál es el nivel de protección ambiental y de salud quiere. No obstante, incluso en los sistemas democráticos resulta complicado garantizar esta participación. Las autoridades deben seguir, por ello, procedimientos transparentes y propiciar la participación de todas las partes interesadas en la fase más temprana posible. Ello ayudará a los responsables políticos a adoptar medidas legítimas que puedan lograr el nivel elegido por la sociedad para la protección de la salud o del medio ambiente (99).

En conclusión, aunque puede apreciarse una parte política en las decisiones en ámbitos de incerteza, esto es, una parte no científica que complicará

(97) Proporcionalidad al nivel de protección elegido, no discriminatorias en su aplicación, coherentes con medidas similares ya adoptadas, basadas en el examen de los posibles beneficios y los costes de la acción o de la falta de acción (y pueden incluir un análisis económico coste/beneficio cuando sea conveniente y viable), sujetas a revisión, a la luz de los nuevos datos científicos, y capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa. La proporcionalidad, que significa la adaptación de las medidas al nivel de protección elegido, la reducción del riesgo hasta el nivel cero raramente es posible, pero una evaluación incompleta del riesgo puede reducir el abanico de opciones posibles para los gestores del riesgo. La prohibición total puede no ser una respuesta proporcionada a un posible riesgo en todos los casos, pero en algunos es la única respuesta posible ante un riesgo dado.

(98) J. ESTEVE PARDO (2009 Y 2012: 108). Advierte el autor, con tono crítico que «el derecho y sus juristas, mostrando una vez más su propensión al autismo, parecen no haber percibido el cambio de posición de la ciencia y todavía mantienen por ella una fascinación que ya no se da en sus propios cultivadores» (p. 108).

(99) Sobre la importancia de la opinión pública en este tipo de decisiones en ámbitos de incerteza, *vid.*, J. CORTI VARELA (2015: 108). Apunta que «*el hecho que la evaluación de riesgos ambientales la haya realizado una agencia con poca o ninguna experiencia en el ámbito medioambiental no ayuda a convencer al público en general sobre la pertinencia y seriedad del proceso. Además, el proceso de consulta pública ha demostrado que en la sociedad americana hay un rechazo mucho más fuerte que el inicialmente imaginado contra los animales genéticamente modificados destinados a la alimentación humana. Es más, varias cadenas de supermercados como Trader Joe's, Aldi y Whole Foods han dicho que iniciarán un boicot contra el salmón AquAdvantage para garantizar que éste no se venda en sus tiendas.* En el ámbito de los fitosanitarios, puede verse G. THEVENOT (2014).

el control de la discrecionalidad y por tanto la posible imputación de responsabilidad por omisión, la decisión pública sobre el riesgo permitido no debe basarse exclusivamente en el conocimiento científico existente, sino que debe venir acompañada de una reflexión ética, en la medida en que el principio de precaución tiene la virtualidad de transformar el contenido de la responsabilidad jurídica, que exige actuación y respuesta en casos de incertidumbre tan pronto como sea posible (100).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2015): «La fractura hidráulica [“Fracking”] ante el Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 299, pp. 131-188.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel y MONTALVO JÄSKELÄINEN, FRANCISCO (2014): «Los lobbies en el marco de la Unión Europea: una reflexión a propósito de su regulación en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 353-376.
- AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, Juan Manuel (2014): «El agua, sin gas, por favor: la controversia jurídica en torno al “fracking” en España», en *Extoikos*, núm. 15, pp. 35-44.
- BAGHESTANI-PERREY, Laurenze (2005): «Le principe de precaution en droit positif», en LARCENEUX, André y BOUTELET, Marguerite, *Le principe de precaution. Débats et enjeux*, Societes Editions Universitaires Dijon, pp. 181-183.
- (2000): «La valeur juridique du principe de précaution», *Revue Juridique de l’Environnement*, Volume 25, num. 1, pp. 19-27.
- CIERCO SEIRA, César (2004): «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp.73-126.
- CORTI VARELA, Justo (2015): «Implicaciones de la reciente autorización de comercialización para el consumo humano del salmón modificado genéticamente», en *IUS ET SCIENTIA*, Vol. 1, núm. 1, pp. 93-109.
- (2011): «Quelles responsabilités pour les décisions des organisations scientifiques internationales», en AA. VV., *Droit, Sciences, et techniques, quelles responsabilités? (Actes du colloque international organisé les 25 et 26 mars 2011 par le Réseau Droit, Science et techniques au Palais du Luxembourg à Paris)*, Lexis Nexis, 2011.

(100) STJUE *Pficer-Conseil*, de 11 de septiembre de 2002 (C-13/1999).

- DEBOUIS Christian (1997): «Le droit français de la responsabilité administrative: métamorphose ou permanence», en *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*.
- DELHOSTE Marie-France (2000): «Le langage scientifique dans la norme juridique», en AA. VV., *Incertitude juridique incertitude scientifique*, en *Les cahiers du crideau*, num. 3, Pulim.
- EMBID TELLO, Antonio Eduardo (2009): «El principio de precaución», en SANTA-MARÍA PASTOR, Juan Alfonso (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, LA LEY, Madrid.
- ESTEVE PARDO, José (2012): «El Derecho y los Poderes Públicos ante las crecientes incertidumbres de la ciencia», *Revista de Derecho Administrativo*, Perú.
- (2009): *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid.
- EWALD, Francois (2011): «La précaution, une responsabilité de l'Etat», *Le Monde*, 11 de mars 2011.
- FERNANDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2015): «Aspectos ambientales de la explotación de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 31, pp. 31-76.
- GARCÍA, José Francisco (2008) «Modelos de regulación del lobby en Derecho comparado», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, pp. 107-134.
- GARCÍA VIDAL, Ángel (2015): «Directiva (UE) 2015/412 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, por la que se modifica la Directiva 2001/18/ce en lo que respecta a la posibilidad de que los estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de organismos modificados genéticamente (OMG) en su territorio», *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 1-4.
- GOSSEMENT, Arnauld (2003): *Le principe de précaution: essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*, L'Harmattan.
- GUICHOT REINA, Emilio (2011): «Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas», *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 170, pp. 1-68.
- GUIRADO ESPINOSA, Miguel Ángel (2015): «La aplicación del principio de precaución en el sector energético nuclear. La dialéctica entre garantía de suministro y riesgo», en *Revista catalana de Dret Ambiental*, Vol. VI, núm. 1, pp. 1-43.
- JARIA I MANZANO, Jordi (2008): «El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006», en PIGRAU I SOLÉ, Antoni (coord.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del convenio de Aarhus*, Atelier, pp. 119-148.

- JORDANO FRAGA, Jesús (2015): «El *fracking* en el estrado: recogiendo el guante verde arrojado por el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas», en esta REVISTA, núm. 45-46, pp. 9-34.
- LE MESTRE, Renan (1998): «L'extension de la responsabilité hospitalière sans faute [À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat (Section du contentieux) du 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles], *Revue juridique de l'Ouest*, Volume 11, num. 1, p. 35-47.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., (2013), «La libre circulación de mercancías», en AA. VV., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Tomo VI, Aranzadi, Pamplona, pp. 133.
- LOPEZ RAMÓN, Fernando (2014a): «Introducción general en la polémica del *fracking*», en LOPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales*, Aranzadi, págs. 49-60.
- (2014b): «En la polémica del “*fracking*”», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 29, 2014, pp. 9-18.
- MARTÍN, Guilles (2000), «Apparition et definition du principe de précaution», en *Les Petites Affiches (LPA)*, 30 noviembre 2000, núm. 239, pp. 6-12.
- MAZEAU Laurène et TORRE SCHAUG, Marta (2014), «Responsabilité», en *Cahiers Droit, Sciences et technologies*, num. 4, pp. 267-275.
- NAIM GESBERT, Eric (2013): «Le monde de la précaution», en *Revue juridique de l'environnement*, núm. 3, pp. 590-591.
- (1999) *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, VudPress et Bruylant,.
- NGO Mai-Anh et CHARLIER, CHRISTOPHE (2013): «Le choix du non-OMG dans un contexte de coexistence», en *Revue juridique de l'environnement*, núm. 4, pp. 613-623.
- PIGRAU SOLÉ, Antoni (2009): *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona.
- PONCE SOLÉ, Juli (2015): *Negociación de normas y lobbies*, Aranzadi.
- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (2014) «Los principios generales del derecho alimentario», en *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. n° 26, enero-junio 2014, pp. 167-190.
- RÉMOND-GOUILLOD, Martine(1999): «On parle de risque Zéro», en *Acte du colloque risque zéro*, Naville Léroche, in 25-26 juin 1999, pp. 12-16.
- ROSA MORENO, Juan (2016): «Relevancia ambiental del *fracking*. Reacción normativa europea y estatal», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, pp. 377-408.

- SADELEER, Nicolas (1999): «Le principe de proportionnalité: cheval de troi du marché intérieur», *Revue des affaires europeennes*, num. 3-4, 1999. pp. 379-388.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni. (2008): «Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales», *Revista InDret*, 1/2008, Barcelona, pp.1-69.
- SÁNCHEZ ARANA, Juan Diego (2014): *La fracturación hidráulica en la unión europea: estado de la cuestión*, Documento Marco 118/2014, IEEE.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: (2014): «Las claves jurídicas del debate sobre el fracking», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 1, pp. 1-38.
- (2013): «Los límites sanitarios frente a emisiones electromagnéticas», en ALENZA GARCÍA, JOSÉ, *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Aranzadi, Pamplona, pp. 175-194.
- SCHAEGIS, Chystelle (1998): *Progrés scientifique et responsabilité administrative*, CNR éditions.
- SERRANO, Marina (2016): «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Catalana “antifracking”», en *Diario La Ley*, N° 8803, Sección Tribuna, Editorial LA LEY.
- SORO MATEO, Blanca (2012): «Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del bioderecho. Especial referencia a los derechos de los animales y de las futuras generaciones», *Revista Via Iuris*, num. 13, 105-122.
- (2014a): «Reflexiones en torno a los derechos de las futuras generaciones» en CHIEFFI, Lorenzo y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (coords.), *Questioni di inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, CEBES-CIRB, pp. 109-118.
- (2014b) «Aportaciones del Bioderecho al derecho ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 29, pp. 49-76.
- THEVENOT, Gaël (2014): *De la prévention des risques au changement des pratiques agricoles : les limites du droit de la protection phytosanitaire*, Université Nice Sophia Antipolis.
- TORRE SCHUAB, Marta (2006): «Marché unique et environnement: quelle intégration?», en *Revue internationale de droit économique*, núm. 3, T. XX, pp, 317-338.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (2016): «“Bienvenido Mr. Fracking”: un pequeño análisis jurisprudencial», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, pp. 409-452.
- VIDAL, Cédric (2006): *Protection de l’environnement et libre circulation des marchandises*, Bruillant, Bruxelles.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN(*)

FRANCISCO JAVIER GALICIA MANGAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLATIVA DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN EN ESPAÑA.– III. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE INSPECCIÓN. LA ALTA INSPECCIÓN COMO FUNCIÓN DEL ESTADO.– IV. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE: 1. Constitución española de 1978. 2. Estatutos de Autonomía de las CC.AA. 3. Legislación estatal. 4. Normativa estatal de rango reglamentario. 5. Normativa propia de las CC.AA.– V. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA INSPECCIÓN: 1. Estructura. 2. Principios de organización del trabajo de la Inspección. 3. Régimen de funcionamiento de la Inspección.– VI. FUNCIONES DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN: 1. Función de supervisión y control. 2. Función de asesoramiento. 3. Función de evaluación. 4. Función de colaboración en la mejora continua de la práctica docente y de la función directiva. 5. Función de emisión de informes. 6. Otras funciones atribuidas a la Inspección por las Administraciones educativas dentro de su ámbito competencial. 7. Breve referencia a las implicaciones y modificaciones introducidas por la LOMCE.– VII. FACULTADES Y ATRIBUCIONES DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN: 1. Derecho de entrada a los centros. 2. Examen y comprobación de la documentación. 3. Deber de colaboración con la Inspección. 4. Otras facultades y atribuciones de la Inspección.– VIII. SOBRE LA ESPECIAL NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN.– IX. CONCLUSIONES.– X. BIBLIOGRAFÍA.– XI. ANEXOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIAL.

RESUMEN: *En el presente trabajo se estudia, a modo de introducción, el origen y evolución histórica de la Inspección de educación en nuestro país. Posteriormente, se aborda el régimen jurídico vigente de dicha institución, y de forma más detallada o concreta el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia, su estructura, organización y funcionamiento, las funciones, facultades y atribuciones, y la naturaleza de la institución estudiada.*

Palabras clave: Ciencias Jurídicas y Derecho; organización y dirección de las instituciones educativas; régimen jurídico de la Inspección de Educación.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de enero de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 13 de abril de 2017.

ABSTRACT: This work explores, as a kind of introduction, the origin and historical evolution of the Inspectorate of Education in our country. Later it deals with the existing legal regime of that institution in our country and, more specifically, the sharing competence between the State and the autonomous communities, related to the structure, organization, operation, functions, powers and attributions, and the nature of the studied institution.

Key words: Juridical Sciences and Law; organization and planning of educational institutions; legal framework of the Inspectorate of Education.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda alguna de que la Inspección de Educación en España forma parte de la Administración Pública. Este es, de hecho, el eje vertebrador del presente estudio. Abordo pues por ello, a través de este artículo, el régimen jurídico de la Inspección de Educación en nuestro país.

Este sistema o entramado de reglas se encuentra establecido en nuestro Ordenamiento en un conjunto de normas que abarcan desde la Constitución española de 1978 hasta la normativa estatal y autonómica de rango reglamentario, pasando por los Estatutos de Autonomía vigentes y la legislación estatal y autonómica, desarrolla por las normas reglamentarias anteriormente citadas.

Referirse al régimen jurídico de cualquier institución supone abordar preferentemente, como relata la exposición de motivos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, la regulación *ad intra* del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas, dejando al margen en cierto modo la ordenación de las relaciones *ad extra* de las Administraciones con los ciudadanos y empresas. Pero no podemos olvidar que, en el ámbito administrativo de actuación de la Inspección, las relaciones con los ciudadanos y administrados son fundamentales como garantía del ejercicio del derecho a la educación.

El objetivo prioritario del presente artículo no es detallar un listado ordenado y sistemático de leyes y reglamentos vigentes, fáciles de obtener o conseguir por otra parte en las bases normativas al uso, sino más bien mostrar y analizar, siquiera sea brevemente, algunas de las consecuencias más relevantes derivadas de la citada normativa que constituye el régimen jurídico vigente de la Inspección.

Comenzaré, como no puede ser de otro modo, por un breve estudio de sus antecedentes históricos, pues no conviene perder de vista de dónde procedemos para saber a dónde queremos llegar.

Dejo al margen en este caso lo que se está haciendo en otros países de nuestro entorno, que bien podría servirnos de referencia o modelo, pero que desbordaría los límites razonables de un modesto artículo divulgativo.

Como eje vertebrador de este artículo, abordaré el régimen jurídico vigente de la Inspección de Educación en nuestro país, y de forma más específica el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia; su estructura, organización y funcionamiento; las funciones, facultades y atribuciones de los inspectores; y la naturaleza jurídica de la institución.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLATIVA DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN EN ESPAÑA

Si bien algunos autores, siguiendo a Lorenzo LUZURIAGA (1), se remontan a una Real Cédula (2) de 1370 del Rey Enrique II como primer antecedente remoto de la Inspección con las figuras de los «veedores» y las «justicias», la cuestión ha sido ampliamente discutida o puesta en tela de juicio con posterioridad por Emilio COTARELO o Adolfo MAILLO, entre otros, con argumentos relevantes.

Pero no cabe duda alguna, según la doctrina, de que el hito fundamental para la creación de la Inspección fue el Real Decreto de 30 de marzo de 1849 (3), cuyo mayor acierto fue superar un sistema de inspección anticuado, de carácter gubernativo y localista, y establecer un Cuerpo de inspectores profesional, cuya misión debía centrarse en la orientación pedagógica de la enseñanza y la mejora y generalización de la misma, antes que en los aspectos meramente burocráticos, si bien no llegó a prever todavía el sistema de oposición como forma básica de ingreso en el Cuerpo de inspectores.

En este sentido, durante la segunda mitad del siglo XIX se produjeron sucesivos intentos (4) de transformar la libre designación de los inspectores en un sistema de acceso por oposición, garantizando así su independencia e inamovilidad, pero que no fructificaron hasta la promulgación del Real Decreto de 18 de noviembre de 1907, a partir del cual se estableció el tan ansiado acceso al Cuerpo de inspectores mediante el sistema de oposición y la inamovilidad en el cargo, aunque no en el destino.

(1) Vid. L. LUZURIAGA (1916: 1 a 9).

(2) Algunos lo identifican como Real Cédula, otros como Pragmática. Dicha norma fue seguida según los mismos autores de otras como una Real Provisión de Carlos V de 1553, dos Reales Cédulas del Rey Felipe II de 1573 y 1588, respectivamente, y una Real Cédula de Felipe III de 1609.

(3) Para una exposición más completa y detallada del origen y evolución histórica y legislativa de la Inspección de Educación véase F. J. GALICIA MANGAS (2016c).

(4) Intentos que comenzaron con el Real Decreto de 21 de agosto de 1885.

La consolidación de la Inspección como Cuerpo profesional y técnico se produjo a comienzos del siglo XX, momento en el cual se comenzó asimismo a dar especial importancia a su labor no sólo fiscalizadora sino también y, en gran medida, pedagógica, de tutela, apoyo y estímulo al profesorado, y de impulso, desarrollo y perfeccionamiento de la enseñanza.

En esta misma época se produjo un reforzamiento de la Inspección frente a los poderes locales, y por primera vez en la normativa de inspección se reconoció el derecho de los inspectores a la inamovilidad tanto en el cargo como en el destino. No obstante, la principal dificultad vivida por la Inspección durante este periodo fue el constante cambio político y normativo.

Por su parte la dictadura de Primo de Rivera supuso un momento de crisis y de retroceso en la situación de la institución estudiada. Se retomó pues con ello y, ante todo, el carácter fiscalizador de la Inspección en beneficio de los postulados políticos del régimen vigente y se otorgaron amplias potestades de intervención en la enseñanza a los delegados gubernativos como cargos eminentemente políticos, en detrimento de la Inspección técnica.

De la etapa correspondiente a la Segunda República es preciso destacar el Decreto de 2 de diciembre de 1932, relativo a la Inspección profesional de primera enseñanza, ya que su vigencia sobrepasó el periodo republicano, extendiéndose hasta 1967, perviviendo así en un régimen político de naturaleza radicalmente distinta.

Este Decreto dotó de un nuevo régimen jurídico a la Inspección de primera enseñanza, reorganizó su estructura, refundió disposiciones anteriores con ligeras modificaciones en algunos casos, potenció el carácter técnico de la Inspección y reguló de forma sistemática sus funciones, reduciendo la carga burocrática de su trabajo y potenciando la misión del inspector como orientador y consejero cercano al maestro.

El periodo transcurrido entre el comienzo de la Guerra Civil española y los primeros años del franquismo fue posiblemente unos de los más duros en la vida de la institución, pues a la depuración sufrida por los miembros del Cuerpo considerados no afines tanto a un régimen como al otro, se sumó también una depuración de los medios técnicos de la enseñanza con la eliminación de libros, obras y publicaciones, labor que se vio obligada a realizar la misma Inspección. Además, desde el momento inicial de la Guerra Civil, el bando nacional sintió la necesidad de controlar la estructura organizativa de la Inspección y dictó normas de aplicación en los territorios que estaban bajo su control.

Las normas desarrolladas en los primeros años del franquismo suprimieron nuevamente el derecho a la inamovilidad en el destino de los inspectores y destacaron el carácter fiscalizador de la labor inspectora, por delante de su labor asesora y colaboradora, así como el hecho de que la Inspección era el organismo encargado de llevar a la Escuela las orientaciones del Nuevo Estado.

Tanto la Iglesia católica como el Partido de Falange Española Tradicionalista y de las JONS asumieron igualmente, en concurrencia con la Inspección de Educación, competencia para visitar las escuelas y comprobar el buen cumplimiento de la ortodoxia impuesta por el régimen en el ámbito ideológico y religioso, a la vez que se reforzó la orientación religiosa y patriótica en la labor inspectora.

Sin embargo hacia mediados del siglo XX, en sintonía con la transformación del sistema educativo, se hizo necesario renovar también la Inspección y, sobre todo, la orientación dada a su función, que evolucionó desde el control ideológico de la labor docente hacia el control técnico y pedagógico de la enseñanza.

Posteriormente la Inspección evolucionó a través de la Ley General de Educación de 1970 para llegar hasta la transición democrática, momento a partir del cual se ha desarrollado la Inspección que actualmente conocemos y que es objeto de estudio en los apartados posteriores de este artículo.

Para concluir este capítulo histórico inicial quisiera destacar que la Inspección de Educación, tradicionalmente, ha asumido la labor de inspeccionar tanto los centros públicos como privados, igual que lo hace en la actualidad, si bien la extensión o amplitud de dicha actividad de inspección no ha sido siempre la misma (5).

Actualmente la Inspección de Educación cumple una misión esencial como garante del derecho a la educación, amparada por nuestra norma Constitucional y por las leyes de educación dictadas en su desarrollo.

III. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE INSPECCIÓN. LA ALTA INSPECCIÓN COMO FUNCIÓN DEL ESTADO

Aunque el art. 27 de la CE no sea un precepto que tenga por misión u objeto el reparto de competencias entre el Estado y las CC. AA., puede ayudar a proporcionar criterios interpretativos.

La expresión «*poderes públicos*» contenida en el mismo no permite atribuir de modo inequívoco la competencia al Estado o a las CC. AA. (6).

(5) Inicialmente se limitaba a comprobar en los centros privados cuestiones relacionadas con la higiene y moralidad, pero sin alcanzar el cumplimiento de la legalidad hasta 1932. Para profundizar en la cuestión relativa a las diferencias en la actuación de la Inspección en centros públicos, privados y concertados vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016d).

(6) Para un estudio más detallado de la cuestión relativa al reparto de competencias entre el Estado y las CC. AA. en materia de inspección técnica y de alta inspección Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 286 a 310).

Con carácter general, es decir, sin referirnos a la Inspección de Educación en concreto y, tal como advierte J. BERMEJO VERA (7) «*la función o potestad inspectora es, en primer lugar, actividad de «ejecución», lo que teniendo en cuenta el principio constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como su mayoritaria interpretación doctrinal y jurisprudencial, significa que la inspección correspondería a las Comunidades Autónomas».*

A pesar pues de la falta de concreción de la norma constitucional y de algunos Estatutos de autonomía, como posteriormente se verá, tanto de la redacción dada a la mayoría de los mismos como de la doctrina del TC y de lo establecido en los Reales Decretos de transferencia, se deduce con claridad que la competencia de inspección de educación que denominamos técnica pertenece a las CC. AA., mientras que la denominada alta inspección corresponde inequívocamente al Estado, y ambas son funciones claramente diferenciadas.

Por su parte la alta inspección no se encuentra tampoco expresamente regulada en la CE, si bien no ha sido discutida su existencia.

La primera referencia normativa relativa a la alta inspección se produjo en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979.

La alta inspección del Estado es citada en la mayoría de los Estatutos de autonomía, si bien cinco de ellos no contemplan referencia específica que la mencione, al menos en el ámbito educativo (8).

La alta inspección ha sido contemplada también en las sucesivas normas que, desde la LOECE, han regulado la enseñanza. Ciñéndonos a la normativa vigente en la actualidad podemos contemplar cómo queda regulada la alta inspección en la LOE, tras la introducción de un art. 6 bis por la LOMCE:

«Artículo 6 bis. Distribución de competencias.

1. Corresponde al Gobierno:

d) La alta inspección y demás facultades que, conforme al artículo 149.1.30.º de la Constitución, le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos».

Por su parte los Reales Decretos que regulan las transferencias en materia de enseñanza a las CC. AA., contienen menciones expresas a la alta inspección del Estado como parte de las potestades o competencias reservadas al mismo.

(7) Vid. J. BERMEJO VERA (1998:44).

(8) Los Estatutos a los que me refiero son los de Aragón, Baleares, Castilla y León, Cataluña y Extremadura.

Tal y como especifican las normas (9), y de acuerdo con lo doctrina emanada del TC, la Alta Inspección podría definirse como aquella institución que tiene especialmente encomendado un procedimiento lícito de control, definido tanto en los Estatutos de Autonomía como en las Leyes Orgánicas de Educación, y que se manifiesta a través de una serie de funciones concretas y determinadas de naturaleza eminentemente jurídica que permiten al Estado desempeñar las facultades que tiene atribuidas en materia de enseñanza, y garantizar la observancia y cumplimiento de los principios y normas constitucionales aplicables, y demás normas básicas que desarrollan el art. 27 de la CE, procurando asimismo un desarrollo armónico y coordinado de las competencias tanto del Estado como de las CC. AA.

En cuanto a su estructura y organización la Alta Inspección de Educación presenta la característica de tener una doble dependencia, orgánica y funcional. Orgánicamente está integrada en el Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Funcionalmente depende del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Entre las tareas y actividades esenciales que tiene encomendadas la Alta Inspección podemos citar las siguientes:

— comprobar o verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa estatal sobre ordenación general del sistema educativo, y su adecuación a los efectos de expedición de títulos académicos y profesionales válidos en todo el territorio nacional, así como también en relación con el contenido de la documentación administrativa específica y obligatoria propia de cada nivel de enseñanza.

— Velar por el cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes en materia de educación, y sus derechos lingüísticos.

— Verificar la adecuación del otorgamiento de las subvenciones y becas a los criterios generales que establezcan las disposiciones del Estado;

— Recabar la información necesaria para la elaboración de las estadísticas educativas para fines estatales.

— Informar a los órganos competentes en relación con las inversiones en construcciones, instalaciones, equipos escolares y gastos corrientes en materia de dotaciones y retribuciones de personal, y realizar una Memoria anual sobre la enseñanza en las respectivas Comunidades Autónomas.

A modo de síntesis de este apartado se observa con claridad que, en tanto la actuación de la Alta Inspección presenta un carácter eminentemente jurídico, de control de legalidad o normativo, desplegado fundamentalmente

(9) *Vid.* art. 149 de la LOE.

sobre la actuación de las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias, la actividad de la Inspección técnica es de naturaleza esencialmente ejecutiva, y actúa de un modo más directo e inmediato sobre los centros docentes y los miembros de la comunidad educativa.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

El régimen jurídico de la Inspección de Educación se encuentra regulado en una pluralidad de normas que incluye la CE de 1978, los Estatutos de Autonomía de las CC.AA., la legislación y la normativa estatal de rango reglamentario, y la normativa propia de las Comunidades.

Sería excesivamente prolijo y tedioso para una exposición de estas características citar todas esas normas, por lo que me limitaré a hacer referencia de las principales y en la mayoría de los casos, a título simplemente enumerativo.

1. Constitución española de 1978

Comenzando pues por el precepto fundamental, hemos de citar el art. 27.8 de la CE de 1978, que se pronuncia en los siguientes términos:

«Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes».

Además, y con independencia de lo establecido en el art. 27.8 de la CE, anteriormente citado, la doctrina jurídica mayoritaria también deduce la existencia de competencias de inspección del sistema educativo a favor del Estado, a partir de lo dispuesto en el art. 149.1.30 de la CE que establece lo siguiente:

*149.1 «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
30ª Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia».*

2. Estatutos de Autonomía de las CC.AA.

Evidentemente, dado el modelo del Estado español derivado de la Constitución, el citado art. 27.8 no es el único elemento vertebrador del sistema y del modelo actual de Inspección, sino que ha de conciliarse con lo dispuesto en los respectivos Estatutos de Autonomía de cada una de las CC.AA., una vez asumidas las competencias transferidas en materia de educación.

Los Estatutos, en líneas generales hacen referencias al ámbito educativo y al reparto de competencias sobre el mismo, en algunos casos también a la reserva por parte del Estado de la alta inspección, pero no todos incluyen una mención clara y específica relativa a la inspección técnica de educación (10).

En cuanto a la Inspección técnica de educación se refiere, únicamente cuatro Estatutos hacen alusión directa a ella (11). Otros seis Estatutos hacen mención genérica de la función inspectora, es decir, sin referencia específica al ámbito educativo, como parte de la función ejecutiva de la Comunidad Autónoma. No es cuestionable esta técnica desde el punto de vista jurídico por cuanto el objeto de la actividad inspectora no es otro que la comprobación, mediante actuaciones regladas, de las condiciones fijadas en la normativa; es decir, la potestad de controlar o verificar si se cumplen las disposiciones vigentes es inherente a la competencia de ejecución (12). Por último existe un grupo de Estatutos en los que no se encuentra disposición alguna, ni genérica ni específica, relativa a la inspección técnica (13). Tampoco habría dificultad alguna en estos casos para atribuir a dichas CC. AA. la facultad de inspeccionar, al ser ésta, como se ha advertido de forma reiterada y de acuerdo con la doctrina del TC, inherente a la competencia de ejecución. No obstante, los Reales Decretos de transferencia de las competencias en materia de educación o enseñanza de todas las CC. AA. lo detallan de manera específica y expresa.

3. Legislación estatal

Centrándonos ahora en las normas de rango legal dictadas por el Estado para regular el derecho a la educación u otras cuestiones, y que, asimismo, incluyen directa o indirectamente alguna referencia a la Inspección de Educación o a las funciones, labores, organización o procedimientos de trabajo y de inspección, podemos hacer referencia a las siguientes:

— La LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), en la parte que todavía conserva vigencia, y en cuyo art. 18.2 encontramos una alusión indirecta a la función inspectora.

— La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), con todas sus modificaciones posteriores, incluidas las derivadas de la LOMCE, en el título VII (arts. 148 a 154), denominado «*inspección del sistema educativo*».

(10) Vid. Anexo normativo 1.

(11) Son los Estatutos de Andalucía, Aragón, Castilla y León y Cataluña.

(12) Los seis Estatutos a los que me refiero son los de Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Galicia, Comunidad de Madrid y Comunidad Foral de Navarra.

(13) Son los Estatutos del Principado de Asturias, Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja, Región de Murcia, País Vasco y Comunidad Valenciana.

Pero no solamente las leyes del ámbito educativo afectan a la Inspección. También otras normas dictadas por el Estado contienen referencias a esta institución, o bien son aplicables a sus procedimientos de actuación, o al personal que integra el Cuerpo de inspectores de educación:

— Las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, también de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

— De manera algo más sorprendente quizás, de acuerdo al menos con el título y el contenido principal de la norma, encontramos un artículo referente a la Inspección de Educación en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Es en concreto su art. 9º el que encomienda a los servicios de inspección educativa velar por el cumplimiento y aplicación de los principios y valores destinados a fomentar la igualdad real entre hombres y mujeres.

4. Normativa estatal de rango reglamentario

Si bien es cierto que, a día de hoy, todas las CC. AA. han asumido sus competencias en materia de educación, y que la normativa estatal sólo sería directamente aplicable en los territorios de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, no podemos obviar que de conformidad con lo establecido en el art. 149.3 de la CE *«el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas»*.

Cito pues únicamente aquellas que posean mayor relevancia por cuanto afectan a sus elementos fundamentales, como pueden ser el sistema de acceso, la organización, o las funciones, y entre las que se encuentran El RD 276/2007, de 23 de febrero (14), por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la LOE; la Orden ESD/17/2009, de 13 de enero, por la que se regulan los temarios que han de regir en el procedimiento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades a los cuerpos docentes establecidos en la LOE; EL RD 2193/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas básicas para el acceso y la provisión de puestos de trabajo en el Cuerpo de Inspectores de Educación y la integración en el mismo de los actuales Inspectores (15); y la Orden EDU/3429/2009, de 11 de diciembre, por la que se aprueba el temario de la fase de oposición del procedimiento

(14) Vid. arts. 40 a 48 y anexo III.

(15) Esta norma sólo conserva vigentes los artículos dedicados al régimen y funciones del Cuerpo, (arts. 1 a 4), a la provisión de puestos de trabajo (art. 15), y a la integración en el CIE de otros Cuerpos (arts. 16 a 23, y disposiciones transitorias 2ª y 3ª).

selectivo de acceso al Cuerpo de inspectores de educación, sin perjuicio de las competencias asumidas por CC.AA. en esta materia.

5. Normativa propia de las CC.AA.

Detallar en este apartado, tal y como sucedía asimismo en los anteriores, toda la normativa propia de las diferentes CC. AA., podría consumir un tiempo y un espacio impropios de una publicación de estas características.

Baste reseñar que las normas a las que me refiero son de muy distinto rango, en unos casos legal y en otros reglamentario, y que debido a su fecha de promulgación no todas ellas presentan un contenido adaptado a las últimas reformas legales en materia educativa, lo que puede generar problemas en cuanto a su interpretación y aplicación.

Me centraré pues en las normas más relevantes de cada Comunidad Autónoma, y fundamentalmente en lo que atañe a la organización y funciones de la Inspección técnica de Educación, detallándolas únicamente en anexo normativo (16).

V. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA INSPECCIÓN

En la actualidad, la propia complejidad del sistema de reparto competencial entre el Estado y las CC.AA. en materia de educación y de Inspección nos invita a pensar ya en una diversidad de modelos y regímenes organizativos para dicha Inspección.

1. Estructura

A) Encuadramiento orgánico y funcional de la Inspección de Educación

a) La Inspección Central del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Es preciso advertir con carácter previo que la Inspección Central de Educación no presenta actualmente el mismo carácter que pudo tener bajo esta misma denominación en etapas históricas precedentes y, por supuesto, no existe rango jerárquico alguno en relación con las Inspecciones técnicas de Educación de las CC.AA.

(16) Vid. anexo normativo 2.

La Inspección Central queda integrada en la Subdirección General de Inspección, órgano que a su vez depende de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial, incardinada en la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades.

Según el RD 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MECD, corresponde a la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial, a través de la Subdirección General de Inspección, «*el seguimiento de las disposiciones y actos de las Comunidades Autónomas en materia educativa, y la adopción o propuesta de medidas derivadas del ejercicio de las funciones de alta inspección del Estado en materia de enseñanza*», así como también «*el ejercicio de la función inspectora educativa en el ámbito de las competencias del departamento*» (art. 6.1, letras i y j).

b) La Inspección Técnica de las CC.AA.

La diversidad en cuanto a las fórmulas de encuadramiento de la Inspección en las diferentes CC.AA. es, quizás, la nota más destacada. Para tratar de sintetizarla diré que las Inspecciones técnicas de las CC.AA. quedan integradas en las respectivas Consejerías o Departamentos con competencia en materia de educación a través de distintos órganos como Viceconsejerías, Secretarías o Secretarías Generales Técnicas; Direcciones Generales; Subdirecciones Generales; o bajo la dependencia directa del Consejero/a del Departamento (17). Incluso se puede llegar a producir una doble dependencia funcional y orgánica como sucede en el caso de Aragón, en relación con la Secretaría General Técnica del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, y con los Servicios Provinciales del Departamento, respectivamente. En una situación similar de doble dependencia se encuentran también las Inspecciones de Baleares y de la Comunidad de Madrid.

Las Inspecciones de las CC.AA. presentan una organización jerarquizada y organizada fundamentalmente de acuerdo con criterios de territorialidad, cuyo máximo responsable suele ser un inspector jefe general o figura equivalente en el caso de CC.AA. pluriprovinciales. Al frente de las Inspecciones provinciales o territoriales suele situarse asimismo un inspector jefe provincial o territorial, secundado habitualmente por un adjunto. La labor de dirección y coordinación en las zonas o distritos de inspección en las que se suele dividir

(17) Quedan integradas a través de la propia Consejería en Asturias, Baleares y La Rioja; a través de la Viceconsejería en los casos de Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Madrid y País Vasco; a través de una Secretaría General en Aragón, Cataluña, Extremadura, Murcia y Comunidad Valenciana; a través de una Dirección General en los casos de Cantabria, Castilla y León, Galicia y la Comunidad Foral de Navarra; y, por último, a través de una Subdirección General en los casos de Ceuta y Melilla.

cada provincia o zona territorial se encomienda a inspectores jefes o coordinadores de zona o distrito. En los casos en los que, además, los inspectores se organizan en áreas, programas o equipos específicos de trabajo, se nombra un inspector coordinador responsable de los mismos. Algunas CC.AA. presentan también órganos colegiados de asesoramiento y coordinación.

B) Composición funcional: el Cuerpo de inspectores de educación y el estatuto jurídico del inspector de educación

a) Algunas cuestiones previas

Para el adecuado tratamiento de este tema sería quizás recomendable abordar en primer lugar algunas cuestiones previas. No obstante, la limitación de espacio de un artículo de estas características hace conveniente remitir estas cuestiones (18) para centrarnos en las cuestiones fundamentales.

b) El Estatuto jurídico del inspector. En especial su condición de autoridad pública

En el marco creado por la CE de 1978, y en especial por su art. 27, la función inspectora es una garantía más de un derecho tan esencial como es el derecho a la educación. En coherencia con este planteamiento los inspectores deben ser funcionarios públicos, puesto que la función que ejercen es una función pública, y para su ejercicio son investidos de la condición de autoridad.

Dado que son funcionarios públicos, el estatuto jurídico de los inspectores de educación debe quedar sometido a lo dispuesto en el art. 103.3 de la CE, en el que se exige que dicho estatuto esté regulado por ley, sin perjuicio de un ulterior desarrollo reglamentario; que el acceso a los puestos de inspección esté regulado de acuerdo con los principios de mérito y capacidad; que se establezcan, determinen y regulen las peculiaridades del ejercicio de su derecho

(18) Estas cuestiones previas están estrechamente relacionadas con la consideración del Cuerpo de inspectores de educación como un cuerpo único o como una pluralidad de Cuerpos; con la exigencia o no de la condición de funcionarios de los inspectores; con la decisión de reservar el ejercicio de funciones de inspección en el ámbito de la educación a un Cuerpo de inspectores creado con tal finalidad o, por el contrario, de asignárselas o atribuírselas al conjunto del funcionariado al servicio de la Administración de Educación; con la consideración de la Inspección como un Cuerpo administrativo o docente; y por último, aunque no menos importante, con el carácter generalista o especialista, nivelar o internivelar que pueda tener la Inspección como Cuerpo, reflexión esta también íntimamente ligada al sistema de acceso, selección y adscripción de los inspectores. Para más información al respecto Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 341 a 348).

a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías necesarias para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

La condición de autoridad de los inspectores queda regulada actualmente en el art. 153. c de la LOE.

En su condición de autoridad pública los inspectores de educación tienen derecho a recibir la colaboración necesaria para el ejercicio de sus funciones por parte de los restantes funcionarios y responsables de los centros y servicios educativos, tanto públicos como privados y concertados.

Asimismo, pueden comprobar y examinar la documentación académica, pedagógica y administrativa de los centros docentes no universitarios, tanto públicos como privados y concertados, y tomar conocimiento directo de todas las actividades que se realicen en dichos centros, garantizándoseles para ello el libre acceso a los mismos.

El otorgamiento de la condición de autoridad pública implica también que el inspector goce de presunción de veracidad en la constatación de hechos conocidos directamente por el mismo, siempre y cuando dicha constatación haya sido realizada en documento público y observando los requisitos legales pertinentes.

Tal y como sugiere F. SÁINZ MORENO (19) y parece deducirse también de la normativa de algunas CC.AA., no sería impensable plantear el hecho de que la condición de autoridad de los inspectores presente una doble faz, de tal manera que son autoridad frente a los centros docentes, a los que exigen el cumplimiento de las normas, pero también lo serían a favor de los centros para instar a los poderes públicos a cumplir y hacer cumplir las normas que afectan o se refieren al funcionamiento del sistema educativo.

Fuera ya de las atribuciones contempladas en la LOE y en la normativa propia de cada Comunidad Autónoma, debe hacerse referencia obligada a la especial protección que confiere la condición de autoridad a los inspectores de educación.

En el ámbito penal, los arts. 550 a 556 del Código Penal vigente regulan los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad (20).

A la inversa, el abuso de su posición de autoridad o en el ejercicio de sus funciones puede ser sancionado penalmente de acuerdo con lo establecido en los arts. 404 a 445 del Código Penal, entre los que se encuentran delitos

(19) Vid. F. SÁINZ MORENO (2001: 9)

(20) Véase como ejemplo de protección a los inspectores la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 11/1999, de 25 de marzo, en la que se condena a un grupo de personas que retienen a un inspector en un centro docente durante doce horas, con el fin de efectuar una reivindicación relativa a la construcción de un colegio en la zona.

susceptibles de ser cometidos por autoridades como prevaricación, desobediencia, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, o cohecho, por citar solamente algunas de las conductas posibles en el ámbito de la inspección. De igual forma el art. 22. 7^a establece como circunstancia agravante el prevalimiento del carácter público que tenga el culpable de la comisión de un delito.

c) La selección, integración y formación en el Cuerpo de inspectores de educación

En lo que se refiere a la selección, integración y formación en el Cuerpo de inspectores de educación un breve repaso de la historia reciente de esta cuestión, fundamentalmente en lo que se refiere al acceso e integración en la Inspección, nos permite evidenciar las polémicas y controversias que ha suscitado el desempeño de esta función, e incluso el uso que se ha hecho de la misma desde el ámbito político.

La normativa básica relativa a la selección, integración y formación de los inspectores de educación está contenida pues en la LOE, en concreto en su disposición adicional décima, número cinco, y en su disposición adicional duodécima, número cuatro, así como también en el RD 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la LOE y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley.

No obstante, las CC.AA., en uso de sus atribuciones competenciales, también han promulgado en algunos casos normativa específica para regular esta cuestión, normativa a la que no me referiré de manera concreta dada la limitación de espacio y tiempo (21).

Así pues, en lo que se refiere al sistema de acceso al Cuerpo de inspectores de educación, debemos considerar lo siguiente:

— el Cuerpo de inspectores de educación es un Cuerpo docente, para cuyo acceso se exige pertenecer previamente a alguno de los Cuerpos que integran la Función Pública docente, y una antigüedad mínima en dicho Cuerpo (22).

(21) Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 485 a 500).

(22) La Ley Orgánica 2/2006 incurre en una contradicción, ya que la disposición adicional duodécima n° 4 exige para acceder al Cuerpo de inspectores de educación una antigüedad mínima de seis años en alguno de los Cuerpos docentes, mientras que la experiencia profesional como docente exigida por la disposición adicional décima, n° 5 de la LOE, es de cinco años. Dicha contradicción surgió durante la tramitación parlamentaria de la norma a raíz de una enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (Vid. enmienda n° 687 en BOCD de 17 de noviembre de 2005, pág. 332, y enmienda n° 596 en

— Se exige asimismo una titulación superior como Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o título equivalente, pero no de una especialidad concreta, sino de cualquiera que permita el acceso a la Función Pública docente.

— El acceso al Cuerpo de inspectores de educación con carácter definitivo se realiza mediante el sistema de concurso-oposición. No obstante, cabe también cubrir plazas de inspectores accidentales con carácter provisional, mediante concurso de méritos entre funcionarios públicos de los Cuerpos docentes, siempre que reúnan los requisitos establecidos por la normativa.

— La fase de concurso de méritos debe permitir valorar la trayectoria profesional de los candidatos y sus méritos específicos como docentes, en especial el desempeño de cargos directivos con evaluación positiva, o la pertenencia a alguno de los Cuerpos de catedráticos.

— La fase de oposición consiste en el desarrollo de tres pruebas específicas: una escrita, otra oral, y una tercera de carácter práctico, en las que se evalúan los conocimientos pedagógicos, de administración y legislación educativa, necesarios y adecuados para el ejercicio de la función inspectora, así como la capacidad, los conocimientos y técnicas específicos o propios del ejercicio de la profesión de inspector.

— En las CC. AA. con lengua cooficial, y de acuerdo con su normativa, se exige acreditar el conocimiento de dicha lengua.

— En las convocatorias de acceso al Cuerpo de inspectores, las Administraciones educativas pueden reservar hasta un tercio de las plazas para la provisión mediante concurso de méritos destinado a los profesores que, reuniendo los requisitos generales, hayan ejercido con evaluación positiva, al menos durante tres mandatos, el cargo de director (23).

— Tras el concurso-oposición, los candidatos seleccionados deben completar obligatoriamente un periodo de prácticas, superado el cual se les nombra funcionarios de carrera del Cuerpo de inspectores de educación.

BOCG de 17 de febrero de 2006, pág. 282) que finalmente fue aceptada con la justificación de que se necesitaba acreditar una experiencia docente suficiente, pero sin ser conscientes, a mi juicio, de que esa experiencia mínima docente ya era exigida en el mismo proyecto de ley, en concreto, en la disposición adicional duodécima, elevándola incluso en un año. Por eso el art. 41 del RD 276/2007, de 23 de febrero, al regular los requisitos de los aspirantes participantes en los procesos selectivos de ingreso al Cuerpo de inspectores de educación, en su apartado «c» exige acreditar una antigüedad mínima de seis años en el Cuerpo docente de procedencia, y otros tantos de experiencia docente, sin que hasta la fecha dicha norma haya sido impugnada judicialmente o corregida legalmente. Entiendo pues que debe considerarse un simple error y no como una antinomia jurídica de difícil o imposible resolución (*Vid.* art. 3.1 del Código Civil).

(23) En relación con las dificultades y debates que genera la aplicación de este modo de acceso a la función inspectora véase. F. J. GALICIA MANGAS (2016b: 8 y 9).

Muchas CC.AA. han establecido una regulación específica en relación con el acceso al Cuerpo de inspectores de educación (24).

Hasta aquí se han expuesto las condiciones de ingreso en el Cuerpo de Inspectores de educación, pero la normativa contempla la posibilidad de cubrir plazas de inspectores con carácter accidental o temporal según las necesidades de las Administraciones educativas.

Ni la LOE ni el RD 276/2007, de 23 de febrero, hacen mención específica de esta posibilidad que, por otro lado, es completamente lógica y habitual. Son las propias CC.AA. las que han establecido una regulación más detallada de los procedimientos para cubrir plazas de inspectores accidentales con carácter temporal, plazas que se cubren en todo caso en comisión de servicios entre funcionarios docentes que cumplan los requisitos básicos exigidos para el ingreso en el Cuerpo

Las fórmulas más habituales en la regulación de las CC.AA. para cubrir estas plazas de inspectores accidentales suelen recurrir a dos procedimientos: en primer lugar, mediante la inclusión en una bolsa de trabajo o lista de espera compuesta por los candidatos que hubieran superado el procedimiento selectivo sin plaza, y también por los candidatos que no hubieran superado dicho procedimiento, pero hubiesen solicitado expresamente su inclusión en la bolsa de trabajo de inspectores. En segundo lugar, mediante la formación de una lista o bolsa de trabajo no vinculada a los procedimientos selectivos, pero basada en un concurso de méritos en el que además del correspondiente baremo se suele incluir una prueba consistente habitualmente en la presentación de una memoria, proyecto o similar.

En lo que a la *formación de los inspectores* se refiere, decir muy brevemente que, es una cuestión fundamental, que podría interpretarse como un derecho y un deber de los inspectores si bien la LOE no se refiere explícitamente a ellos en su art. 102.1.

El RD 276/2007, por su parte, es algo más explícito en este sentido, pero sólo aborda, de un modo muy genérico, la cuestión relativa a la formación

(24) En algunos casos esta regulación específica incluye una ampliación de la parte B del temario, como sucede en Aragón, Islas Baleares, Castilla-La Mancha, Comunidad de Madrid y Región de Murcia.

En otros la normativa puede contemplar perfiles de especialización para el acceso al Cuerpo de inspectores, si la Administración de la Comunidad lo considera oportuno y conveniente, como sucede en los casos del Principado de Asturias, Islas Baleares, Cataluña y Galicia.

Las Comunidades de Madrid y la Región de Murcia establecen un turno específico de reserva por discapacidad y permiten también la exención de la fase de prácticas de los candidatos que hubieran ejercido al menos un curso escolar completo como inspectores accidentales.

inicial de los inspectores una vez superado el concurso-oposición y durante la fase de prácticas.

Por ello puede decirse que, siendo la formación inicial y continuada de los inspectores un elemento esencial para el buen desarrollo de su labor, la cuestión ha quedado a merced de la labor desarrollada y de la normativa de las propias CC. AA. (25).

2. Principios de organización del trabajo de la Inspección

Procede hacer ahora al menos una breve referencia a los principios de organización del trabajo de la Inspección como son los de planificación, territorialidad y trabajo en equipo.

A) Actuación mediante planes o planificación

Comenzando por la planificación debemos considerar que constituye una potestad administrativa discrecional que, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, pone «orden y concierto» en la consecución de los objetivos que las normas superiores marquen en cada momento (26).

En cuanto al valor jurídico concreto de estos planes, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente citada, puede decirse que «*aunque en algún momento histórico fuera problemático, no cabe negar hoy a todos los planes, desde los presupuestarios a los urbanísticos, su naturaleza de normas jurídicas como de consuno predicen la legislación y la jurisprudencia*».

En lo que se refiere a la categoría general de normas jurídicas, los planes objeto de estudio presentan, de manera evidente, la naturaleza de normas reglamentarias y por ello son aprobados mayoritariamente mediante Órdenes o Resoluciones, en función del órgano emisor.

Dentro de la actuación planificada conviene destacar el elemento relativo a la priorización de actividades, que suele determinarse a través de la clasificación de las actuaciones de la Inspección en habituales u ordinarias, específicas, prioritarias o preferentes, e incidentales, terminología esta que se conserva en la mayoría de los planes de actuación de las diferentes Inspecciones.

(25) Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 356 a 360).

(26) STC 102/1995, de 26 de junio.

B) Distribución territorial de su labor

En cuanto a la distribución territorial de su labor, por una parte, es consecuencia lógica de la asunción de competencias por parte de las CC. AA. Todas ellas han planteado en su normativa de organización de la Inspección un diseño que se ajusta y corresponde con las características y la naturaleza de su propio territorio, se exprese o no de manera explícita esta condición en los principios organizativos incluidos en la normativa de referencia.

El principio de territorialidad implica la organización de las Inspecciones en ámbitos provinciales, pero también en ámbitos inferiores o distintos al provincial (27).

Los ámbitos territoriales, cualquiera que sea su denominación, se determinan en función de varios parámetros como son la red escolar, el número de centros, la plantilla de inspectores, o la posibilidad de acceso según las circunstancias geográficas de la zona.

C) Trabajo en equipo

En lo que al trabajo en equipo se refiere la función inspectora en cada distrito, zona o demarcación es desarrollada por un equipo de inspectores en el que se intenta combinar o conjugar la diversidad de experiencia docente, profesional y de formación de los inspectores, con la tipología de centros, servicios y programas que se integran en el distrito o demarcación. También pueden constituirse equipos de inspección no vinculados a zonas geográficas sino determinados por criterios técnicos de agrupamiento enmarcados en una actuación especializada (28).

3. Régimen de funcionamiento de la Inspección

A) Principios comunes de actuación

Al igual que sucede con los funcionarios del resto de Cuerpos de las Administraciones públicas, si bien con matizaciones o pequeñas peculiaridades propias de su específica actividad profesional, los inspectores de educación deben desarrollar sus actuaciones bajo los principios de profesio-

(27) Es el caso de los llamados distritos de inspección (Aragón y Asturias), zonas de inspección (Andalucía), demarcaciones (Islas Baleares), sectores y subsectores educativos (Galicia), inspecciones territoriales (Comunidad de Madrid), áreas de inspección (La Rioja), o unidades territoriales (Comunidad Valenciana).

(28) Es el caso, por ejemplo, de los equipos sectoriales o de área (Región de Murcia), de las áreas específicas (Castilla-La Mancha), o interterritoriales, entre otros.

nalidad, legalidad, obediencia jerárquica, imparcialidad, confidencialidad, lealtad y buena fe (29).

B) Principios específicos de actuación

No obstante, la actuación de los inspectores de educación queda sujeta a unos principios específicos que deben regir la intervención y el trabajo directo de los mismos. Dichos principios son los de actuación mediante inspectores generalistas (con importantes concesiones al modelo o principio de inspector especialista, según lo dispuesto en la LOE y en la normativa de las diferentes CC.AA.); unidad de acción e integración de actuaciones; homogeneidad y evaluación de resultados.

a) Inspector generalista versus inspector especialista

Aunque, probablemente, haya sido este uno de los temas más debatidos entre los inspectores, y en el que existen mayores diferencias en la normativa propia de cada una de las CC.AA., creo que podemos llegar a la conclusión de que parece haberse impuesto el modelo de inspector generalista, pero con importantes concesiones al modelo o principio de inspector especialista, según lo dispuesto en la LOE (art. 154) y en la normativa de las diferentes CC.AA.

Así pues, a partir de lo dispuesto en el art. 154 de la LOE, anteriormente citado, podemos afirmar lo siguiente:

- que la LOE no establece especialidades en el Cuerpo de inspectores, y el acceso al mismo, así como la provisión de puestos de trabajo mediante concurso de traslados, se realiza desde la condición de inspector generalista.
- Que, no obstante, la misma norma permite que para la provisión de puestos de trabajo pueda ser valorada como mérito la especialización de los aspirantes.
- Que las Administraciones educativas pueden, de forma potestativa, organizar la Inspección técnica de Educación sobre la base de los perfiles profesionales de los inspectores pero tomando como referencia no sólo su Cuerpo docente de procedencia sino también sus titulaciones universitarias, los cursos de formación realizados como inspectores, su experiencia profesional en la docencia, y su experiencia en la Inspección de Educación.

(29) Por tratarse de principios de actuación comunes al resto de los Cuerpos de funcionarios y para evitar una exposición excesivamente exhaustiva *vid.* F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 368 a 376), con especial atención al de reserva, confidencialidad o sigilo profesional y los supuestos en los que podría eximirse.

Las CC.AA. han generado por su parte su propia normativa al respecto, y existen importantes diferencias entre los diversos modelos existentes (30).

b) Unidad de acción e integración de actuaciones

El principio de unidad de acción exige que los inspectores actúen con criterios y procedimientos comunes, de acuerdo con las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos y las directrices dictadas a través de los planes de actuación, de manera tal que las actuaciones individuales de los inspectores queden también integradas en el modelo o sistema creado gracias a la oportuna planificación.

c) Homogeneidad

De acuerdo con el principio de homogeneidad las actuaciones de la Inspección requieren ciertas garantías procedimentales para salvaguardar los derechos de los interesados, para asegurar la homogeneidad en el tratamiento de los centros, y para que la información recogida en sus actuaciones sea homologable. Es decir, todos los centros, programas y servicios educativos deben recibir por parte de la Inspección una atención homogénea, aunque adecuada a sus circunstancias concretas.

d) Coordinación

La coordinación presenta una doble faceta, interna y externa. En el ámbito interno, la eficacia y eficiencia de la actuación de los inspectores se intenta garantizar a través de distintos mecanismos como reuniones periódicas de trabajo de los equipos, de los jefes o coordinadores etc. En algunos casos existen incluso órganos internos específicos de coordinación, tanto de carácter unipersonal (ej. inspectores coordinadores de área) como colegiado (ej. el Consejo de Inspección de Educación, los Consejos Provinciales de Inspección y los Equipos de Coordinación provincial en Andalucía), estos últimos sobre todo en el caso de las CC.AA. pluriprovinciales, para garantizar que la actuación de la Inspección es homogénea, coherente y armonizada.

En el ámbito externo la Inspección está obligada a coordinarse con el resto de los servicios educativos y de la Administración, o con las instituciones que soliciten su colaboración. Puede ejercer también como coordinadora de los servicios de apoyo a los centros etc.

(30) Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 376 a 382).

e) Evaluación de resultados

Principio este que enlaza directamente con el criterio de la planificación o actuación mediante planes, ya que la valoración o evaluación de los resultados derivados de las acciones previamente planificadas permiten su corrección, mejora, o ajuste, de cara a futuros planes de actuación. Esta evaluación de los resultados de las acciones planificadas se lleva a cabo habitualmente mediante los informes de los inspectores y las memorias anuales de la Inspección y es planificada o coordinada desde las Inspecciones Generales o Centrales, y/o desde los Servicios Territoriales. Por otra parte, al ser la Inspección de Educación un elemento integrado dentro del sistema educativo considerado en su conjunto, si se plantea la evaluación externa de dicho sistema educativo considerado de forma global, también la Inspección debe ser evaluada desde este ámbito externo.

C) Medios de actuación de la Inspección: visitas, informes y actas

Aunque sea de un modo muy somero, haré unas breves consideraciones sobre los medios de actuación de la Inspección en el desarrollo de su trabajo, siendo consciente de que el principal de todos ellos es la visita de inspección, al que siguen informes y actas, y también de que existen otros como requerimientos, comunicaciones o notificaciones.

a) Visita de inspección

Si bien se puede definir de formas diversas (31), interesa en este caso su definición desde el punto de vista legal y jurídico. Legalmente la visita de inspección fue definida en la Orden de 27 de septiembre de 1990 del MEC como «*el modo de actuación regular de la inspección en los Centros, programas, actividades y servicios educativos de la Demarcación, con el objeto de evaluar su funcionamiento, de colaborar en la implantación de las medidas de innovación educativa, de asesorar e informar a la comunidad escolar en el ejercicio de sus competencias y atribuciones, así como de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales*».

Esta Orden fue derogada a su vez por la Orden de 29 de febrero de 1996, que sin embargo no contiene o incluye definición técnica alguna de la visita, más allá de considerarla como «*la tarea primordial de los inspectores*».

Desde el punto de vista jurídico interesa destacar que la visita no es una función de la Inspección o de los inspectores, sino una atribución (art. 153.a

(31) Vid. E. SOLER FIÉRREZ (2013: 81).

de la LOE), es decir, una facultad o poder que corresponde a la Inspección y a los inspectores para el cumplimiento de los fines que le son propios, fundamentalmente supervisión y control, asesoramiento, y evaluación, y por ello puede ser definida en este sentido como la «*atribución conferida legalmente a los inspectores de educación que permite y exige su presencia personal en los centros, servicios y programas educativos inspeccionados, para el cumplimiento de las funciones establecidas en la normativa vigente de supervisión y control, asesoramiento y evaluación (32)*».

La normativa propia de las CC.AA. incide básicamente en los mismos aspectos citados sin ofrecer definiciones conceptuales. En cualquier caso, se insiste en su carácter de tarea primordial, de instrumento básico de la acción inspectora, de sistema habitual de trabajo, herramienta inherente a la función inspectora, y otros que no pasan de ser conceptos indeterminados.

Tras la derogación de la Orden de 27 de septiembre de 1990, ninguna norma estatal ha establecido una regulación sistemática o al menos similar de las visitas, por lo que dicha regulación, aún derogada, se sigue tomando en buena medida como referencia actualmente.

Por su parte la mayoría de las CC.AA. han procurado incluir en sus normas específicas algunos preceptos que, en mayor o menor medida, establecen una regulación de las visitas de inspección.

Así pues, de acuerdo con criterios legales, las visitas de inspección suelen adaptarse a alguno de los siguientes modelos, y clasificarse de la siguiente forma:

a) atendiendo a los tipos de actuaciones de la Inspección y la planificación de las mismas, así como a su periodicidad o temporalidad:

– Visitas habituales u ordinarias, que a su vez pueden ser iniciales, y de seguimiento.

– Visitas específicas.

– Visitas incidentales.

– Visitas de evaluación.

b) Según su carácter, urgencia y sujeto petionario:

– Visitas ordinarias o programadas.

– Visitas extraordinarias o no programadas: que incluyen las realizadas a petición de órgano competente, de oficio, o a instancia de parte (AMPAS, claustros, equipos directivos, miembros de la comunidad educativa, etc.).

(32) Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 387)

b) Informes

Son documentos administrativos declarativos en los que se incluye un juicio técnico o jurídico emitido por un inspector en el ejercicio de sus competencias, y en el contexto de un procedimiento.

Es importante destacar que los informes no se consideran actos administrativos en un sentido propio o estricto, por cuanto no incorporan, expresan ni ejecutan la voluntad de un órgano administrativo, sino que se limitan a aportar u ofrecer una información fáctica o técnica precisa, o las propuestas que ayuden a adoptar la oportuna decisión por parte del órgano resolutorio.

Así pues, en relación con la impugnabilidad de los informes de inspección, debe recordarse que los mismos se integran en la categoría de documentos administrativos de trámite, que tienen normalmente como misión la preparación del acto administrativo definitivo que concluye el procedimiento, y que por tanto no son susceptibles de recurso separado o independiente, debiendo esperar a que se dicte el acto definitivo para recurrir el informe, si fuera procedente.

Excepcionalmente se admite la impugnación separada de actos de trámite de conformidad con lo establecido en el art. 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y en el art. 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si se da alguna de las circunstancias contempladas en los mismos: si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

La competencia de los inspectores para emitir informes como parte de las funciones de la Inspección se regula en el art. 151.g de la LOE. Actualmente los informes están regulados en la Orden de 29 de febrero de 1996, Orden que resulta de aplicación en el ámbito competencial del MECD y de aquellas CC.AA. que no tienen normativa propia (33). Son también de aplicación los arts. 79 a 81 de la Ley 39/2015.

c) Actas. Especial consideración de su valor probatorio

El acta de inspección se puede definir como el documento expedido por un funcionario público (en este caso por un inspector de educación) que ostenta la condición de autoridad, y en el que se deja constancia de comprobaciones,

(33) Andalucía, Canarias y Castilla-La Mancha tienen una regulación más extensa al respecto; y Baleares, Castilla y León y Cataluña algo más escueta.

exposiciones de hechos, actos, declaraciones o manifestaciones, teniendo dicho documento carácter auténtico.

Las actas de inspección están previstas tanto en la normativa estatal (Orden de 29 de febrero de 1996 del MECED) como autonómica.

El valor jurídico de las actas reside en su carácter de elemento documental probatorio de la labor y actuación profesional de los inspectores de educación.

Así se deduce para los procedimientos administrativos de lo dispuesto en el art. 77.5 Ley 39/2015:

77. 5. «Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario».

Así pues, se establecen una serie de requisitos objetivos, subjetivos y formales para que se conceda carácter probatorio a dichos documentos.

— En cuanto a los requisitos objetivos se determina que los hechos constatados deben formalizarse en documento público.

Tanto el art. 1216 del Código civil (Cc) como el art. 317.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) permitirían reconocer a las actas también la condición de documentos públicos (34).

Incluso la doctrina del TC se ha pronunciado a favor del reconocimiento como documentos públicos de las actas de inspección en los siguientes términos: *«ningún obstáculo hay para considerar a las actas y diligencias de inspección como medios probatorios... (y) tampoco cabe objeción alguna a su calificación legal como documentos públicos, en la medida en que se autorizan por funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas y con las solemnidades o formalidades legalmente establecidas (35)».*

— En cuanto a los requisitos subjetivos se refiere, las actas deben ser levantadas o expedidas por funcionario público competente por razón de su cargo y atribuciones, y al que se reconoce la condición de autoridad (art. 77.5 LPACAP).

(34) Artículo 1216.Cc

«Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley».

Artículo 317 LEC. Clases de documentos públicos.

«A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

5º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones».

(35) STC 76/1990, de 26 de abril.

— Por último, en cuanto a las condiciones formales o requisitos legales que deben cumplir las actas, hay que advertir que no existe una norma que unifique estas circunstancias con carácter general en el ámbito de la Inspección de Educación, por lo que se hace preciso recurrir a la regulación desarrollada por algunas CC. AA. (36), regulación que al ser bastante uniforme, puede servirnos de guía o apoyo en este caso concreto. A través de dicha normativa podemos concluir que las actas deben contener los siguientes elementos formales:

- Datos relativos al centro, servicio o programa inspeccionado.
- Datos de la persona en cuya presencia se efectúe la inspección y ante la cual se levante el acta.
- Lugar, fecha y hora de realización de la inspección.
- Identificación del inspector que realiza la actuación.
- Hechos constatados, presuntas infracciones cometidas y preceptos vulnerados.
- La firma del titular de la entidad, centro, servicio o programa, o en su caso del representante o empleado ante el cual se levante el acta, pudiendo hacer constar su conformidad o disconformidad con la misma, y las alegaciones oportunas al respecto.

VI. FUNCIONES DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN

Las funciones de la Inspección de Educación están reguladas actualmente con carácter general en el art. 151 de la LOE (37), sin perjuicio de las funciones atribuidas a los inspectores por la normativa propia de las CC. AA.

(36) Véase la regulación de las CC. AA. de Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha y Cataluña en F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 395).

(37) *Artículo 151. Funciones de la Inspección Educativa.*

«Las funciones de la inspección educativa son las siguientes:

a) Supervisar y controlar, desde el punto de vista pedagógico y organizativo, el funcionamiento de los centros educativos, así como los programas que en ellos inciden.

b) Supervisar la práctica docente, la función directiva y colaborar en su mejora continua.

c) Participar en la evaluación del sistema educativo y de los elementos que lo integran.

d) Velar por el cumplimiento, en los centros educativos, de las leyes, reglamentos y demás disposiciones vigentes que afecten al sistema educativo.

e) Velar por el cumplimiento y aplicación de los principios y valores recogidos en esta Ley, incluidos los destinados a fomentar la igualdad real entre hombres y mujeres.

f) Asesorar, orientar e informar a los distintos sectores de la comunidad educativa en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones.

g) Emitir los informes solicitados por las Administraciones educativas respectivas o que se deriven del conocimiento de la realidad propio de la inspección educativa, a través de los cauces reglamentarios.

En la mayoría de los casos, el análisis de estas funciones se ha producido desde un punto de vista pedagógico. Sin embargo, este análisis pedagógico no coincide necesariamente con el enfoque jurídico, si bien en último término deben ser análisis complementarios en la medida en que el desarrollo legislativo debe contribuir también al cumplimiento del fin último de la educación.

A partir del artículo 151 de la LOE vemos pues que las funciones clásicas de la Inspección siguen siendo la supervisión y control, el asesoramiento, y la evaluación, a las que se añaden las de colaboración en la mejora continua de la práctica docente y de la función directiva, la emisión de informes de oficio o a solicitud de las Administraciones educativas; y otras que le puedan ser atribuidas por las Administraciones educativas dentro del ámbito de sus competencias.

1. Función de supervisión y control

Desde el punto de vista jurídico, siendo ambas actuaciones propias de la actividad inspectora, o manifestaciones de la misma, el control podría definirse como un proceso organizado y sistemático mediante el cual la Administración comprueba o se cerciora de que los elementos inspeccionados se atienen a lo establecido en la regulación o normativa de referencia, pudiendo requerir en caso contrario los ajustes o correcciones oportunos. La supervisión, por su parte, estaría más cercana al estudio de forma global, y se podría entender como un sistema de observación regular de los elementos y sujetos intervinientes en el proceso educativo, que permite llevar un registro de las actuaciones realizadas, a partir del cual se extraen los datos necesarios para evaluar su funcionamiento, y el cumplimiento de sus fines, metas u objetivos.

En cuanto a los aspectos supervisados o controlados nos encontramos con los siguientes:

- *Funcionamiento de los centros educativos y de los programas que en ellos se desarrollan*, desde una perspectiva pedagógica y organizativa.
- *Práctica docente*, respetando en todo caso la libertad de los docentes para impartir sus clases.
- *Ejercicio de la función directiva* referida al cumplimiento de sus obligaciones, y al desempeño de sus funciones.
- *Cumplimiento y aplicación de la normativa, de los principios y valores* recogidos en la Ley, incluidos los destinados a fomentar la igualdad real entre hombres y mujeres, lo que podría obligar a los inspectores a valorar también

h) *Cualesquiera otras que le sean atribuidas por las Administraciones educativas, dentro del ámbito de sus competencias».*

si las actuaciones concretas supervisadas o inspeccionadas pueden vulnerar alguno de los principios recogidos en la LOE, según la redacción dada a la misma por la LOMCE (art. 1º LOE).

2. Función de asesoramiento

Originariamente presentaba un carácter más pedagógico y didáctico. Actualmente el tipo de asesoramiento, orientación o información solicitado por los centros y miembros de la comunidad educativa suele referirse a la aplicación de la normativa escolar, e incluso también de la que circunda o se encuentra en la periferia del ámbito escolar (ej. responsabilidades legales de los centros, actuaciones con padres separados o divorciados, protección de datos de alumnos etc). No obstante, si nos ceñimos al tenor literal de la norma, vemos que la función de asesoramiento se extiende, por una parte, a todos los miembros de la comunidad educativa, pero, por otra parte, queda restringida a las actuaciones relativas al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones, si bien este criterio, a su vez, puede ser interpretado de forma tan amplia o extensa que abarcaría la inmensa mayoría de las actuaciones desarrolladas en los centros o servicios educativos por cualquiera de los miembros de la comunidad educativa. La función de información se dirige no sólo hacia los centros sino también hacia la propia Administración educativa.

3. Función de evaluación

Se puede extender a la colaboración de la Inspección en la evaluación interna de los centros, al desarrollo de la evaluación externa de los centros por parte de la Inspección, a la evaluación de la función docente, a la evaluación de la función directiva, y a la participación de la Inspección en la evaluación del sistema educativo.

— *Evaluación del sistema educativo*: tiene como objetivos contribuir a la mejora de la calidad y equidad de la educación, orientar las políticas educativas, aumentar la transparencia y eficacia del sistema educativo, ofrecer información sobre el grado de cumplimiento de los objetivos de mejora establecidos por las Administraciones educativas, y proporcionar información sobre el grado de consecución de los objetivos educativos (38).

(38) Esta evaluación se aplica sobre los procesos de aprendizaje y resultados de los alumnos, la actividad del profesorado, los procesos educativos, la función directiva, el funcionamiento de los centros docentes, la Inspección de Educación y las propias Administraciones educativas (art. 141 LOE).

– *Evaluación de la función directiva*: vinculándola al análisis de la organización, funcionamiento y resultados de los mismos (39).

– *Evaluación del profesorado funcionario o en prácticas*: de acuerdo con los parámetros establecidos fundamentalmente en los arts. 91 de la LOE, el RDL 5/2015 del TREBEP y las instrucciones dictadas por las CC.AA. (40).

– *Evaluación de los centros*: que encuentra su base en el art. 145 de la LOE modificada por la LOMCE. Las CC.AA. suelen elaborar documentos que han de servir como instrumento para la evaluación de los centros, y de ayuda tanto en la evaluación externa como interna de los mismos. Corresponde además a la Inspección asesorar y orientar sobre la evaluación interna de los centros docentes y la definición de objetivos de mejora (41).

– *Evaluación del alumnado*: La participación de la Inspección en la evaluación del alumnado se apoyaría en lo dispuesto en el art. 151 de la LOE, en concreto en la conexión entre sus apartados c, b, y e, por cuanto la evaluación del alumnado es una actuación reglada para garantizar su adecuación y objetividad. También el artículo 39 de la Orden EDC/1361/2015, de 3 de julio, por la que se establece el currículo de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato para el ámbito de gestión del MECD, y se regula su implantación, así como la evaluación continua y determinados aspectos organizativos de la etapa, establece las fórmulas de participación de la Inspección en los procedimientos de reclamación de calificaciones, como garantía de objetividad y equidad de dichas calificaciones (42).

4. Función de colaboración en la mejora continua de la práctica docente y de la función directiva

Esta función de la Inspección prevista en el art. 151.b de la LOE, y en los preceptos de la normativa específica de las CC.AA., está íntimamente ligada a los procesos de evaluación tanto de la práctica docente como de la función directiva, anteriormente expuestos. La evaluación sólo tiene sentido como elemento previo y necesario para el establecimiento de procesos de mejora. De igual forma la inspección contribuye asimismo a la mejora continua de la

(39) La evaluación de la función directiva se desarrolla según las normas dictadas por las Administraciones educativas y de acuerdo con protocolos o instrucciones concretas aplicables tanto en los casos de renovación como de selección de nuevos directores.

(40) Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 409 a 411).

(41) Vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 411 a 414).

(42) Téngase en cuenta asimismo que, con las modificaciones introducidas por la LOMCE, la Inspección asume también un papel relevante en la supervisión y asesoramiento para la realización de las denominadas evaluaciones individualizadas del alumnado tanto en educación primaria, como en ESO y bachillerato.

práctica docente y de la función directiva a través del ejercicio de su labor de asesoramiento, orientación e información prevista en el art. 151. f de la LOE y en los preceptos de la normativa específica de las CC.AA. Por último, debemos recordar que, en sus orígenes, la Inspección de Educación asumió una función muy relevante que se ajustaba perfectamente a esta labor de colaborar en la mejora continua de la práctica docente y de la función directiva. Dicha función no era otra que la formación del profesorado.

5. Función de emisión de informes

Esta función viene atribuida por el art.151.g de la LOE, y está recogida asimismo con algunas variaciones no sustanciales en la normativa propia de las CC.AA. Ya se abordó con anterioridad al hablar de los medios de actuación de la inspección.

6. Otras funciones atribuidas a la Inspección por las Administraciones educativas dentro de su ámbito competencial

El art. 151 de la LOE concluye en su apdo. h incluyendo una cláusula residual que deja abierta la puerta a la posibilidad de que las Administraciones educativas amplíen las competencias y funciones atribuidas a la Inspección, oportunidad esta que han aprovechado mayoritariamente las CC.AA. dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

La regulación propia de las CC.AA. ha ampliado generalmente las funciones básicas, en algunos casos de manera considerable. No obstante, en buena medida es cierto que suelen repetirse dichas funciones con pequeñas diferencias de matiz (43).

7. Breve referencia a las implicaciones y modificaciones introducidas por la LOMCE

Por último en este apartado advertir que la promulgación de la LOMCE ha tenido ciertas implicaciones en las funciones de la Inspección (44) que obligan a los inspectores a realizar labores de asesoramiento, supervisión y control en cuestiones relacionadas con la nueva definición de los currículos y la ordenación

(43) No pretendo en este caso hacer una lista exhaustiva de las funciones encomendadas por cada una de las CC.AA., pues sería excesivamente prolijo y en muchos casos superfluo, ya que como se ha advertido en el texto, suelen repetirse dichas funciones con pequeñas diferencias de matiz. Para más información *vid.* F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 417 a 420).

(44) Para más información *vid.* I. MARTÍNEZ ARRÚE (2014).

de las enseñanzas, y en especial en el aprendizaje por competencias, estándares o resultados de aprendizaje evaluables, y otros elementos transversales del currículo; en cuestiones relativas a horarios de profesorado y de los grupos de alumnos; en relación con las evaluaciones individualizadas de los alumnos; y para la implantación del nuevo consejo orientador en la ESO. De igual modo la actuación de los inspectores deberá prestar especial atención, en relación con las modificaciones introducidas por la LOMCE, al régimen jurídico, gobierno, organización y funcionamiento de los centros docentes.

VII. FACULTADES Y ATRIBUCIONES DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN

Las atribuciones de la Inspección para el cumplimiento de sus funciones están reguladas con carácter general en el art. 153 de la LOE (45).

Las CC. AA., por su parte, han establecido también su propia regulación, asumiendo las atribuciones básicas previstas en la LOE, y añadiendo en algunos casos otras nuevas, en virtud de las competencias que tienen asignadas.

Realizando un estudio algo más detallado de este tema cabe plantearse las siguientes cuestiones:

1. Derecho de entrada a los centros

La LOPEGCD reguló la posibilidad de acceso de los inspectores no sólo a los centros docentes, públicos y privados, sino también a los servicios e instalaciones en los que se desarrollaban actividades educativas promovidas o autorizadas por las Administraciones educativas, siguiendo el modelo anticipado por la LOGSE. Con posterioridad, la LOCE ya limitó el contenido del texto al referirse sólo al libre acceso a los centros para conocer todas las actividades que se realicen en los mismos. Cabe plantearse pues si esta exclusión en la

(45) Artículo 153. Atribuciones de los inspectores.

«Para cumplir las funciones de la inspección educativa los inspectores tendrán las siguientes atribuciones:

a) Conocer directamente todas las actividades que se realicen en los centros, a los cuales tendrán libre acceso.

b) Examinar y comprobar la documentación académica, pedagógica y administrativa de los centros.

c) Recibir de los restantes funcionarios y responsables de los centros y servicios educativos, públicos y privados, la necesaria colaboración para el desarrollo de sus actividades, para cuyo ejercicio los inspectores tendrán la consideración de autoridad pública.

d) Cualesquiera otras que le sean atribuidas por las Administraciones educativas, dentro del ámbito de sus competencias».

LOE de los servicios e instalaciones en los que se desarrollaran actividades educativas fuera de los centros es una limitación de las atribuciones de los inspectores impuesta por la normativa de manera intencionada. La cuestión no es baladí, por cuanto algunas actividades docentes se desarrollan o pueden desarrollarse fuera de los centros educativos. Es el caso, por ejemplo, de las clases de Educación Física impartidas en pabellones polideportivos no pertenecientes a los centros docentes (si bien es cierto que suelen ser de titularidad municipal habitualmente), de las escuelas itinerantes de los circos, de las aulas hospitalarias, pero sobre todo es el caso también de los módulos de Formación en Centros de Trabajo (FCT) en formación profesional, que se imparten necesariamente en un entorno productivo real. Sin tal facultad, el cauce de actuación más característico de la función inspectora, que es la visita de inspección, no sería posible. El problema de la habilitación a los inspectores para acceder libremente a los espacios o ámbitos inspeccionados se complica asimismo por el hecho de que la regulación efectuada por las CC.AA. presenta también diferentes planteamientos (46). En cuanto a la naturaleza de las normas habilitantes se refiere, podemos observar que mientras en algunos casos la facultad es otorgada por normas con rango de ley, en otros lo es por normas de rango reglamentario. En cuanto al contenido de las normas podemos decir que básicamente se remiten a lo establecido en la LOE o en la LOPEGCD. Incluso alguna Comunidad como Andalucía ofrece la paradoja de regular simultáneamente la cuestión en norma con rango de ley, y en norma reglamentaria, pero realizando en cada una de ellas una remisión diferente: a la LOE en el caso de la Ley, y a la LOPEGCD en el caso del reglamento.

Sería pues deseable que, de *lege ferenda*, se produjera una unificación de las facultades de libre acceso de los inspectores, que incluyera no sólo los centros docentes en sentido estricto, sino también los servicios e instalaciones en que se desarrollen actividades educativas promovidas o autorizadas por el Departamento competente.

(46) CC.AA. como Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja y Comunidad Valenciana incluyen entre las atribuciones de los inspectores las de visitar los centros docentes públicos y privados, así como los servicios e instalaciones en que se desarrollen actividades educativas promovidas o autorizadas por el Departamento competente. Otras en cambio como el Principado de Asturias, País Vasco, la Comunidad Foral de Navarra o la Región de Murcia (por remisión expresa a la LOE en este último caso) limitan esta facultad al libre acceso a los centros docentes para conocer directamente las actividades que se realicen en los mismos. Las CC.AA. de Islas Baleares, Canarias y Galicia, nada dicen al respecto; Andalucía por su parte, y como ya se comentó, hace una doble remisión a la LOE y a la LOPEGCD, y Cataluña y Extremadura amplían el abanico del libre acceso a los centros incluyendo también los servicios educativos, pero nada dicen con respecto a instalaciones en que se desarrollen actividades educativas.

2. Examen y comprobación de la documentación

De acuerdo con la regulación establecida en la LOE, los inspectores están facultados para proceder al examen y comprobación de la documentación académica, pedagógica y administrativa de los centros. Las categorías citadas incluyen una pluralidad de documentos habituales y necesarios en los centros docentes (47).

Las normas de las CC.AA., por su parte, también regulan la cuestión con diferentes matices que, en líneas generales, se ajustan a lo establecido en la LOE (48).

Sería pues también conveniente unificar las atribuciones reconocidas a los inspectores por la normativa para ampliar e incluir, al menos, el examen y comprobación de los documentos de naturaleza académica, pedagógica y administrativa, tanto de los centros públicos como privados y concertados, así como de los servicios, programas, y entidades o instituciones en las que se desarrollen actividades educativas.

3. Deber de colaboración con la Inspección

Atribución establecida por la LOE, derivada igualmente de la condición de autoridad de los inspectores, se refiere a la recepción de la colaboración necesaria para el desarrollo de sus actividades por parte de los restantes funcionarios y responsables de los centros y servicios educativos, públicos y privados. Pero este deber de colaboración plantea algunas dudas.

En primer lugar, no queda claro si la referencia realizada a los restantes funcionarios se hace con carácter genérico, y por tanto a todos los funcionarios públicos, o bien incluye únicamente a los funcionarios que prestan

(47) Así, por ejemplo, forman parte de la documentación académica documentos tan relevantes como el expediente personal del alumno o las actas de evaluación; de la documentación pedagógica, las programaciones didácticas; y de la documentación administrativa, entre otros, el Documento de Organización del Centro (DOC), o las numerosas actas de reuniones de claustro, de departamento, de equipos educativos, etc.

(48) De esta forma Comunidades como Andalucía, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, País Vasco y La Rioja, se refieren al examen y comprobación de la documentación académica, pedagógica y administrativa de los centros. Islas Baleares, Galicia, Comunidad de Madrid, Comunidad Foral de Navarra, y País Vasco, no hacen mención alguna al respecto. Aragón, Castilla y León, y la Comunidad Valenciana se refieren a la documentación académica y administrativa, pero no a la pedagógica. Esto no significa, sin embargo, que la Inspección no tenga acceso en la práctica o no esté facultada para comprobar y examinar la documentación pedagógica (Ej. en reclamación de calificaciones se supervisan sus criterios de evaluación y calificación de las programaciones). Canarias y Cantabria, por su parte, se refieren en su normativa a documentos en general, sin concretar su naturaleza.

sus servicios en los centros docentes. Esto añadiría además otra dificultad, al no hacer referencia al resto del personal no funcionario que presta sus servicios en los centros docentes (personal de administración, personal laboral, etc.). Pero es que además excluiría igualmente al personal docente de los centros privados y concertados que, lógicamente, no tiene la condición de funcionario.

En segundo lugar, la referencia a los responsables de los centros (públicos y privados) y servicios educativos, no incluye tampoco al personal responsable de otras instalaciones en las que se puedan desarrollar actividades educativas a las que ya se hizo referencia con anterioridad (por ejemplo, empresas en las que se desarrollan los módulos profesionales de FCT).

Por último, la referencia a funcionarios y responsables parece dejar fuera con bastante claridad a otros miembros de la comunidad educativa como alumnos o padres, fundamentalmente, que son parte esencial del servicio público educativo.

La LOPEGCD fue, sin embargo, más generosa en la regulación explícita de las atribuciones de los inspectores al incluir entre los sujetos obligados a prestar la necesaria colaboración a «*los distintos miembros de la comunidad educativa, así como... las demás autoridades y funcionarios*».

El modelo seguido por las CC.AA. (49) en la regulación de esta atribución se ciñe también, básicamente, bien a lo establecido en la LOE, bien a lo determinado en la LOPEGCD.

4. Otras facultades y atribuciones de la Inspección

Las CC.AA. han ampliado, en la mayoría de los casos, la lista de atribuciones especificada por la LOE. No obstante, la primera cuestión que llama la atención es la confusión conceptual o terminológica con la que se reúnen en ocasiones en un mismo precepto las atribuciones, entendidas estas como facultades o poderes que corresponden a los inspectores de acuerdo con la

(49) La mayoría de las CC.AA. (Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja, C. F. de Navarra y Comunidad Valenciana) reciben en su normativa, con diferentes matices, el modelo de la LOPEGCD y por tanto extienden el deber de colaboración con la Inspección a los miembros de la comunidad educativa, entre los que quedarían incluidos el personal docente, de administración y servicios, alumnos, padres, y responsables tanto de los centros públicos como privados y concertados, y también a las demás autoridades y funcionarios en sentido general. Aun así, sería más que dudosa la extensión de este precepto a los responsables de las instalaciones en las que se desarrollen actividades educativas, por cuanto no forman parte de dicha comunidad educativa. Otras CC.AA., en este caso de forma minoritaria, se ciñen al modelo de atribución establecido en la LOE. Es el caso del Principado de Asturias, Región de Murcia y País Vasco.

normativa para el desarrollo de sus funciones, y las funciones en sentido estricto, consideradas como tareas que corresponden a la institución de la Inspección, y son desarrolladas por los inspectores (50).

Si hacemos un breve repaso por las atribuciones más relevantes incorporadas por la normativa de las CC. AA., y que se suman a las ya expuestas con anterioridad y reguladas en la LOE, podemos encontrarnos con facultades variadas que suelen también completar o ampliar las establecidas en la citada norma con carácter general (51).

VIII. SOBRE LA ESPECIAL NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSPECCIÓN DE EDUCACIÓN

La Administración inspectora engloba bajo el mismo paraguas conceptual actividades diversas que incluyen tanto la que se realiza sobre los administrados como la que se realiza *ad intra* en sus propios servicios o centros. Prototipo o paradigma de actividad inspectora ejercida por la Administración sobre los ciudadanos y demás obligados por la normativa es la inspección financiera y tributaria. Por su parte, la Inspección *ad intra* o interna por excelencia, es la Inspección General de Servicios de la Administración General del Estado o de las CC. AA.

Si analizamos las funciones atribuidas con carácter general a las distintas Inspecciones Generales de Servicios y las atribuidas a la Inspección de Educación, veremos que algunas de las que podemos considerar como funciones básicas, son en buena medida coincidentes en algunos aspectos.

Resulta evidente pues que la Inspección de Educación es en primer término o principalmente una inspección *ad intra*, ejercida sobre órganos de la propia Administración como son los centros docentes públicos, y con el fin último de garantizar el derecho a la educación de los ciudadanos. Es pues, podríamos decir, una Inspección General de Servicios especializada en un ámbito concreto de la actuación administrativa como es la prestación del servicio público de la educación.

Pero esta idea no basta o no es suficiente para entender su naturaleza, por cuanto la Inspección de Educación también actúa sobre los centros privados o concertados, con el mismo fin último de garantizar el derecho a la educación. En este sentido se acercaría más a una inspección *ad extra* que se realiza sobre los sujetos obligados, en este caso los centros docentes privados y concertados.

(50) Sucede, por ejemplo, en la normativa de las CC. AA. de Andalucía, Baleares, Castilla-La Mancha y Rioja, entre otras.

(51) Para más información *vid.* F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 435 a 437).

Quizás en este caso, siguiendo a BERMEJO (52) y la propia doctrina del TC (53), pueda decirse que la razón de la intervención de la Inspección de Educación en la supervisión y control de los centros docentes privados y concertados reside en los vínculos entre el principio de coordinación y la potestad de inspección, de tal manera que al tener la Administración, siquiera sea de manera implícita, asignada la función de coordinación del sistema educativo para que la educación se preste en las debidas condiciones, esta coordinación llevaría aparejada necesariamente la potestad de inspección, ya que la coordinación implica una cierta superioridad o supremacía de quien coordina.

Finalmente, y para concluir este artículo, podría hacerse referencia también a la responsabilidad derivada de la actuación de los inspectores de educación, pero baste recordar, dada la limitación de espacio de un trabajo de estas características, que como funcionarios públicos, los inspectores de educación están sujetos al régimen general de responsabilidad tanto en su faceta disciplinaria como patrimonial, e incluso penal en caso de comisión de cualquiera de los delitos propios de los funcionarios, susceptibles de ser cometidos desde el ámbito de la Inspección de Educación (54).

IX. CONCLUSIONES

1. Si bien se puede hablar de antecedentes más remotos, la doctrina mayoritaria coincide al afirmar que la institución de la Inspección de Educación surgió como tal en 1849 para responder en su origen a la necesidad del Estado de controlar el sistema educativo y los fondos asignados al mismo. En la actualidad se basa fundamentalmente en el deber del Estado de garantizar el derecho fundamental a la educación.

2. La Inspección de educación en España responde, en líneas generales, a un modelo organizativo descentralizado que concede autonomía a entes territoriales con competencias en el ámbito educativo como son las CC.AA.

3. En los últimos años tiende a buscarse con carácter general una mayor autonomía de los centros docentes como medio para lograr la calidad en la educación. Esta mayor autonomía implica asimismo la necesidad de rendir cuentas de la gestión realizada y de los resultados obtenidos, lo que ha obligado en buena medida a replantear la labor de la Inspección, potenciando las funciones de asesoramiento y de evaluación externa.

(52) Vid. J. BERMEJO VERA (1998: 51).

(53) STC 32/1983, de 28 de abril.

(54) Para más información vid. F. J. GALICIA MANGAS (2016c: 455 a 466) y F. J. GALICIA MANGAS (2003)

4. En relación con la naturaleza jurídica de la Inspección de Educación, a través del estudio y comparación de sus funciones y atribuciones con otras instituciones análogas o similares, se puede llegar a la conclusión de que la Inspección de Educación tiene una naturaleza mixta, en la que predomina el carácter de inspección general de servicios altamente especializada sobre los centros docentes, servicios y programas públicos, pero que se ejerce también sobre otros sujetos obligados (centros docentes privados y concertados) en virtud del principio de coordinación del sistema educativo, para garantizar en ambos casos el derecho a la educación de los ciudadanos.

5. De igual forma, y basándonos asimismo en el estudio y comparación de la normativa del Estado y de las CC.AA. podemos llegar a la conclusión de que, a pesar de la falta de concreción de la norma constitucional, tanto de la redacción de algunos Estatutos de Autonomía como de la doctrina del TC y de lo establecido en los Reales Decretos de transferencia, se deduce con claridad que la competencia de inspección de educación que denominamos técnica pertenece a las CC.AA., mientras que la denominada alta inspección corresponde inequívocamente al Estado, y ambas son funciones claramente diferenciadas. En todo caso, se puede considerar que la facultad de inspeccionar, esté expresamente citada o no, es inherente a la competencia de ejecución.

6. Uno de los principales problemas de la Inspección de Educación en nuestro país radica en la excesiva burocratización de su trabajo, en la que se da primacía a las funciones de supervisión y control sobre las de asesoramiento y evaluación, que son también funciones esenciales de la Inspección.

7. Vista y analizada la normativa en vigor tanto del Estado como de las CC.AA., parecería recomendable una revisión de la misma para adecuar y evitar las posibles contradicciones e interferencias derivadas de remisiones a normativa y legislación ya derogadas, y para clarificar las funciones y atribuciones cuya interpretación pueda resultar dudosa.

8. En cuanto a las tendencias observadas podemos decir en primer lugar que el poder político ha buscado utilizar tradicionalmente a la Inspección de Educación, constituyera o no un Cuerpo profesional, como instrumento de control de la enseñanza, y a través de la misma, de los valores, principios y normas que debían regir socialmente. Este control se ha ejercido de formas muy diversas como la libre designación de las personas que desarrollaban labores de inspección, intentando compatibilizar modelos técnicos o institucionales y políticos de inspección, impartiendo instrucciones concretas para especificar los criterios, principios o valores que se debían respetar, o controlando aspectos como la movilidad de los inspectores. Sería pues preciso reforzar la independencia de su labor profesional.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen (2000): *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*, Ed. Comares, Granada.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2013): «Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 98, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 191 a 199.
- BERMEJO VERA, J. (1998): «La Administración inspectora», *Revista de Administración Pública* n° 147, pp. 39 y ss.
- BOLÍVAR BOTÍA, Antonio (2010): «La autonomía de los centros educativos en España» n° 13, marzo, 2010. Ed. Consejo Escolar del Estado, Madrid, pp. 8 a 25.
- CASTÁN ESTEBAN, José Luis (2016): «El reto de la Inspección de educación en España», *Revista Avances*, n° 25, junio 2016, Asociación de Inspectores de Educación (ADIDE).
- COTARELO Y MORI, Emilio (1916): *Diccionario biográfico y bibliográfico de calígrafos españoles*, Imprenta de la Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, Madrid, Tomo II.
- EMBID IRUJO, Antonio (1981): «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 31 (1981), Ed. Civitas, pp. 653 a 682.
- (1989): «La ampliación de competencias educativas», *Revista Jurídica de Navarra* n° 7, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia e Interior, pp. 13 a 32.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002): *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Ed. Comares, Granada.
- GALICIA MANGAS, Francisco Javier (2003): *Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*, Ed. Atelier, Barcelona.
- (2016a): «¿Puede la Inspección abordar nuevos retos con su enfoque actual?», *Revista Avances*, n° 25, junio 2016, Asociación de Inspectores de Educación (ADIDE).
 - (2016b): «Sobre la especial naturaleza de la Inspección de Educación», *Revista Supervisión 21*, n° 41, julio 2016, Unión Sindical de Inspectores de Educación (USIE).
 - (2016c): *La Inspección de Educación: Régimen jurídico*, Ed. MEC, Madrid.
 - (2016d): «Diferencias en la actuación de la Inspección de Educación en centros públicos, privados y concertados», *Revista Avances*, n° 26, diciembre 2016, Asociación de Inspectores de Educación (ADIDE).

- GALVÁN PALOMO, Francisco (2008): «La Alta Inspección de Educación», *Revista Avances en Supervisión Educativa* n° 9, octubre 2008, Asociación de Inspectores de Educación de España (ADIDE).
- (2011): «Sistema educativo y Alta Inspección», *Revista Avances en Supervisión Educativa* n° 15, noviembre 2011, Asociación de Inspectores de Educación de España (ADIDE).
- GARCÍA URETA, Agustín (2006): *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Ed. Marcial Pons, Barcelona.
- GARCÍA-PARDO, David (1998): *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. McGraw-Hill, Madrid.
- LÓPEZ DEL CASTILLO, María Teresa (2013): *Historia de la inspección de primera enseñanza en España*, Ed. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (1983): «La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 7, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 293 a 334.
- LUZURIAGA, Lorenzo (1916): *Documentos para la historia escolar de España*, Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Madrid, Tomo I.
- MAÍLLO GARCÍA, Adolfo (1989): *Historia crítica de la inspección escolar en España*, Ed. Unión sindical de inspectores técnicos de educación, Madrid.
- (1967): *La inspección de enseñanza primaria, Historia y funciones*, Ed. Escuela Española, Madrid.
- MARTÍNEZ ARRÚE, Ignacio (2014): «La incidencia de la LOMCE y su desarrollo en las actuaciones de la Inspección de Educación», *Revista Supervisión* 21, n° 32, abril 2014, Unión Sindical de Inspectores de Educación (USIE).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (2004): «Autonomía de los centros escolares y derecho a la educación en libertad», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, n° 50, 2004, pp. 447 a 504.
- MAYORGA MANRIQUE, Alfredo (2000): *La inspección educativa. Siglo y medio de la inspección educativa en España. 1849-1999*, Ed. Santillana, Madrid.
- MEIX CERECEDA, Pablo (2013a): *Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.
- RAMÍREZ AÍSA, Elías (1993): «Introducción a la historia de la Inspección Educativa en España», en SOLER FIERREZ, Eduardo (Coord.) *et. al.*, *Fundamentos de supervisión educativa*, Ed. La Muralla, Madrid.

- SÁINZ MORENO, F. (2001): «La inspección educativa», *Revista Española de Derecho administrativo* n° 109, pp. 15 y ss.
- SECADURA NAVARRO, Tomás (2008): «Principios de Organización de la Inspección Educativa en el Estado Español: fortalezas y debilidades», *Revista Avances en Supervisión Educativa* n° 8, mayo 2008, Asociación de Inspectores de Educación de España (ADIDE).
- SOLER FIÉRREZ, Eduardo *et al.* (1993): *Fundamentos de supervisión educativa*, Ed. La Muralla, Madrid.
- SOLER FIÉRREZ, Eduardo (1994): *La inspección en las distintas concepciones y sistemas pedagógicos: característica y funciones* (Tesis doctoral), Ed. Universidad Complutense, Madrid.
- SOLER FIÉRREZ, Eduardo *et al.* (1995a): *Estudios históricos sobre la inspección educativa*, Ed. Escuela Española, Madrid.
- SOLER FIÉRREZ, Eduardo (1995b): *La práctica de la inspección en el sistema escolar*, Ed. Narcea, Madrid.
- SOLER FIÉRREZ, Eduardo (2013): *La visita de inspección*, Ed. La Muralla, Madrid.
- VALERO TORRIJOS, J. (1997): «El concepto de servicio público a la luz de la Constitución», @ministración, ciberrevista del Derecho Administrativo, n° 2, abril-junio, en <http://www.law.unican.es/administración/ESTU/96002t.htm>.
- VV. AA. (Embid Irujo, Antonio Dir.) (1999): *La descentralización de la enseñanza*, Ed. Egido, Zaragoza.

XI. ANEXOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIAL

ANEXO NORMATIVO 1

- Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007) en los arts. 21, 47, 52 y 84.
- Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007) en sus arts. 21 y 73.
- Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (LO 7/1981) en su art. 18.
- Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (LO 1/2007) en sus arts. 36 y 84.
- Estatuto de Autonomía de Canarias (LO 10/1982) en su art. 32.
- Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Cantabria (LO 8/1981) en su art. 28.
- Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (LO 9/1982) en el art. 37.

- Estatuto de Autonomía de Castilla y León (LO 14/2007) en su art. 73.
- Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006) en el art. 131.
- Estatuto de Autonomía de Extremadura (LO 1/2011) en el art. 10.
- Estatuto de Autonomía de Galicia (LO 1/1981) en sus arts. 31 y 37.
- Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de La Rioja (LO 3/1982) en su art. 10.
- Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (LO 3/1983) en sus arts. 29.1 y 34.3.
- Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (LO 4/1982) en su art. 16.
- Estatuto de Autonomía de la Comunidad Foral de Navarra (LO 13/1982) en sus arts. 40, 41, 42 y 47.
- Estatuto de Autonomía del País Vasco (LO 3/1979) en su art. 16.
- Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 5/1982) en su art. 53.
- Estatutos de Autonomía de Ceuta (LO 1/1995) y Melilla (LO 2/1995), que no contienen mención alguna respecto a las competencias en materia de educación e inspección, salvo lo dispuesto en el art. 23, idéntico en ambos Estatutos, con respecto a la posibilidad de proponer al Estado, dentro del marco de la programación general de la enseñanza, las peculiaridades docentes a impartir en sus centros, atendiendo a las necesidades que se estimen prioritarias.

ANEXO NORMATIVO 2

- En Andalucía La Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, que en sus arts. 145 a 150 regula la Inspección Educativa, y en especial su organización, planes de actuación, su consideración como autoridad pública, la visita a los centros docentes, y la formación y evaluación; y el Decreto 115/2002, de 25 de marzo, por el que se regula la organización y el funcionamiento de la Inspección Educativa de Andalucía.
- En Aragón El Decreto 211/2000, de 5 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección de Educación y se establece el sistema de acceso y provisión de puestos de trabajo en el Cuerpo de inspectores de educación en la Comunidad Autónoma de Aragón.
- En el Principado de Asturias la Resolución de 1 de agosto de 2012, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueban las instrucciones de organización y funcionamiento del Servicio de Inspección Educativa.

- En las Islas Baleares el Decreto 36/2001, de 9 de marzo, por el cual se regula la Inspección Educativa en el ámbito de la enseñanza no universitaria; y la Orden del Consejero de Educación y Cultura de 24 de marzo de 2011, por la que se regula la organización y el funcionamiento de la Inspección Educativa.
- En Canarias la Ley 6/2014, de 25 de julio de Educación de Canarias, que regula en su art. 18 el Servicio de Inspección Educativa; y El Decreto 52/2009, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Educación de la Comunidad Autónoma de Canarias. Esta norma regula, asimismo, el acceso al Cuerpo.
- En Cantabria la Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria, que completa las funciones de la Inspección Educativa y regula la estructura, organización y funcionamiento de la misma en sus arts. 152 a 157; y La Orden ECD/111/2015, de 30 de septiembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección Educativa de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- En Castilla-La Mancha La Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, en cuyos arts. 162 a 164 se regula la Inspección de Educación, su objetivo, sus funciones y organización, y la formación y evaluación; y el Decreto 34/2008, de 26 de febrero, de Ordenación de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
- En Castilla y León el Decreto 92/2004, de 29 de julio, por el que se regula la Inspección Educativa en Castilla y León.
- En Cataluña La Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña, y en especial el art. 121, relativo al acceso al Cuerpo de inspectores de enseñanza; los arts. 177 a 181, relativos a la inspección del sistema educativo; la disposición adicional decimoquinta que regula la provisión de plazas de inspectores en comisión de servicios; y la disposición transitoria décima que regula la situación administrativa de los inspectores en comisión de servicios; el Decreto 266/2000, de 31 de julio, por el cual se regula la Inspección de Enseñanza; y el Decreto 148/2002, de 28 de mayo, de modificación del Decreto 266/2000, de 31 de julio, por el cual se regula la Inspección de Enseñanza.
- En Extremadura la Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura, en cuyos arts. 181 a 186 se regula la inspección del sistema educativo, y en concreto la Inspección de Educación, sus funciones y atribuciones, su organización y funcionamiento, y la formación de la Inspección y su evaluación, todo ello sin perjuicio de otras menciones a lo largo de su articulado. En tanto no se regule la Inspección de Educación en Extremadura resulta de aplicación la Orden de 29 de febrero de 1996 del Ministerio de

Educación y Ciencia por la que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección de Educación.

- En Galicia el Decreto 99/2004, de 21 de mayo, por el que se regula la organización y el funcionamiento de la Inspección Educativa y el acceso al Cuerpo de inspectores de educación en la Comunidad Autónoma de Galicia.
- En La Rioja el Decreto 3/2010, de 22 de enero, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección Técnica Educativa de la Comunidad Autónoma de La Rioja. A falta de Orden de desarrollo, esta organización y funcionamiento se concreta en el Plan General de Actuación, con carácter anual.
- En la Comunidad de Madrid la Resolución de 20 de abril de 2007, de la Viceconsejería de Educación, por la que se dictan instrucciones de organización y funcionamiento de la Inspección Educativa de la Comunidad de Madrid.
- En la Región de Murcia, con carácter previo puede decirse que la Ley 1/2013, de 15 de febrero, de Autoridad Docente de la Región de Murcia cita a la Inspección de Educación en su art. 6º en relación con sus atribuciones, y en la disposición adicional única, para recordar que los inspectores tienen la condición de autoridad pública en el desempeño de su labor. Se regula también la cuestión en El Decreto 316/2015, de 29 de diciembre, por el que se regula y ordena la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; y en la Orden de 6 de noviembre de 2006, de la Consejería de Educación y Cultura, en cuanto no contravenga lo dispuesto en el Decreto 316/2015, de 29 de diciembre, puesto que no deroga formalmente la Orden, y mantiene su vigencia hasta la promulgación de una nueva disposición.
- En la Comunidad Foral de Navarra el Decreto Foral 80/2008, de 30 de junio, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección Educativa del Departamento de Educación.
- En el País Vasco la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca, en su capítulo II del título IV (art. 25); la Ley 15/2008, de 19 de diciembre, de creación de diversos Cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco; y el Decreto 98/2016, de 28 de junio, de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Y en la Comunidad Valenciana el Decreto 180/1992, de 10 de noviembre, del Gobierno valenciano, por el que se regula la organización y funciones de la Inspección Educativa y se establece el sistema de acceso y permanencia en su ejercicio; y el Decreto 197/1993, de 13 de octubre, del Gobierno

valenciano, de modificación del Decreto 180/1992, de 10 de noviembre, por el que se regula la organización y funciones de la Inspección Educativa y se establece el sistema de acceso y permanencia en su ejercicio.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Este anexo jurisprudencial contiene, ordenadas por fechas, un conjunto no exhaustivo de sentencias de materias variadas que afectan de forma directa o indirecta a la Inspección de Educación.

- STC 32/1983, de 28 de abril.
- STS de 31 enero 1989 (RJ 1989\574).
- STC 76/1990, de 26 de abril.
- STC 102/1995, de 26 de junio.
- STS 92/1997 de 31 enero (RJ 1997\396).
- STS de 5 mayo 1998 (RJ 1998\4836).
- STS de 17 de junio de 1998 (RJ 1998\5633).
- SAP Palencia de 17 de junio de 1998.
- STSJ Castilla y León 1697/2001 de 23 noviembre (JUR 2002\32601).
- STSJ Murcia 409/2005, de 31 mayo (JUR 2007\65968).
- STS de 7 marzo 2006 (RJ 2006\1706).
- SAN de 21 octubre 2011 (RJCA 2011\823).
- STSJ Islas Canarias 14/2011 de 7 febrero (JUR 2012\79914).
- STSJ de Castilla y León 2491\2011, de 2 de noviembre (RJCA 2011\931).
- STSJ Baleares 102/2013 de 6 febrero (JUR 2013\94426).
- STSJ Baleares 150/2013 de 19 febrero (JUR 2013\126707).
- STSJ Galicia 596/2015 de 28 octubre (JUR 2015\267410).
- STSJ Galicia 60/2016 de 10 febrero (JUR 2016\44194).
- STSJ Galicia 204/2016 de 6 abril (JUR 2016\85660).
- STSJ Galicia 269/2016 de 27 abril (JUR 2016\111867).

HISTORIA Y DERECHO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA COLOMBIANA (*)

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

SUMARIO: I. LA INICIAL PREPONDERANCIA DE LAS MILICIAS.– II. LA FORMACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL COMO PODER AUTÓNOMO.– III. LA MILITARIZACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.– IV. HACIA LA NORMALIZACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA FUERZA PÚBLICA EN LOS NUEVOS ESCENARIOS POLÍTICOS Y DE SEGURIDAD.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En el artículo se identifican los grandes condicionantes histórico-jurídicos de la fuerza pública colombiana: el inicial predominio de los componentes milicianos manifestando profundas tendencias centrífugas, la consolidación de la autonomía corporativa militar como contrapartida de la tardía formación del ejército nacional, y la militarización de la policía nacional y del orden público, con la subsiguiente ausencia de una fuerza policial ordinaria en garantía de los derechos constitucionales. A continuación, se explica cómo los anteriores elementos terminaron siendo, a la vez, causa y efecto de la completa subversión del orden público producida por la combinación de las guerrillas, el narcotráfico y los paramilitares. Sin embargo, se constata también la reacción popular que impuso la reafirmación del Estado de Derecho en la Constitución de 1991, sosteniendo que, en su aplicación, el resultado del referéndum sobre los acuerdos de paz de 2016 no puede suponer el triunfo de la visión inmovilista frente a las exigencias constitucionales de mayor democratización, que atañen también a la fuerza pública.

Palabras clave: ejército permanente de Colombia; fuerza pública de Colombia; Fuerzas armadas de Colombia; milicias en Colombia; poder civil y militar en Colombia; policía nacional de Colombia;

ABSTRACT: The article identifies the major historical and juridical developments configuring the Colombian public force. Firstly, the initial predominance of militiamen exhibiting centrifugal tendencies. Secondly, the consolidation of military autonomy linked to the late formation of the national army. And thirdly, the militarization of national police forces and public order, resulting in the lack of a regular police force guaranteeing constitutional rights. Then, it is explained how such developments were, simultaneously, cause and effect to the total subversion of the public order to the combination of guerrilla, drug-trafficking and paramilitary. Nevertheless, it is also shown that the popular reaction

(*) Estudio elaborado dentro de la Red de Estudios Comparados sobre España e Iberoamérica.

imposed a reaffirmation of the rule of law in the 1991 Constitution. Therefore, it is argued that the implementation of the referendum on the 2016 Peace Agreements cannot lead to stagnation, given the constitutional requirements of further democratization — which also concern public forces.

Key words: civil and military power in Colombia; military forces of Colombia; militia in Colombia; national police of Colombia; public force of Colombia; regular army of Colombia;

«Fuerza pública» es quizá la denominación más tradicional de «la reunión de las fuerzas de todos los ciudadanos», según se expresaba en el Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 6-12 diciembre 1790, dedicado a enunciar los «principios constitucionales» sobre la materia. Es la expresión empleada en los textos fundamentales colombianos desde 1858 y que continúa figurando en la vigente Constitución de 1991 (1). Permite agrupar en un concepto general los componentes militares y policiales (antes, también los milicianos) encargados de garantizar la seguridad, los cuales, en la misma Constitución de 1991, reciben respectivamente las denominaciones de «fuerzas militares» —integradas por el ejército, la armada y la fuerza aérea— y policía nacional.

Nada hay que oponer a la corrección lingüística y constitucionalista ni de la «fuerza pública» ni de las «fuerzas militares». Sin embargo, así como la primera expresión cuenta con el aval de la tradición que se remonta a la Revolución francesa y ha persistido en otras Constituciones latinoamericanas recientes que todavía emplean el concepto general de la «fuerza pública» (2), la segunda solo se emplea en el texto colombiano, predominando en el moderno constitucionalismo latinoamericano la identificación de las «fuerzas militares» como «fuerzas armadas» (3).

Es posible que, en este caso, la singularidad colombiana esté proporcionando una conexión con la propia historia, donde han proliferado muy diversas fuerzas armadas junto a las propiamente estatales. El orden normativo se completa aquí, en efecto, a lo largo de los doscientos años de independencia del país, con una realidad que no ha dejado de ofrecer fuerzas armadas de procedencia diversa a la estatal o pública, vinculadas generalmente a intereses territoriales y movimientos ideológicos que no han sabido o no han podido encontrar vías civiles para la expresión de sus aspiraciones políticas.

(1) Const. 1858: arts. 15.5 y 29.6; Const. 1863: art. 26; Const. 1886: arts. 165-171; Const. 1991: arts. 216-223.

(2) Const. Paraguay 1992: art. 172; y la ya derogada Const. Ecuador 1998: art. 183.

(3) Const. Honduras 1982: arts. 272-293; Const. Paraguay 1992: arts. 172-175; Const. Perú 1993: arts. 163-175; Const. Bolivia 1995: art. 207-214; Const. Ecuador 2008: arts. 158-163; Const. República Dominicana 2010: arts. 252-257.

La identificación de los grandes condicionantes histórico-jurídicos de la fuerza pública colombiana, situados en su contexto comparado general, va a constituir, así, el objeto de nuestro trabajo. Para ello, tras esta introducción, referiremos la opción de una parte significativa del pensamiento liberal de matriz occidental por las milicias, poniendo de relieve las circunstancias particulares que llevaron a la preponderancia de esa fórmula en la Colombia del siglo XIX (I); después nos ocuparemos de la formación, también en la centuria decimonónica y en el ámbito europeo, de ejércitos nacionales supuestamente integrados por ciudadanos-soldados a través del servicio militar, constituyendo esas formidables máquinas guerreras que terminaron dando lugar a las teorías justificadoras del militarismo, elementos estos que veremos aplicados en Colombia durante el tardío proceso de formación del ejército nacional, que quedó políticamente lastrado por su propia autonomía en el siglo XX (II); a continuación, expondremos, como siempre en primer lugar, los tempranos planteamientos generales sobre las distintas clases de la fuerza pública, cuya aplicación en la experiencia colombiana se produjo también con gran retraso, avanzado ya el siglo XX, y muy limitadamente al disponerse para la seguridad interior únicamente de la policía militarizada y de las fuerzas militares, con ausencia de una policía ordinaria centrada en garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos (III); expuestas las grandes etapas del proceso de formación de los elementos que integran la fuerza pública en Colombia, podremos pasar al análisis de las exigencias de plena democratización que imponen el texto fundamental de 1991 y los acuerdos de paz de 2016 (y IV).

I. LA INICIAL PREPONDERANCIA DE LAS MILICIAS

La formación de la Colombia independiente en el siglo XIX coincidió con el auge de los planteamientos del liberalismo político, una de cuyas polémicas versó sobre la necesidad del ejército permanente (4). Al considerarse injustas las guerras de agresión o de conquista, los ejércitos de las viejas monarquías europeas aparecían como enemigos del pueblo y de las libertades, llegando a estimarse que las ordinarias necesidades de defensa podían solucionarse mediante un sistema de milicias (5). Sin embargo, unos años después, el choque

(4) Para un tratamiento detallado del origen común de los modelos liberales de las fuerzas armadas, particularmente en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Italia y España, véanse G. DE VERGOTTINI (1982: 9-14) y F. LÓPEZ RAMÓN (1987: 7-14)

(5) Para el rechazo de la guerra de conquista, J. LOCKE (1690: cap. XVI, 175-196). Para la crítica de los ejércitos permanentes considerando preferibles las milicias, MONTESQUIEU (1748: libro XI, cap. VI) o KANT (1795: secc. 1º, art. 3º). Así, en el punto 13 de la Declaración de Derechos de Virginia (1776), los delegados reunidos en convención declararon: «Que una milicia bien regulada, reclutada entre el pueblo, entrenada en el manejo de las armas, es la

de las ideas con la dura realidad consolidó, en los textos señeros del constitucionalismo liberal, la existencia de ejércitos permanentes (6).

En todo caso, superada la reticencia a aceptar el ejército regular, el problema suscitado fue el de evitar que éste fuera «instrumento de opresión». Entre las diversas opciones planteadas, en la Francia revolucionaria (Constitución de 1791) y en la España liberal (Constitución de 1812), cuajó la idea de configurar la milicia como un cuerpo armado directamente colocado a las órdenes del parlamento y los municipios, una garantía frente a la eventualidad de cualquier abuso por el rey en el mando del ejército (7). Las milicias nacionales convertidas, así, en alternativa o contrapeso del ejército permanente entrañaban un germen de inestabilidad que conduciría a su supresión a lo largo del siglo XIX (8).

En los equilibrios internos de poder de la Colombia independiente está claro que ningún papel relevante ha de concederse, por lo menos en esta materia, al principio monárquico, en cambio la fórmula miliciano parece haber gozado del amplio prestigio otorgado a las ideas liberales que, en este punto, coincidían con la tradición de la época colonial, pese a que las milicias habían sido reducidas en el reinado de Carlos III tras la Revolución de los Comuneros (9). Las milicias constituyeron, así, el modelo real de fuerza armada

defensa adecuada, natural y segura de un Estado libre; los ejércitos permanentes en tiempo de paz deben ser evitados como peligrosos para la libertad; y en todo caso las fuerzas armadas estarán bajo la estricta subordinación y gobierno del poder civil.»

(6) A. SMITH (1776: libro V, cap. I, parte 1) se mostraba partidario de los ejércitos permanentes como consecuencia del principio de la división del trabajo. En la Constitución estadounidense (1787) no se prohibieron, por lo que ya sus primeros y autorizados intérpretes entendieron que estaban autorizados: A. HAMILTON (1788: arts. VIII, XXIV, XXV y XXIX) y J. MADISON (1788: art. XLVI). En la francesa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789: art. 12) se previó explícitamente: «La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza es instituida para el beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada.»

(7) Notable resulta en este sentido el discurso preliminar al debate de la Constitución de Cádiz de A. DE ARGÜELLES (1811: 123-124) caracterizando a la milicia nacional como «baluarte de nuestra libertad», medio de asegurar a la nación «su libertad interior en el caso de que atentase contra ella algún ambicioso».

(8) En España, ya en 1843 se abolió la milicia nacional por primera vez, registrándose después sucesivas reconstituciones y supresiones. En Francia, se suprimieron en 1871, tras la Comuna de París. Algunos fenómenos milicianos sin continuidad posterior cabe identificar en España durante la Guerra Civil (milicias populares, fuerzas paramilitares) y en Francia durante la Segunda Guerra Mundial (Servicio de Orden del Gobierno de Vichy, Resistencia), así como recientemente por iniciativa del presidente Hollande para combatir el terrorismo (2016).

(9) Sobre la formación y evolución general de las milicias coloniales véase S.G. SUÁREZ (1984: 57-192). Para el estudio específico de las milicias en el Virreinato de Nueva Granada véase A.J. KUETHE (1978), quien pone de relieve el carácter «altamente descentralizado» de la experiencia neogranadina, que se organizaba en torno a los tres grandes centros operativos de

colombiana a lo largo de buena parte del siglo XIX, aunque probablemente más por la fuerza de los hechos que por la de las ideas.

El mismo ejército libertador, en una etapa de militarización patriótica del país, solo parcialmente estaba integrado por la tropa regular, pues una parte significativa del mismo la constituían milicias mandadas por jefes locales, ya fueran grandes propietarios o autoridades de diferentes ciudades y provincias (10). En tal sentido, la Ley Marcial adoptada por Bolívar (1819), con su enérgico llamamiento a filas bajo pena de muerte, podría ser considerada como un bando militar de inmediata conscripción, ciertamente, pero de ámbito territorial y alcance personal limitados y, en todo caso, de breve duración frente al cercano enemigo; desde luego, no se trató del establecimiento normativo de la forma de integrar el ejército regular de un nuevo Estado (11).

En el período de la Gran Colombia (1819-1830) parece haberse constituido un ejército regular sobre la base de las formaciones milicianas de origen colonial robustecidas en la lucha de independencia. No obstante, desde el punto de vista legal, quizá no sea exacto identificar con un ejército permanente el decreto del Congreso constituyente ordenando formar un «ejército de reserva» (1821), pues aunque se hablara allí de «conscripción» y «servicio militar», por su larga duración individual —de los 16 a los 50 años—, daba la impresión de tratarse del servicio de milicias (12).

Cartagena, Panamá y Quito (*ibidem*: 13); el mismo autor analiza detalladamente la incidencia de la Revolución de los Comuneros en las milicias (*ibidem*: 79-101), poniendo de relieve que el total de sus componentes en Nueva Granada alcanzaba los 14.580 hombres durante el año 1779 (*ibidem*: 80-81), cifra que si ciertamente aumentó tras la rebelión de 1781, llegando a 15.595 individuos en 1789, fue debido al refuerzo de la presencia miliciana en ciertas poblaciones costeras (*ibidem*: 199), produciéndose después la supresión de las milicias del interior hasta bajar a 7.860 milicianos en 1793 (*ibidem*: 204-205).

(10) Conforme a la investigación de C. THIBAUD (2003: 360-365), al menos hasta 1819 las milicias heredadas de la época colonial constituyeron la base del ejército bolivariano, produciéndose después las levas que llevarían a formar el gran ejército patriótico, que pasó de 7.000 hombres en 1819 a 30.000 en 1822. El ejército bolivariano era en todo caso de muy variada composición como indica J. FRIEDE (1969: 103).

(11) La conocida como Ley Marcial —en realidad, una proclama— fue adoptada por Bolívar en Duitama el 28 julio 1819 (véase en I. PÁEZ, 1930: 17), en vísperas pues de la trascendental batalla de Boyacá (7 agosto 1819). En tal documento se requirió la presencia a disposición de los jefes militares de todos los hombres de entre 15 y 40 años (punto 1º) bajo pena de muerte para los incumplidores (punto 4º). Sin embargo, tal disposición afirmaba tener «fuerza de ley» únicamente en las provincias de Tunja, Casanare, San Martín, Pamplona y el Socorro (punto 7º), especificándose, por añadidura, que el servicio «durará sólo por el espacio de 15 días» y que «nadie será alistado en los cuerpos de línea» (punto 3º).

(12) La formación de un ejército de reserva constituyó el objeto formal del decreto de 30 junio 1821 dado por el Congreso en Cúcuta y mandado ejecutar por decreto de 4 julio 1821 del vicepresidente Nariño; concretamente se ordenaba levantar en el Departamento de Cundinamarca un cuerpo de reserva de 8.000 a 10.000 hombres guardando «la debida

Es verdad que en la Constitución de 1821 encontramos referencias dispersas a unos «ejércitos» cuya fuerza, conscripción, organización y ordenanzas correspondía adoptar al Congreso, atribuyéndose al Presidente «el mando supremo de las fuerzas de mar y tierra» y otras competencias ejecutivas en materia militar (13). Sin embargo, lo que bajo esa norma fundamental se organizó con minuciosidad, en la Ley Orgánica de Milicias (1826), fue la milicia nacional, ordenada conforme a bases parroquiales, cantonales y provinciales, es decir, profundamente arraigada en los diversos territorios (14).

Formado el Estado de Nueva Granada (1830-1858), en sus cuatro constituciones encontramos el tradicional reparto de atribuciones entre el Congreso y el Presidente o jefe del ejecutivo en relación con las fuerzas de mar y tierra (15). En las dos primeras (1830 y 1832) se incluyó también un título específicamente referido a la «fuerza armada» (16), para la que se señalaba un objeto muy amplio comprensivo del orden público y la defensa nacional (17), y se preveía su configuración como institución no deliberante y «esencialmente obediente» (18), estableciéndose también la sujeción de sus integrantes al fuero militar (19). Al mismo tiempo, se regulaba una milicia nacional que, en el texto de 1830, fue colocada a la libre disposición del jefe del ejecutivo «para la seguridad interior», mientras que en el de 1832 se precisó su situación «en cada provincia a las órdenes de su respectivo gobernador», ordenándose en ambas normas fundamentales que los milicianos o guardias nacionales

proporción con la población respectiva de cada provincia» (art. 1). Suscitadas dudas sobre el orden que debía guardarse en la conscripción, se indicaron las exenciones y preferencias aplicables mediante resolución del Congreso de 25 agosto 1821, ejecutada de orden del vicepresidente con fecha 28 agosto 1821, en cuyo texto se explicaba que «siendo todo ciudadano soldado nato de la patria está obligado a entrar en los alistamientos de *milicias* desde la edad de 16 años hasta la de 50 por lo menos».

(13) Const. 1821: arts. 55.13°-18° y 117-123.

(14) La Ley Orgánica de Milicias de 1 abril 1826, que había sido adoptada en vía parlamentaria el 30 marzo 1826, fue mandada ejecutar por el presidente Santander.

(15) Const. 1830: arts. 36.13°-15° y 86.1; Const. 1832: arts. 74.12°-13° y 106.4°-7°; Const. 1843: arts. 67.6° y 132. 3°-8°; Const. 1853: arts. 10, 23 y 34.5°-6°.

(16) Const. 1830: tít. VIII, arts. 104-108; Const. 1832: tít. IX, arts. 169-177.

(17) En la Const. 1830 el objeto de la fuerza armada era «defender la independencia y libertad de la República, mantener el orden público y sostener el cumplimiento de las leyes» (art. 104), fórmula que se repitió en Const. 1832 con el añadido expreso de «sostener la observancia de la *Constitución* y las leyes» (art. 170).

(18) Const. 1830: art. 105; Const. 1832: art. 169.

(19) Const. 1830: art. 106 de manera muy amplia («Los individuos del ejército y armada en cuanto al fuero y disciplina, juicios y penas, están sujetos a sus peculiares ordenanzas»); Const. 1832: art. 172 más limitadamente («Los individuos de la fuerza armada de mar y tierra, cuando se hallen en campaña, serán juzgados por las ordenanzas del ejército; pero estando de guarnición, solamente lo serán en los delitos puramente militares»).

se sujetaran a la legislación militar únicamente cuando estuvieran «en actual servicio», esto es, «pagados por el Estado» (20).

Desbordado ampliamente por los acontecimientos ese marco constitucional, las tensiones territoriales e ideológicas llevaron a la Guerra de los Supremos (1839-1842), así denominada por el enfrentamiento entre diversos comandantes locales considerados «supremos» por ellos mismos. No había una fuerza única estatal: los distintos líderes provinciales disponían de sus propias milicias armadas, entre las que se contaba, como una más, la vinculada ideológica e incluso personalmente al propio gobierno (21).

Por ello, se puede decir que las sucesivas previsiones constitucionales de Nueva Granada reiterando las competencias de los poderes legislativo y ejecutivo sobre la fuerza militar estatal carecían de real aplicación (22). Así, bajo la Constitución de 1843 los conservadores dispusieron del ejército estatal como su propia milicia, al igual que los liberales, subidos al poder en 1849 y habiendo elaborado a su conveniencia la nueva Constitución de 1853, organizarían su ejército estatal. Las milicias partidistas se diferenciaban quizá en el origen de la financiación, que pasaba a depender —o consolidaba su dependencia— del presupuesto estatal cuando el correspondiente grupo político se alzaba con el poder público (23).

(20) Const. 1830: arts. 85.5° y 107; Const. 1832: arts. 173 y 174.

(21) La historia de Colombia está dominada por las desigualdades que, desde su mismo origen independiente, derivan de la comparación entre los componentes criollos, mestizos, indígenas y africanos. El temor de las clases dominantes a la pérdida de sus privilegios, la indignación de la población trabajadora ante el cercenamiento de sus aspiraciones y la venganza pendiente de las poblaciones esclavizadas fueron los ingredientes que determinaron los graves episodios de odio y violencia que han jalonado la trayectoria de este país. No obstante, las causas determinantes de las guerras internas colombianas, tras la independencia, no derivaron inmediatamente de la combinación de las diferencias raciales con las contradictorias situaciones de pobreza y de opulencia, ni con irreconciliables sentimientos de marginación y de prepotencia; aunque la segregación colonial de los grandes grupos étnicos constituye el fermento del radical inconformismo social posterior, no se encuentra en ella el origen directo de los primeros conflictos colombianos, que obedecieron prioritariamente a contiendas territoriales e ideológicas. Las guerras civiles del XIX enfrentaron a liberales contra conservadores, aunque al principio los respectivos partidos estuvieran todavía en embrión. Quienes luchaban entre sí eran, en último extremo, grupos de criollos que dirigían sus propias milicias territoriales. Véase G. SÁNCHEZ GÓMEZ (1990: 8-12), quien estima que en el XIX colombiano «la guerra se comporta como fundadora del derecho», llegando a contabilizar 14 guerras civiles derivadas fundamentalmente de las rivalidades entre las clases dominantes, que se agrupaban en los partidos liberal y conservador.

(22) Const. 1843: arts. 67.6° y 102.3°-8°; Const. 1853: arts. 10.1°, 23 y 34.5°.

(23) Según A.L. ATEHORTÚA CRUZ (2001: 134-135), el ejército bolivariano desapareció completamente tras el levantamiento del general José María Melo (1854), reduciéndose en 1855, primero, a un total de 588 hombres y quedando poco después 373 efectivos; todo ello «con el beneplácito de las élites civiles», pues «la partida de defunción del ejército central era

Establecido el régimen federal, todavía en la Constitución de la Confederación Granadina (1858) podemos encontrar reproducidos los anteriores esquemas formales de distribución de funciones en relación con la fuerza pública (24). En cambio, con mayor adherencia a la realidad, en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia (1863) se incluyó la referencia a una fuerza pública federal integrada, al margen de los voluntarios, por los contingentes proporcionales que habían de suministrar los Estados miembros, formando cuerpos militares sujetos legalmente a sus jefes naturales, además de «la milicia nacional que organicen los Estados según sus leyes» (25). La dispersión de fuerzas armadas territoriales era total y así se reflejaba exactamente en la norma fundamental (26).

Buena muestra de la absoluta falta de control de la violencia en el territorio de la Colombia federal viene dada por el reconocimiento legal nada menos que de una suerte de derecho a la guerra civil dentro de cada Estado federado. No se trata de algo parecido al tiranicidio contra el gobierno déspota ni de una institución similar que pudiera entroncar con el pensamiento de Mariana u otros ilustres juristas hispanos del Renacimiento y el Barroco, sino del derecho a solucionar los conflictos políticos por las armas. En efecto, en una extrañamente denominada Ley sobre Orden Público (1867), pieza única en el constitucionalismo comparado, el Congreso de los Estados Unidos de Colombia dispuso:

«Cuando en algún Estado se levante una porción cualquiera de ciudadanos con el objeto de derrocar el gobierno existente y organizar otro, el Gobierno de la Unión deberá observar la más estricta neutralidad entre los bandos beligerantes» (27).

una necesidad para el nacimiento del federalismo y la seguridad de las élites regionales», de manera que «se dio paso, entonces, a los ejércitos particulares, a las ‘montoneras’ construidas por caciques y propietarios», llegándose a una situación en la que «el poder de cada partido residía en el vigor de sus ejércitos de reserva».

(24) Const. 1858: arts. 15.5°, 29.6° y 43.5°-6°.

(25) Const. 1863: arts. 26-27.

(26) Para un ejemplo de las milicias territoriales, véase el estudio sobre el Estado de Magdalena en el período 1863-1885 de A.P. CAMARGO RODRÍGUEZ (2012).

(27) Ley 20/1867, de 16 abril: art. 1. La ley fue ratificada por el presidente Tomás Cipriano de Mosquera (entonces, liberal) pocos días antes de que ordenara el cierre de sesiones del Congreso y de que finalmente fuera destituido, lo que aconteció el 23 mayo 1867. Resulta sorprendente la displicencia con la que D. BUSHNELL (2007: 183) comenta esta regulación diciendo que «las autoridades nacionales se entrometieron a veces en estos conflictos políticos dentro de los Estados, aun después de la aprobación de la ley de 1867 que prohibía expresamente al presidente de la nación tomar partido en guerras civiles suscitadas dentro de los Estados».

Y por si hubiera alguna duda del objeto de norma tan claudicante ante el uso de la fuerza bruta, el legislador continuaba estableciendo:

«Mientras dure la guerra civil en un Estado, el Gobierno de la Unión mantendrá sus relaciones con el gobierno constitucional (del Estado en cuestión), hasta que de hecho haya sido desconocida su autoridad en todo el territorio; y reconocerá al nuevo gobierno, y entrará en relaciones oficiales con él, luego que se haya organizado conforme al inciso 1º, artículo 8º de la Constitución» (28).

No es de extrañar el desencadenamiento de la cruel guerra civil de 1876. El ejército estatal dominado por el partido que se hacía con el poder estatal no era la única fuerza armada que concurría en el territorio colombiano, donde seguían existiendo diversas milicias territoriales o partidistas.

La previsión constitucional de un ejército permanente desligado de los contingentes territoriales mandados por sus jefes naturales se recuperó, en la experiencia colombiana, con el texto centralizador de 1886. Nuevamente bajo el mando supremo del Presidente de la República, se configuró en la norma fundamental del Estado un ejército con arreglo al pie de fuerza autorizado por el Congreso, subordinado al poder civil y sujeto al principio de legalidad y a la jurisdicción penal castrense, junto al cual cabía también establecer una milicia nacional (29).

No obstante, ha de resaltarse que la milicia nacional, que la Constitución de 1886 permitía organizar y establecer mediante una ley, nunca se puso en práctica. Quizá la referencia tenía que ver con la percepción constitucional de las insuficiencias de la fuerza militar, de manera que la falta de control del territorio pudo ser el elemento determinante del mantenimiento teórico del resorte miliciano, aunque éste no llegara a funcionar. De cualquier manera, el recompuesto Estado unitario colombiano hubo de terminar la centuria sumido

(28) Ley 20/1867: art. 2. El art. 8.1º de la Constitución de 1863 invocado en esta ley recogía la obligación de los Estados miembros de «organizarse conforme a los principios del gobierno popular, electivo, representativo, alternativo y responsable». No obstante, el legislador ordinario parecía olvidar que tal compromiso, junto con otros, se adoptaba, en la literalidad del mismo precepto constitucional, «en obsequio de la integridad nacional, de la marcha expedita de la Unión y de las *relaciones pacíficas entre los Estados*», de manera que resultaba difícil apoyar en la Constitución el deleznable derecho a la guerra civil de los Estados. Para comprender el ambiente de la época, puede ser útil conocer que la citada ley 20 iba precedida de la ley 6/1867, de 12 marzo, también ratificada por el presidente T. C. de Mosquera, donde se reconocía la facultad constitucional de los Estados miembros no ya de constituir una milicia nacional, que era lo previsto en la Constitución de 1863 (art. 26), sino «de mantener en tiempo de paz la fuerza pública que juzguen conveniente», lo que parecía una explícita autorización a la formación de ejércitos permanentes por los Estados miembros. En todo caso, la ley 20/1867 fue escuetamente derogada «en todas sus partes» por el art. único de la ley 61/1876, de 17 junio, mandada ejecutar por el presidente Aquileo Parra (liberal).

(29) Const. 1886: arts. 75.6º, 98.5º, 120.9º y 165-171.

en una nueva contienda civil, la denominada Guerra de los Mil Días (1899-1902). A su terminación, empezaron a adoptarse las medidas encaminadas a formar un verdadero ejército nacional. El sueño liberal de una fuerza pública de composición miliciana pudo considerarse definitivamente arrinconado (30).

II. LA FORMACIÓN DEL EJÉRCITO NACIONAL COMO PODER AUTÓNOMO

El efectivo establecimiento del sistema de fuerza pública diseñado en la Constitución de 1886 ocupó prácticamente todo el siglo XX. Al igual que hemos visto con la alternativa miliciana en la centuria anterior, la experiencia colombiana también conectaba aquí con planteamientos generales previamente desarrollados en el ámbito occidental.

El ejército nacional formado por ciudadanos-soldados, que inicialmente la Revolución opuso al ejército mercenario del Absolutismo, tras la experiencia de las grandes movilizaciones napoleónicas había pasado a nutrirse conforme a las pautas del servicio militar establecido legalmente en función de las necesidades anuales (31). La formación del ejército nacional como expresión de la patria o la nación armada apareció rodeada de ideas míticas sobre su carácter democrático y universal. La imagen de una fuerza armada compuesta de ciudadanos, es decir, de soldados reflexivamente obedientes, fue una «idea seductora», pero incompatible con la realidad de los grandes Estados (32). No más exacto resulta el pretendido carácter universal del servicio militar, al menos, hasta épocas recientes, habida cuenta, en las mismas experiencias

(30) Bajo la Constitución de 1886, el art. 171 remitía a una ley el régimen de la milicia nacional, aunque dicha ley nunca llegó a aprobarse. En la actualidad, el art. 216 de la Constitución de 1991 establece que «la fuerza pública estará integrada *en forma exclusiva* por las fuerzas militares y la policía nacional», de manera que la eventual reconstitución de las milicias nacionales parece que habría de requerir una reforma constitucional previéndolas (o suprimiendo la prohibición tácita de las mismas) y una ley regulándolas. Sin embargo, los servicios comunitarios de vigilancia y seguridad privada (CONVIVIR) creados por decreto-ley 356/1994 en la presidencia del liberal César Gaviria, que asemejaban mucho a una formación miliciana, no fueron considerados inconstitucionales en la sentencia de la Corte Constitucional C-572/97, que las estimó expresión del derecho-deber de colaboración con las autoridades encargadas de la seguridad.

(31) Para una exposición de los sistemas de reclutamiento practicados en la Francia revolucionaria, véanse D. BLANQUER CRIADO (1996: 73-94) y F. LÓPEZ RAMÓN (1987: 14-17).

(32) Como decía B. CONSTANT (1814: 160-162): «Un vasto imperio necesita tener soldados de tal subordinación cual es preciso para ser agentes pasivos e irreflexivos. Tan luego como salen de sus hogares pierden aquellos conocimientos que podían ilustrar su juicio (...) sometidos a la disciplina militar que los aísla o separa de los naturales del país, no seguirán ni tendrán otra opinión que la de sus jefes, no tratarán más que con ellos. Serán ciudadanos en el lugar de su nacimiento y soldados en cualquier otra parte.»

europas, de la generalizada y duradera existencia de variadas exenciones en beneficio de los retoños de las clases acomodadas.

Por añadidura, los formidables ejércitos nacionales, con anterioridad a la Primera Guerra Mundial, sufrieron la penetración de ideologías militaristas que cuestionaban la supremacía del poder civil con el destacado apoyo de teorías jurídicas sostenedoras de la legitimidad del poder militar (33). En Alemania, tempranamente diversos autores de la gran escuela iuspublicista contribuyeron a construir un formidable poder de mando militar exento de toda limitación jurídica (34). En Italia, la teorización sobre la administración militar planteaba la autónoma organización de las fuerzas armadas en la medida necesaria para cumplir sus funciones (35). Más avanzado el siglo XX, en España, la doctrina atribuiría al ejército la misión de salvar a la sociedad, bien en circunstancias extraordinarias apreciadas por los propios militares, bien como expresión de un control militar permanente sobre las autoridades civiles (36).

Con el telón de fondo de las anteriores referencias, en el caso colombiano cabe identificar distintos impulsos que a lo largo del siglo XX determinaron: primero, la formación del propio ejército permanente; segundo, la configuración nacional de ese ejército; y tercero, la consolidación del militarismo bajo la

(33) Bajo la óptica jurídica, véase una exposición de las teorías sobre el poder militar en las doctrinas alemana e italiana en F. LÓPEZ RAMÓN (1987: 133-153) y también en la doctrina española (*ibidem*: 110-11115; 216-236). Ha de precisarse que en otras doctrinas occidentales siempre ha dominado la tesis de la esencial subordinación de las fuerzas armadas a las autoridades del poder civil, como puede comprobarse en las referencias de juristas franceses e italianos que se proporcionan en la misma obra (*ibidem*: 120-132), así como ampliamente de la doctrina española de diversas épocas (*ibidem*: 101-110; 191-202).

(34) P. LABAND (1903: 20-57) justificaba un enorme ámbito de la potestad reglamentaria del ejecutivo federal en materia militar en detrimento de las atribuciones parlamentarias, además de sostener un contundente poder de mando militar directo del emperador para garantizar la seguridad interna y externa; O. MAYER (1903: 7) consideraba que el mando militar era «por su naturaleza, absoluto y libre de toda limitación jurídica»; G. JELINEK (1907: 467) mantenía también que el gobierno ejercía el mando supremo de la fuerza armada sin sujeción a regla jurídica.

(35) Dentro del gran tratado dirigido por V.E. ORLANDO, véase C. CORRADINI (1913: 29-49), cuyos puntos de partida consistían en caracterizar la actividad militar como una actividad autónoma del Estado, radicalmente distinta del resto de actividades que ejercía el poder ejecutivo debido a la incidencia de unas potestades de mando más intensas.

(36) Véanse, entre otros: L. GARCÍA ARIAS (1967: 138-148), para quien «si bien las fuerzas armadas, en circunstancias normales, deben servir y obedecer al gobierno, cuando éste coloca al Estado contra la sociedad o la nación, o sea en circunstancias extraordinarias o anormales, el conflicto de obediencia no puede resolverse a favor del gobierno»; H. OEHLING (1967: 84-139) criticaba los principios constitucionales de subordinación y apoliticismo militar, y afirmaba la existencia de una «función política material» de las fuerzas armadas, argumentando que «el ejército es una parte del cuerpo social imprescindible y no un instrumento al servicio de la dudosa minoría reflejada en un gobierno, siempre temporal y transitorio».

forma final de un importante ámbito de autonomía militar (37). A la búsqueda de un modelo comparado, la experiencia colombiana nos mostrará un amplio repertorio de misiones militares extranjeras —francesas, chilenas, suizas, alemanas— que se turnaron en el diseño de las fuerzas militares nacionales. Sin embargo, la influencia dominante desde la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad será la procedente de Estados Unidos, que ha contribuido decisivamente a formar una de las más poderosas máquinas bélicas de América, dotada de una inquietante autonomía en su funcionamiento. En definitiva, cabe adelantar la impresión de que las dificultades históricas encontradas para la formación del ejército nacional colombiano han resultado finalmente compensadas con la formación de un verdadero poder militar.

Nuestro punto de partida, en la historia colombiana, se encuentra en la tardía y lenta puesta en marcha de una fuerza pública estatal que no sólo correspondiera a la tímida aceptación liberal del ejército permanente, sino que pudiera asumir la contundente fórmula weberiana del monopolio estatal del poder legítimo (38). Así, tras la Guerra de los Mil Días, que terminó con la victoria conservadora y la práctica disolución de las milicias liberales, no se siguió la dinámica partidista hasta entonces dominante en relación con las fuerzas militares (39). Probablemente, el peso de las tremendas pérdidas humanas de la contienda, incrementado con la independencia del territorio de Panamá ayudado por Estados Unidos (1903), fueron los factores que permitieron asentar y generalizar la conciencia política sobre la necesidad de superar la tradicional vinculación partidista de las fuerzas armadas.

En todo caso, la profesionalización militar fue el objetivo puesto en marcha bajo la presidencia de Reyes (40). Las fuerzas militares se redujeron notable-

(37) No es fácil aislar cronológicamente esos elementos, pues la consolidación de cada uno de ellos ha implicado superposiciones con los restantes, de manera que, aun cuando procuraremos seguir una exposición cronológica, no cabe ofrecer una línea histórica continua en la que se desarrollen fases progresivas incorporando los rasgos caracterizadores.

(38) M. WEBER (1922: 2ª parte, IX.2) sostenía que, «desde el punto de vista de la consideración sociológica», el Estado no podía ser definido por el contenido de las tareas que asume, dado que «no existe apenas tarea alguna que no haya tomado alguna vez en sus manos»; así, «sociológicamente el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que le es propio, a saber: el de la coacción física»; por tanto, «el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima».

(39) Sobre la Guerra de los Mil Días, sus posibles conexiones con la Primera Guerra Mundial y los factores de la cultura constitucional colombiana que pudieron incidir en el conflicto, véase M.L. CALLE MEZA (2014: 63-145).

(40) El presidente conservador Rafael Reyes ejerció sus funciones en el período 1904-1909. Téngase en cuenta que al hablar de profesionalización militar en la experiencia colombiana se hace referencia a la configuración neutral o apolítica de las fuerzas armadas, mientras que en otros países la misma expresión designa los procesos de sustitución del

mente y aun fueron alejadas del centro político del país, ocupándolas directamente en la construcción de obras públicas. La reforma militar dio comienzo con el apoyo de una misión chilena que puso en marcha la formación de oficiales profesionales en la Escuela Militar de Cadetes de Bogotá y la Escuela Naval de Cartagena, ambas creadas en 1907, así como en la Escuela Superior de Guerra constituida en 1909 (41).

La introducción y consolidación del ejército profesional hubo de enfrentarse a las resistencias de una oficialidad supuestamente formada en el directo servicio de armas. Se produjeron, así, tensiones importantes que no solo afectaron a la propia Escuela Militar, pues llegaron a trascender al ámbito político determinando la paralización del proceso. Sin embargo, la continuidad en el apoyo a la profesionalización militar se retomó en el período presidencial de Restrepo (1910-1914), bajo cuyo mandato se intentó poner en marcha el servicio militar obligatorio característico del tipo de ejército nacional anteriormente referido.

Los primeros pasos en la formación del ejército nacional se habían dado ya en la Constitución de 1886, que incluyó en el máximo nivel normativo la obligación de todos los colombianos de «tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias», legitimándose así el servicio militar, cuyo régimen jurídico quedó formalmente remitido a la ley (art. 165). Y efectivamente por Ley 167/1896, se estableció el servicio militar obligatorio en sustitución del reclutamiento o enganche forzoso, que se había practicado frecuentemente bajo apariencia de voluntariedad. Sin embargo, el nuevo sistema quedó sin aplicación debido a la Guerra de los Mil Días.

Fue en el gobierno del presidente Carlos E. Restrepo cuando se puso en marcha el servicio militar por Decreto 1144/1911, pero admitiendo el rescate por dinero, es decir, la directa redención en metálico de la obligación (arts. 34-35), fórmula que sería suprimida por el Decreto 1171/1914 que estableció el reemplazo, mediante el cual se podía sustituir por precio a un tercero en el cumplimiento de la propia obligación. Estábamos, por tanto, ante el inicio de la formación de un ejército nacional integrado por ciudadanos de la edad y las condiciones establecidas legalmente, siquiera resultara notable la diferencia de trato que, en cumplimiento de un deber constitucional, derivaba de la capacidad económica de los obligados.

reclutamiento forzoso por soldados voluntarios retribuidos. No obstante, aun en el caso colombiano, la profesionalización entendida como neutralidad conllevó la formación de una oficialidad profesional o técnica, según vamos a comprobar enseguida en el texto.

(41) Véanse A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012; 60-63) y J.C. HERNÁNDEZ TORRES (2008: 283-287). Se sucedieron cuatro misiones chilenas hasta 1914, las cuales trataron de difundir en la oficialidad colombiana el espíritu marcial y apolítico del ejército prusiano, que era el modelo seguido en Chile.

La modernización de las fuerzas militares comprendió la creación de la aviación militar (Ley 126/1919). Sin embargo, junto a ese signo de modernización, el ejército continuó siendo empleado como aparato represor de los nuevos movimientos sociales, siempre al servicio de los intereses del partido en el gobierno, según pondría de relieve la misión militar suiza contratada en 1924 (42).

En el período de la República Liberal (1930-1946), se recuperaron los intentos de profesionalizar la fuerza armada, entonces con el asesoramiento de una misión alemana (43). Su apoliticismo trató de garantizarse mediante la directa prohibición del voto a los militares (Ley 72/1930), pero continuó prevaleciendo el empleo del ejército para funciones propiamente policiales de acuerdo con los intereses partidistas. La guerra con Perú (1932-1933), pese a lo limitado del enfrentamiento, puso de manifiesto las carencias del potencial bélico de Colombia, aunque sirvió para acentuar ante la opinión pública el papel simbólico de sus fuerzas armadas. Finalmente, bajo la presidencia de López Pumarejo pudo considerarse culminada la formación del ejército nacional con la Ley sobre Servicio Militar Obligatorio (1945), que estableció la conscripción general de todo varón colombiano declarado apto para el servicio y no exento; «en consecuencia —se leía en el artículo 5— no se aceptan reemplazos ni compensaciones pecuniarias de ninguna clase» (44).

Ya antes de la Segunda Guerra Mundial se dio inicio a la relación entre las fuerzas armadas de Colombia y Estados Unidos, primero en los sectores aéreo y naval y después conformando una influencia militar generalizada que no ha dejado de crecer a lo largo del tiempo. Así lo ponen de relieve los tratados de apoyo militar, el incremento de las misiones conjuntas, los notables suministros

(42) Véase E. PIZARRO LEONGÓMEZ (1987), destacando las críticas tanto de la propia misión militar suiza (1924-1930) al comprobar la ineficacia del ejército colombiano para las funciones de defensa exterior, como de buena parte de la oficialidad al poner de relieve el contraste de las novedades que pretendían introducir los integrantes de la misión, particularmente en materia de disciplina, propiciando la libertad y responsabilidad individuales en abierto contraste con la disciplina vinculada al tradicional cabo de varas. Véase también A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012: 63-64); D. BUSHNELL (2007: 235-259).

(43) Sobre la misión militar alemana (1929-1934), véase de nuevo E. PIZARRO LEONGÓMEZ (1987); sobre el período en general véanse: A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012: 65-67); D. BUSHNELL (2007: 261-286).

(44) La Ley 1/1945, de 19 febrero, preveía el sorteo como medio de elegir a los conscriptos que habían de ingresar al servicio activo (art. 4), cuya duración era de un año prorrogable hasta dos años «en caso de necesidad manifiesta» [art. 3.1.a)]; las exenciones más llamativas se referían al clero católico (art. 20); para los estudiantes se establecían aplazamientos (art. 23) e instrucción premilitar encaminada a formar oficiales de la reserva (arts. 24 y 25). Conforme a premisas similares, actualmente se aplica la Ley 48/1993, de 3 marzo, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización.

de material bélico y particularmente las labores de formación de la oficialidad colombiana en los centros norteamericanos de adiestramiento militar (45).

Todo ello no fue sino la importación colombiana de la doctrina estadounidense de Seguridad Nacional. Esta doctrina militar, forjada para combatir al comunismo durante el largo período internacional de la Guerra Fría, se asentaba en el compromiso de defensa exterior del continente por la gran potencia norteamericana, propugnando al mismo tiempo, en los países latinoamericanos, la especialización de las fuerzas militares, junto a las policiales, para el combate de cualesquiera manifestaciones de las ideologías comunistas consideradas necesariamente subversivas. El adiestramiento contrainsurgente de buena parte de la oficialidad latinoamericana, en la conocida como Escuela de las Américas, conllevó el manejo de técnicas de tortura, extorsión y secuestro, con empleo de ejecuciones sumarias y demás variantes de la llamada guerra psicológica (46).

De cualquier manera, al margen de la influencia del militarismo estadounidense, las propias circunstancias nacionales terminaron admitiendo, probablemente como vía de aseguramiento del ejército nacional, la implantación de una ideología militarista en el período de La Violencia (1946-1957), que habría de culminar con la dictadura del general Rojas Pinilla (47). La aparente

(45) La oposición norteamericana al comunismo internacional, en el contexto de la Guerra Fría, permite explicar en buena medida la suscripción del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (Río de Janeiro, 1947), que viene comprometiendo la ayuda recíproca de la mayor parte de los Estados americanos frente a cualquier ataque exterior a los mismos; véase O. SEPÚLVEDA Q. (1995: 17). También la clave anticomunista parece explicar la participación colombiana en la Guerra de Corea (1951-1954); véase A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012: 70-71). En todo caso, las relaciones culminarían en el Tratado de Asistencia Militar entre Colombia y Estados Unidos de 1952. Para una exposición detallada de la consolidación de las relaciones militares entre los dos países, véanse: A. PRIETO RUIZ (2013: 42-53) y ampliamente S.M. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ (2006). En cuanto a la formación de oficiales colombianos en Estados Unidos, destacando los puestos atribuidos a los mismos en el ejército y el gobierno de Colombia, véase A.L. ATEHORTÚA CRUZ (2001: 156-158).

(46) Sobre los antecedentes, gestación, desarrollo y declive de la doctrina de Seguridad Nacional y su aplicación en América Latina, véanse: F. LEAL BUITRAGO (2003); A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012: 92-95); M.L. CALLE MEZA (2014: 321-346). La afirmación de la citada doctrina se vincula a la aprobación por Estados Unidos de la Ley de Seguridad Nacional (1947), que creó el Consejo de Seguridad Nacional y la CIA. La llamada (desde 1963) Escuela de las Américas del Ejército de Estados Unidos estuvo situada en la zona del Canal de Panamá entre 1946 y 1984, situándose actualmente en Fort Benning (Georgia) con la denominación de *Western Hemisphere Institute for Security Cooperation*; véase R. BALLÉN (2006: 203-206).

(47) Sobre La Violencia y su legado, véase G. SÁNCHEZ GÓMEZ (1990: 14-28), quien considera que en este período la confrontación se produjo entre clases dominantes y subalternas, destacando el significado del asesinato del líder populista, social y político Jorge Eliécer Gaitán (1948), que desencadenó la rebelión popular conocida como el Bogotazo y la reacción del terror impuesta por el ejército y la policía, que a su vez generó la resistencia

reacción civil, plasmada en los excluyentes acuerdos entre los partidos liberal y conservador que dieron lugar a la etapa del Frente Nacional (1958-1974), si bien eliminó el fantasma del golpismo, sirvió para dar carta de naturaleza a la autonomía militar (48). Así se aprecia claramente en la importante declaración del presidente Lleras Camargo (1958) cuando, tras manifestar su rechazo a la intervención militar en política, afirmaba (49):

«Yo no quiero que las fuerzas armadas decidan cómo se debe gobernar a la nación, en vez de que lo decida el pueblo; pero no quiero, en manera alguna, que los políticos decidan cómo se deben manejar las fuerzas armadas en su función, en su disciplina, en sus reglamentos, en su personal...».

En el texto no sólo había una apuesta por la profesionalización militar, sino explícitamente también por la autonomía militar. La formación especializada de la oficialidad permitiría explicar, en principio de la misma manera que para cualquier otra profesión, la existencia de un ámbito de discrecionalidad técnica. Sin embargo, ese ámbito técnico-militar no debiera nunca afectar a los diferentes niveles de decisión política sobre la seguridad nacional (50).

armada de grupos de campesinos y una tremenda conmoción social subterránea, de resultados de la cual los elementos básicos del mundo tradicional se derrumbaron: la economía sufrió golpes irreparables adoptando formas de tipo clientelar, los valores morales se secularizaron y se quebró la hegemonía del bipartidismo. Véanse también: D. BUSHNELL (2007: 287-315); M.L. CALLE MEZA (2014: 349-524).

(48) Sobre el período histórico del Frente Nacional, véanse: D. BUSHNELL (2007: 317-351); M.L. CALLE MEZA (2014: 527-605).

(49) Fácilmente pueden encontrarse en Internet diversas reproducciones del conocido discurso pronunciado el 9 mayo 1958 en el Teatro Patria por el presidente electo, el liberal Alberto Lleras Camargo.

(50) Los niveles de decisión establecidos por los ordenamientos jurídicos en materia de seguridad pueden llegar a ser muy complejos. En el importante estudio sobre la organización de la defensa nacional de B. CHANTEBOUT (1967: 429-447) se establecían los siguientes niveles de decisión: *a) la política de defensa*, que se refiere a la identificación de los objetivos y de los medios generales; «define las alianzas a concluir y el esfuerzo nacional a realizar en favor de las fuerzas militares»; *b) la dirección general de la defensa*, que supone «la coordinación de las actividades en la persecución de los fines definidos por la política de defensa y en el cuadro de los medios fijados por esta política»; *c) la dirección general de la actividad de las fuerzas armadas*; y *d) la ejecución militar de las decisiones del poder político*. En este último ámbito es donde encontraríamos la aplicación de los conocimientos técnicos del militar profesional, lo cual no significa ni inaplicación de un régimen jurídico ni exención de responsabilidad, puesto que también la profesión militar cuenta con reglamentaciones técnicas, buenas prácticas y otros elementos que, dentro del respeto al Derecho Humanitario y demás reglas jurídicas aplicables, constituirían la *lex artis*. Me parece bien captado el ámbito técnico-militar en el siguiente texto que el almirante estadounidense D. CHANDLER (2004: 105-106) propone que los generales dirijan a sus jefes políticos: «Dígame qué es lo que desea, es decir, escriba su objetivo estratégico, pero después permítame decidir la forma de utilizar los recursos que me han entregado a fin de cumplir con esos objetivos. Yo le presentaré las opciones que

En la experiencia colombiana, el compromiso de 1958 significó, ante todo, la entrega de la seguridad interior a las fuerzas militares, como vamos a comprobar a continuación. Adicionalmente, supuso el fortalecimiento institucional de las mismas fuerzas armadas, que pasaron de hecho a controlar las principales medidas que les afectaban conforme a planteamientos predominantemente corporativos. Así, aunque pudieron conjurarse los golpes militares, se formó realmente un poder militar dentro del Estado (51).

En efecto, el poder militar existe con independencia de que no pretenda hacerse con el control del poder del Estado. La construcción de un ámbito del aparato estatal controlado por los propios militares puede resultar formalmente ajustada a la legalidad. Hay ocasiones incluso en las que el propio ordenamiento jurídico proporciona las claves que permiten apreciar la existencia del poder militar. En el caso colombiano, esas claves las encontramos especialmente referidas al control del orden público interno, pero también en variados aspectos de lo que cabría considerar la actuación instrumental de las fuerzas militares (52).

III. LA MILITARIZACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Tal y como ya hemos indicado, la autonomía militar resulta particularmente visible en materia de orden público, cuyo sostenimiento constituye el verdadero objetivo tanto de las fuerzas armadas como de la policía nacional. Se produce, así, la completa militarización del orden público, pues la policía aparece como una prolongación del ejército, con límites de actuación no bien

considere prudentes; le recomendaré una de ellas; usted tomará la decisión definitiva, pero deberá permitirme que yo la ejecute».

(51) Sobre el militarismo en América Latina, véase A. ROUQUIÉ (1982) y específicamente para Colombia, G. BERMÚDEZ ROSSI (1997).

(52) Las referencias doctrinales a la militarización del orden público son abundantes; véase por todas A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012: 95-114). Al margen de tales referencias, no hemos localizado un estudio sistemático sobre la autonomía del poder militar en la realidad colombiana. Sin embargo, véase la memoria suscrita por el ministro de Defensa L.C. VILLEGAS (2016: 119-134), donde encontramos algunas manifestaciones de ese poder, por ejemplo, en el grupo de sociedades y empresas de la defensa (GSED), que incluye actividades económicas en los sectores de la construcción, el ocio, la hostelería, la educación (militar y no militar), las pensiones, la industria y otros siempre bajo el control militar. Da la impresión de que las fuerzas militares disponen de financiación pública para establecer su propio sistema de organización social separada, lo que les permite funcionar como un verdadero poder. En la dimensión más política, véase O. SEPÚLVEDA Q. (1995: 227), quien denuncia la frecuencia con la que altos mandos de las fuerzas militares colombianas deliberan, opinan e incluso se permiten discrepar públicamente sobre cuestiones relativas a las políticas gubernamentales en materia de seguridad o a las decisiones judiciales que les afectan, todo ello sin que medie ninguna reacción política, ni disciplinaria, ni penal.

definidos, debido a la prevalencia de su real carácter militar por encima de su formal y aparente naturaleza civil.

El contraste con el modelo liberal de fuerza pública resulta particularmente visible en la práctica ausencia de una policía ordinaria centrada en garantizar los derechos constitucionales. Cabe recordar en tal sentido que el temprano doctrinarismo francés consideraba necesario establecer tres partes en la fuerza armada y «trazar para cada una de ellas la línea que no pudiese salvar»: *a)* al *ejército de línea* habría de encomendarse la seguridad exterior del Estado, «se le destinaría, pues, a donde aquélla puede ser amenazada, esto es, a las fronteras»; *b)* la función de la *guardia nacional* consistiría en «garantizar la seguridad pública», siendo destinada a «sofocar las turbulencias y sediciones»; y *c)* por fin, correspondería a la *gendarmería* «garantizar la seguridad privada», persiguiendo y arrestando a los criminales (53).

Por tanto, tres organizaciones de la fuerza pública correspondientes a los tres grados que pueden presentar los ataques y perturbaciones de la paz; necesidades diferentes requieren medios también diferentes; no cabe tratar con técnicas de guerra las alteraciones de la seguridad ciudadana, ni cabe confiar a la policía local la lucha contra el terrorismo. La singularidad colombiana consiste en que toda la fuerza pública está dedicada a combatir las amenazas interiores. Tras haber expuesto, en el epígrafe anterior, la trayectoria de las fuerzas armadas, trataremos ahora de comprender el proceso histórico correspondiente a la policía.

Las primeras fuerzas de policía colombiana se constituyeron vinculadas a autoridades periféricas y locales siguiendo los planteamientos coloniales. Así, aunque vamos a ocuparnos de los principales intentos de construir una policía nacional, debe tenerse en cuenta que, a lo largo de todo el siglo XIX y buena parte del XX, las policías departamentales y municipales fueron las únicas existentes en todo el territorio, limitándose los experimentos de la policía nacional al ámbito de Bogotá (54).

(53) Ese era el sistema propuesto por B. CONSTANT (1814: 158-170), probablemente con fundamento en el Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 6-12 diciembre 1790 —y posteriormente en la Constitución de 1791—, donde se distinguían también tres elementos en la fuerza pública: *a)* el ejército destinado a actuar contra los «enemigos de fuera»; *b)* los «cuerpos armados para el servicio interior», que debían actuar contra «los perturbadores del orden y de la paz»; y *c)* la guardia nacional integrada por «los ciudadanos activos y sus hijos en estado de llevar armas», preparada al objeto de actuar «subsidiariamente».

(54) Para la historia de la policía nacional colombiana, véanse: E.G. OSORIO SÁNCHEZ (2014: 9-87), quien relaciona ordenadamente las diferentes regulaciones; D. BECERRA (2010 y 2011), que se ocupa de la historia policial colombiana, en el primer estudio desde la época colonial hasta 1912 y en el segundo del período 1920-1949; G. DE FRANCISCO Z. (2005) y M.V. LLORENTE (2005) sobre las reformas policiales a partir de 1980.

En la primera mitad del siglo XIX algunas leyes diseñaron sistemas nacionales de policía vinculados a las autoridades territoriales: *a)* en la Gran Colombia, bajo la presidencia de Bolívar se creó la figura de los comisarios de policía, a quienes se atribuyeron funciones al servicio de la comunidad y de ejecución judicial bajo las órdenes de gobernadores y alcaldes (ley de 19 mayo 1827); y *b)* en Nueva Granada, siendo presidente el conservador Alcántara, se previó para cada provincia un cuerpo de policía mandado por un inspector y subordinado al gobernador provincial, a los jefes políticos de cantón y a los alcaldes de los distritos parroquiales (ley 8/1841), aunque únicamente se dotó el de Bogotá (1843). Posteriormente, sin embargo, al multiplicarse las graves alteraciones del orden público, los cuerpos policiales existentes fueron integrados en el ejército encargado de las correspondientes labores de control.

En la etapa de la Regeneración, con el presidente Carlos Holguín, se produjo el intento más completo de establecer una policía nacional (ley 23/1890). En relación con ello, aunque pudiera llamar la atención la falta de mención expresa de la institución en la Constitución de 1886, no cabría deducir de ese silencio ninguna prohibición implícita de crearla, y menos cuando sí se preveía en el mismo texto fundamental la atribución presidencial de «conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo cuando fuera turbado» (art. 120.8º), función que, aquí sí implícitamente, había de comprender la creación legal de los órganos precisos para desenvolverla. En todo caso, prevista inicialmente sólo para Bogotá, la policía nacional fue adscrita al Ministerio del Gobierno, quien podía delegar sus funciones en el gobernador de Cundinamarca o el alcalde de la ciudad. Se contrató incluso para dirigirla a un competente militar francés que impulsó la adopción de completas reglamentaciones orgánicas y de actuación, iniciándose efectivamente la prestación del servicio en 1892 (55).

Lamentablemente la Guerra de los Mil Días (1899-1902) y los sucesivos episodios de violencia política y social se encargaron, también aquí, de ir minando las bases orgánicas y de actuación de la policía nacional a lo largo de la primera mitad del siglo XX. El proceso de militarización de la policía se inició con cierta timidez por los conservadores, pues sólo en el lapso 1902-1910 dependió del Ministerio de Guerra, manteniéndose en el Ministerio de Gobernación en el período 1910-1948.

Con el presidente liberal López Pumarejo pareció adoptarse un impulso normativo importante, pues se reformó el art. 171 de la Constitución de 1886

(55) El Reglamento Orgánico de la Policía Nacional fue aprobado por decreto 1000/1891. Por reglamento de 12 diciembre 1891 se organizó detalladamente la institución, proporcionando criterios claros y de sesgo moderno para las variadas funciones policiales. El servicio dio comienzo el 1 enero 1892 con 450 agentes que sabían leer, escribir y contar, sin condenas penales y con buena salud física, entrenados para desarrollar sus tareas bajo la diligente supervisión del director Gilibert (el competente militar francés contratado al efecto).

(que pasó a ser el art. 167) a fin de incluir la mención de la policía nacional, cuyo completo régimen jurídico quedó reservado a la ley (acto legislativo 1/1945). Sin embargo, lo cierto es que la tibieza de la referencia constitucional dejaba abierto un amplio espacio para la configuración legal de la policía. Así, en el curso de La Violencia (1946-1957), tras el asesinato de Gaitán (1948), la colaboración policial en el estallido popular del Bogotazo llevó al presidente conservador Mariano Ospina a promover la nueva organización de la policía nacional, que, aun definida como cuerpo técnico y civil dotado de un régimen disciplinario especial separado de las fuerzas militares, quedaba definitivamente adscrita al Ministerio de Guerra (ley 96/1948).

La inestabilidad del país, especialmente por el enfrentamiento del limitado pero recalcitrante mundo empresarial al sindicalismo de las primeras huelgas y manifestaciones obreras, condujo a la extensión del ámbito de actuación de la policía nacional desde Bogotá a todo el país (decreto-ley 2136/1949) y a su plena militarización bajo la presidencia del general Rojas Pinilla, que incorporó directamente el cuerpo de la policía nacional a las fuerzas armadas, con la consecuencia relevante de que dicho cuerpo pasó a ser mandado por oficiales militares (decreto legislativo 1814/1953).

En la etapa del Frente Nacional (1958-1978), con el presidente Lleras Camargo se consumó la ampliación territorial de la policía nacional al integrarse en la misma todas las policías departamentales y municipales (ley 193/1959). No obstante, el proceso de militarización fue atenuado, pues sin perder ya nunca la dependencia orgánica del Ministerio de Guerra, la policía dejó de estar integrada en las fuerzas militares y pasó a ser dirigida por sus propios oficiales, aunque el director había de ser escogido entre los oficiales superiores de las fuerzas armadas (decreto-ley 1705/1960). En lo sucesivo, la ambigüedad pasó a ser la pauta definitoria de la policía nacional en las sucesivas regulaciones, que incorporaban pequeños matices diferenciadores afirmando así una suerte de bipolaridad política en la materia (56).

(56) Bajo la presidencia del conservador Guillermo León Valencia, la policía no sólo mantuvo su inclusión en el nuevo Ministerio de Defensa Nacional, sino que volvió a encuadrarse dentro de las fuerzas armadas (decreto legislativo 3398/1965) e incluso dejó de mencionarse por vez primera su carácter civil, si bien al mismo tiempo se estableció la provisión del director general entre los propios oficiales del cuerpo policial (decreto legislativo 1667/1966). Con el presidente liberal Lleras Restrepo, se afirmó la doble condición, militar y policial, del cuerpo (decreto-ley 2565/1969), aprobándose el llamado Código Nacional de Policía —todavía parcialmente vigente— para regular las actuaciones policiales conforme a límites jurídicos, de particular significado en relación con el uso de la fuerza y de las armas de fuego (decreto-ley 1355/1970). En el turno del presidente conservador Miguel Pastrana, la enésima reorganización de la policía nacional insistía en su función de mantenimiento del orden público, previendo la asistencia militar cuando la policía no se encontrara con capacidad por sí sola para contener desórdenes graves o hacer frente a situaciones catastróficas (decreto-ley 2347/1971).

En todo caso, las diferencias que pudieran identificarse en los sucesivos conceptos normativos sobre la policía nacional quedaron completamente apagadas por la persistente utilización del estado de sitio como medio de reprimir tanto las manifestaciones urbanas de descontento social, como las iniciales acciones subversivas de las guerrillas rurales. Esto fue posible debido a las facilidades establecidas en el art. 121 de la Constitución de 1886 para: a) declarar gubernativamente el estado de sitio; b) aplicar iguales consecuencias a las dos situaciones previstas, la de guerra exterior y la de conmoción interior; y c) legitimar amplísimas facultades presidenciales, en parte innominadas («las facultades que le da el Derecho de Gentes») y en parte sustitutivas de los poderes parlamentarios («las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que dicte el Presidente»). Todo ello, además, sin que llegaran a funcionar con un mínimo de eficacia los mecanismos de contrapeso previstos en el mismo precepto constitucional y que, de haber sido adecuadamente aplicados, habrían permitido un control político y jurídico del supuesto de hecho determinante del estado de sitio, de su duración, de las medidas adoptadas y de los abusos cometidos durante el mismo (57).

Paulatinamente los problemas de orden público habían ido incrementando su propia envergadura. La policía represora de los movimientos obreros pasó a ocuparse, en abierta e incluso confusa colaboración con las fuerzas militares, de los nuevos frentes abiertos desde finales de la década de 1960 por la guerrilla, y en la década de 1980 inicialmente por el narcotráfico y finalmente por el paramilitarismo.

Como ya nos consta, la doctrina estadounidense de Seguridad Nacional amparaba reacciones contundentes en operaciones conjuntas o indiferenciadas de las fuerzas armadas y la policía nacional (58). En ocasiones, la historia nos muestra difíciles ejercicios de una suerte de travestismo institucional, al colocarse indistintamente a los mismos soldados en escenarios bélicos contra el enemigo interior y de paralela ayuda a la población perseguida (59).

(57) Un buen resumen crítico de la situación abusiva generada por el reiterado empleo del estado de sitio en Colombia desde el episodio del Bogotazo (1948), puede encontrarse en las actas de la Asamblea Constituyente (*Gaceta Constitucional*, núm. 76, de 18 mayo 1991, pp. 12-13).

(58) En palabras de O. SEPÚLVEDA Q. (1995: 27), «las fuerzas militares día a día cumplen funciones de policía judicial, persecución del narcotráfico, etc., es decir, funciones que constitucional y objetivamente son de la competencia exclusiva de las autoridades civiles».

(59) En aplicación del llamado plan LAZO (1962), bajo la presidencia conservadora de Guillermo León Valencia, se introdujeron importantes novedades tácticas, por ejemplo, mediante la actuación de patrullas móviles dotadas de equipos de combate. Paralelamente, el mismo plan preveía una denominada «acción cívico-militar» consistente en la construcción de escuelas, carreteras, introducción de mejoras higiénicas y sanitarias, impartición de conferencias, etc. En este contexto, en verdad esquizofrénico, se produjo la operación Marquetalia (1964), que

Quizás la mejor muestra de la radicalización de los planteamientos derivados de la citada doctrina en la experiencia colombiana la encontramos en el llamado Estatuto de Seguridad (decreto legislativo 1923/1978) aprobado, poco después de llegar a la presidencia, por el liberal y acomodaticio Turbay-Ayala. Utilizando las facultades extraordinarias del estado de sitio declarado dos años antes (decreto 2131/1976), el Presidente estableció: a) delitos competencia de la justicia militar mediante consejos de guerra verbales en materia de secuestros, golpes de estado, bandidaje, perturbación del orden público, daños, coacciones y otros; b) sanciones administrativas de privación de libertad de hasta un año, impuestas por las autoridades militares o policiales conforme a un procedimiento abreviado carente de garantías y excluido de control judicial; y c) prohibición de informaciones radiofónicas y televisivas sobre materias relativas al orden público (60).

IV. HACIA LA NORMALIZACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA FUERZA PÚBLICA EN LOS NUEVOS ESCENARIOS POLÍTICOS Y DE SEGURIDAD

La combinación de los ataques guerrilleros, las matanzas paramilitares y los atentados narcoterroristas, junto con las reacciones desmesuradas de la fuerza pública, determinaron un gigantesco escenario colombiano del terror. Entre el torbellino de episodios, cabe recordar el dantesco asalto al palacio de justicia, primero por el M-19 y después por el ejército (1985) o la terrible cadena de atentados puesta en marcha con la declaración de «guerra total» del sanguinario Escobar (1989). El Estado parecía completamente desbordado por los acontecimientos, con la fuerza pública involucrada en la espiral de violencia (61).

las FARC dan como episodio determinante de su propio surgimiento. Véase R. BALLÉN (2006: 195-197).

(60) Los excesos del Estatuto Turbay-Ayala parecían manifiestos, pudiendo destacarse la violación flagrante del ámbito de la justicia militar, que únicamente resultaba constitucionalmente competente para «los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio» (Const. 1886: art. 170). Sin embargo, únicamente fueron declarados inexecutable algunos contenidos menores de su articulado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 octubre 1978. En todo caso, se considera que el Estatuto de Seguridad fue derogado implícitamente por el Código Penal de 1980.

(61) Véase J.O. SOTOMAYOR ACOSTA (1994), quien considera directamente a la fuerza pública y a los paramilitares coordinados por el ejército la principal causa de muertos políticos entre 1989 y 1991; «son los agentes del Estado y los grupos paramilitares que operan con su aquiescencia los responsables de la mayor parte de homicidios por razones políticas» (*ibidem*: 90).

Sin embargo, la reafirmación nacional y la renovación democrática habían de llegar de la mano del movimiento estudiantil que impulsó la aprobación de la Constitución de 1991 (62). En relación con la fuerza pública, la nueva regulación constitucional combina elementos ya previstos anteriormente con otros de corte más moderno (63).

Así, aspectos comunes a los textos fundamentales de 1886 y 1991 son: *a)* la obligación de los colombianos de prestar el servicio militar en los términos establecidos por ley (64); *b)* la existencia de unas fuerzas militares permanentes, con reserva de ley para el estatuto de sus integrantes (65); *c)* el carácter no deliberante de la fuerza armada, con las correspondientes limitaciones de sus componentes para ejercer los derechos de reunión y petición (66); *d)* la existencia de una jurisdicción militar (67); y *e)* la atribución al Presidente de la República de la jefatura suprema de las fuerzas armadas comprendiendo incluso la dirección de las operaciones de guerra (68).

Sobre esa base, la carta de 1991 incorpora, ante todo, importantes novedades relativas a la policía nacional, que ya no sólo es mencionada para reservar a la ley su régimen jurídico, como sucedía tras la reforma constitucional de 1945, sino que va a ser objeto de una detallada atención por una doble vía: *a)* de una parte, en los preceptos destinados a la fuerza pública —concepto que integra lo policial y lo militar—, determinando la aplicación a la policía nacional del carácter no deliberante y de las limitaciones a los derechos de reunión, petición y, ahora también, a los de sufragio y participación política (art. 219), así como la garantía del estatuto legal de su personal (arts. 220 y

(62) Véase F. CARRILLO FLÓREZ (2011), protagonista de iniciativas como la Marcha Estudiantil del Silencio en protesta por al asesinato del líder liberal Luis Carlos Galán, la Séptima Papeleta pidiendo la formación de una asamblea constituyente en las presidenciales de 1990 y demás hechos que desembocaron en la aprobación de la Constitución de 1991. Interpretando muy bien la situación política y las exigencias sociales de la época, G. SÁNCHEZ GÓMEZ (1990: 33) decía que eran «tiempos constituyentes» en los que «hay que reinventar el país».

(63) Para una exposición detallada del régimen constitucional de la fuerza pública, véase ampliamente O. SEPÚLVEDA Q. (1995), que analiza sus misiones constitucionales (*ibidem*: 76-80), los principios reguladores (*ibidem*: 130-145 y 196-200), la distinción entre las fuerzas militares y la policía nacional (*ibidem*: 146-150) y el alcance de la jurisdicción penal militar (*ibidem*: 275-279), entre otros extremos.

(64) Const. 1886: art. 165; Const. 1991: art. 216.

(65) Const. 1886: arts. 166 y 169; Const. 1991: arts. 217 y 220.

(66) Const. 1886: art. 168; Const. 1991: art. 219.

(67) Const. 1886: art. 170; Const. 1991: art. 221.

(68) Const. 1886: art. 120.2; Const. 1991: art. 189.3 y 5. En la versión de 1886, quizá en recuerdo del reparto de papeles entre Bolívar y Santander, se preveía que si el Presidente ejercía el mando militar fuera de la capital, quedaría el Vicepresidente encargado de los otros ramos de la administración.

222) y finalmente la sujeción a la jurisdicción penal policial (art. 221); y *b)* de otra parte, en el precepto estrictamente referido a la policía nacional, donde ésta se caracteriza como «cuerpo armado permanente de naturaleza civil», asignándosele la función constitucional («fin primordial») de «mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz» (art. 218), mientras que, paralelamente, a las fuerzas militares se les atribuye como función propia (o «fin primordial» también) «la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional» (art. 217).

A la vista de los anteriores elementos, cabe sostener que el constituyente ha hecho un notable esfuerzo por deslindar las fuerzas armadas de la policía nacional. No obstante, ésta sigue ajustándose al tipo constitucional de la fuerza intermedia identificada en el modelo liberal, habida cuenta tanto de las limitaciones que experimentan los derechos fundamentales de sus integrantes como de la especialidad que implica la justicia penal policial, generalmente expresión de rigor, pero sin descartar que, en determinados casos, pueda apreciarse como un privilegio (69).

La otra gran novedad de la Constitución de 1991 (arts. 212-215), en los temas que nos ocupan, es la relativa a los estados de excepción, cuyo régimen varía sensiblemente con respecto al establecido anteriormente. En términos generales, cabe destacar: *a)* la previsión de los estados de guerra exterior, de conmoción interior y de emergencia en función de diferentes supuestos de hecho, por distintos períodos de tiempo y con efectos diferenciados; *b)* la declaración de cualquier modalidad de estado de excepción corresponde al Presidente con la firma de todos los ministros, previéndose diversas formas de intervención de las cámaras parlamentarias; y *c)* los decretos de declaración de un estado de excepción, así como los aprobados bajo su vigencia se someten a un control de constitucionalidad necesario por parte de la Corte Constitucional (70).

(69) De cualquier manera, no poniendo ahora en duda ni la necesidad ni la legitimidad de la policía nacional colombiana tal y como viene configurada actualmente (ley 62/1993), parece quedar un espacio para la que podríamos llamar la policía ordinaria de seguridad, cuya naturaleza de fuerza pública habría de actuar en garantía de los derechos ciudadanos, pero sin que su carácter armado implicara el empleo de medios bélicos. Quizá cabría emplear, como fundamento constitucional de su eventual creación, la referencia a «los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley», que pueden «portar armas bajo el control del Gobierno» (art. 223). También podría pensarse en desarrollar policías municipales (art. 315.2).

(70) Para exposiciones detalladas del régimen jurídico de los estados de excepción conforme a los arts. 212-215 de la Constitución de 1991 y la ley 137/1994 dictada en su desarrollo, véanse entre otros: E. CIFUENTES MUÑOZ (2002), quien incluye en su exposición

La Constitución colombiana de 1991 implica una reafirmación de las bases democráticas de la nación y, al mismo tiempo, una profunda renovación de tales bases, como acabamos de ver en relación con la fuerza pública y los estados excepcionales. Conlleva una recuperación de los valores de la paz que forman parte de las mejores esencias del pueblo colombiano, frente al inmovilismo de sectores significativos de sus élites económicas, sociales y políticas (71). Lamentablemente, sin embargo, los planteamientos integristas volvieron a dominar el período postconstitucional, cerrando las vías de pacificación.

Así, bajo la presidencia del conservador Andrés Pastrana (1998-2002) se puso en marcha el Plan Colombia, donde confluyeron las recetas de intolerancia procedentes de la oligarquía del país con las proporcionadas por el amigo norteamericano (72). Para la administración Bush, Colombia era «el principal problema para la seguridad norteamericana en el hemisferio occidental» (73); un problema cifrado en el narcotráfico, lo que llevó a orientar las ayudas hacia la mejora de la eficacia de la fuerza pública nacional, puesta al servicio de la estrategia antidrogas estadounidense (74). La colaboración colombiana plasmó, entre otros aspectos, en la Ley de Seguridad y Defensa Nacional (ley

el contenido de los decretos declaratorios de estados de emergencia y del control de su constitucionalidad por la Corte Constitucional; M.L. BASILLEN-GAINCHE (2004), que proporciona una visión sintética de las limitaciones y los controles sobre los estados de excepción; P.P. VANEGAS GIL (2011), que sistematiza los tipos de emergencias, la competencia para apreciar las situaciones de crisis, la temporalidad de los estados de excepción, las medidas excepcionales y los límites para su ejercicio, así como el sistema de controles políticos y judiciales sobre la declaración del estado de excepción y sobre las medidas adoptadas durante el mismo.

(71) Cabe recordar aquí las persuasivas argumentaciones del maestro de historiadores J. JARAMILLO URIBE (1970: 75), quien tras destacar el mestizaje, los niveles económicos medios y la tradición civilista como caracteres de la personalidad histórica de Colombia, concluía que «bien puede ser llamado el país americano del término medio», evocando la *aurea mediocritas* horaciana. La pérdida de esa virtud de la moderación fue probablemente la consecuencia del integrista de unas clases dominantes que reiteradamente se opusieron por la fuerza, la violencia y el terror a la ampliación de los derechos individuales en el siglo XIX y de los derechos sociales en el XX, determinando esa tremenda acumulación de tensiones que deriva de las guerras civiles culminadas en la de los Mil Días, del período de La Violencia y finalmente de la exclusión de alternativas políticas bajo el Frente Nacional; véase un buen resumen de estas «causas estructurales» del conflicto colombiano en J. MONTAÑA & M. CRIADO (2001: 80-81).

(72) Formalmente el Plan Colombia se presentó como un complemento del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, pero fue elaborado de acuerdo con el gobierno de Estados Unidos. Véanse A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012: 151-160) y R. BALLÉN (2006: 197-203)

(73) Declaraciones del general Ch. Wilhem (*New York Times*, 23 enero 2001) que tomo de J. MONTAÑA & M. CRIADO (2001: 81).

(74) Véase J. MONTAÑA & M. CRIADO (2001: 82). La política de erradicación de cultivos ilícitos mediante fumigaciones aéreas, que se venía practicando ya desde 1978 con la administración Turbay-Ayala, recibió un fuerte impulso con el Plan Colombia, planteando serios problemas para la salud pública, la protección del medio ambiente y la economía agraria.

684/2001), que fue anulada por la Corte Constitucional al apreciar que en ella se otorgaban facultades extraordinarias a las fuerzas militares violando los derechos fundamentales y el régimen de los estados de excepción establecidos constitucionalmente, entre otros aspectos (75).

Un acontecimiento ajeno al país —el atentado contra las torres gemelas de Nueva York del 11 septiembre 2001— iba a modificar de manera significativa la política de seguridad de los Estados Unidos y, a continuación, la de los restantes países del ámbito occidental. En lo que ahora nos interesa, el ámbito de la defensa nacional experimentó un notable incremento como consecuencia del impulso procedente de nuevas necesidades, que reclamaron una mayor implicación entre las diversas facetas de la seguridad, tendiéndose a superar la tradicional rígida división entre seguridad interior y exterior (76).

En la experiencia colombiana, de nuevo, los planteamientos más inmovilistas habían de aprovechar la oportunidad proporcionada por el nuevo escenario internacional en materia de seguridad. Así, uno de los efectos indirectos del 11-S lo encontramos en el manifiesto cambio del lenguaje político empleado para designar a las FARC, que si hasta principios de 2002 eran conocidas

(75) Véase la sentencia de la Corte Constitucional C-251/2002, cuyos argumentos y conclusiones parecen coincidir en buena medida con los expresados previamente por J. MONTAÑA & M. CRIADO (2001: 83-87).

(76) En ese sentido, véase L. ORTEGA ÁLVAREZ (2005: 28), quien reclama contemplar la seguridad desde una perspectiva unitaria, afirmando que «lo determinante es asegurar que la seguridad concreta de cada ciudadano no se ve afectada por intervenciones externas indeseables y a tal efecto y desde tal perspectiva es irrelevante que la amenaza se produzca en el seno (nacional) o que esté originada más allá de sus fronteras, o si esta amenaza está provocada por el terrorismo, por la delincuencia organizada o por el riesgo ambiental o sanitario». Sin embargo, con carácter general, habría de recordarse que la existencia de múltiples facetas de los problemas de seguridad, que pueden tener orígenes y efectos ambientales, sanitarios, económicos o sociales, no justifica la integración de las correspondientes políticas públicas en la defensa nacional. Como explica B. CHANTEBOUT (1967: 6-28), una significación tan amplia de la defensa nacional privaría de operatividad al concepto: «si la defensa nacional está por todas partes, corre el riesgo de no estar en ninguna»; la noción amplia resulta inservible, pues se confunde con la política general del gobierno y, además, resulta peligrosa para las libertades públicas; de ahí que el autor proponga una noción restringida, conforme a la cual la defensa nacional sería «el conjunto de actividades que tienen por objeto principal el aumento de la potencia militar de una nación o de su capacidad de resistencia a una acción armada dirigida contra ella»; teniendo por objeto la organización de la defensa nacional, desde tal concepción, determinar los órganos políticos y administrativos encargados de llevar a cabo los fines de la acción militar. Sobre el peligro para las libertades públicas de todas las diversas formas de guerra aceptadas comúnmente (guerra psicológica, guerra económica, etc.), escribe el mismo autor: «si la producción industrial es una necesidad de defensa nacional, el ejercicio del derecho de huelga perjudica a los intereses vitales del país y la actividad sindical introduce en la empresa un estado de espíritu perjudicial para la producción; incluso, si se admite que la cohesión nacional es uno de los factores de nuestra defensa, se estará tentado de limitar los medios de expresión de los que dispone la oposición no oficial» (*ibidem*: 26).

como organización «insurgente», «alzada en armas» o «guerrillera», ya al final del mandato de Pastrana y, desde luego, tras la toma de posesión del presidente Uribe en el verano del mismo año, pasaron a ser denominadas «grupo terrorista» con apoyo probablemente en su inclusión en la lista de organizaciones terroristas del Departamento de Estado estadounidense (77).

Bajo las administraciones de Uribe (2002-2010) se aplicó la política llamada de Seguridad Democrática, que supuso un fuerte impulso de la actividad militar y policial del Estado contra los grupos guerrilleros (FARC y ELN) (78). Aunque el discurso presidencial dejaba formalmente abierta la vía de la nego-

(77) Los cambios en la calificación de las FARC en los discursos políticos gubernamentales están identificados por T. GÁLVEZ ARMENTA (2006: 405), quien atribuye la denominación final de «terroristas» a su inclusión en el primer listado de organizaciones terroristas elaborado tras el 11-S por el Departamento de Estado de Estados Unidos; igual planteamiento se advierte en J. RÍOS SIERRA (2015: 42); por otro lado, A. ISACSON (2005: 73) recoge declaraciones tras el 11-S de altos cargos de la administración Bush relacionando el terrorismo islamista con FARC, ELN y AUC. En realidad, FARC y ELN ya se habían incluido con fecha 10 agosto 1997 en la lista del *US Department of State* como *Designated Foreign Terrorist Organizations* de acuerdo con la sección 219 de la *Immigration and Nationality Act* de 1965 (con modificaciones posteriores), donde todavía continúan inscritas (27 diciembre 2016); después accedió también a la lista la organización paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), desde 10 septiembre 2001 hasta 15 julio 2014 (www.state.gov). La lista en cuestión fue tomada como modelo mundial en la lucha contra el terrorismo, según se comprueba en las medidas adoptadas por la Unión Europea tras el 11-S (Posición Común 2001/931/PESC); si bien en la lista europea no figuraba inicialmente ninguna organización colombiana, en los años siguientes fueron incluyéndose FARC (Posición Común 2002/462/PESC), ELN (Posición Común 2004/309/PESC) y AUC (Posición Común 2002/340/PESC); en la última actualización figuraban ELN y FARC (Decisión PESC 2016/1136), pero la designación de FARC fue suspendida con ocasión de la firma del acuerdo de paz (26 septiembre 2016). El protagonismo de la inclusión de las organizaciones colombianas en la lista europea es reclamado por el ex-presidente Pastrana, que asegura haber emprendido «una intensa ofensiva diplomática» a tal fin contando con la ayuda entusiástica del presidente español Aznar (*La palabra bajo el fuego*, Bogotá, Planeta, 2005, pp. 481, 482 y 484). En todo caso, con fecha 27 diciembre 2016, en la *Consolidated United Nations Security Council Sanctions List* (www.un.org) no figuran ni FARC ni ELN.

(78) Seguimos las exposiciones críticas de J. RÍOS SIERRA (2015) y R. BALLÉN (2006: 206-209); véase también A. VARGAS VELÁSQUEZ (2012: 179-214). Para planteamientos más cercanos a la política gubernamental, cabe remitir a un encuentro organizado por la Embajada de Estados Unidos en Colombia, cuyas ponencias fueron reunidas por F. CEPEDA ULLOA, ed. (2004); la proximidad intelectual se advierte particularmente en las ponencias del propio editor (*ibidem*: 19-20 y 57), del relator general H. RUIZ (*ibidem*: 67), por supuesto de la ministra de Defensa M.L. RAMÍREZ DE RINCÓN (*ibidem*: 83-98) o del almirante D. CHANDLER (*ibidem*: 99-106); no encontramos esa conexión con la política de Uribe, sin embargo, en otros trabajos del volumen como, por ejemplo, el del magistrado constitucional M.J. CEPEDA ESPINOSA (*ibidem*: 170-221), que realiza una exposición de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los límites en materia de seguridad y defensa nacionales (prohibición de afectar de forma desproporcionada a los derechos fundamentales, principio de distinción entre combatientes y no combatientes de forma que estos no sean objeto de acciones bélicas, principio de separación de poderes, subordinación del poder militar al civil...).

ciación, ésta sólo consistía prácticamente en las condiciones de rendición de los insurrectos, cuya exterminación era el objeto de una política situada en la frontera del Estado de Derecho (79).

Finalmente parece que el presidente Santos, al suscribir el acuerdo de paz con las FARC el 24 agosto 2016, logró imponer la única vía de salida sensata a un horrible conflicto, que además se encontraba en situación de «empate militar negativo» (80). Es probable que el planteamiento del plebiscito, donde se impuso por escasos votos la negativa a la convalidación popular del acuerdo de paz, no pueda ser presentado como un modelo de estrategia política, aunque también es cierto que la virulencia de los ataques contra dicho acuerdo de paz alcanzó niveles inconcebibles en materia de tanta trascendencia (81). Para evitar el carácter obligatorio de «la decisión del pueblo» (Const. 1991: art. 104), Santos, reforzado con el amplio apoyo de la comunidad internacional que refleja el otorgamiento del Premio Nobel, apostó por renegociar el documento en los términos formalmente esgrimidos por los opositores, suscribiendo el acuerdo de paz revisado con fecha 16 noviembre 2016, el cual fue ratificado por el Senado el 29 noviembre 2016. El derecho a la paz por encima del pueblo.

En el línea emprendida habrían de implicarse cuantas personas forman la nación colombiana; también quienes de buena fe votaron en contra del acuerdo de paz. Entiendo que muchas personas de las cada vez más potentes clases urbanas han podido creer que los niveles de democracia garantizados en Colombia permiten ya la integración política, social y económica de los discrepantes sin necesidad de que la voz de estos haya de apoyarse en la violencia. Y efectivamente es así en buena medida: el país logra proporcionar niveles adecuados de calidad de vida para la gran mayoría de sus habitantes,

(79) Remitimos de nuevo a R. BALLÉN (2006: 209-216), donde ofrece datos estremecedores sobre las víctimas de la política de Seguridad Democrática del presidente Uribe, que considera «la continuación de la llamada Seguridad Nacional diseñada conjuntamente por el Pentágono y la CIA, y con el adiestramiento de sus ejecutores en la Escuela de las Américas» (*ibidem*: 206); y también a J. RÍOS SIERRA (2015: 44-45; 51-63), quien se refiere a las conexiones gubernamentales con grupos paramilitares, al plan de soldados campesinos como fuerza policial, a la formación de redes de informantes (los «lunes de recompensa»), a la ejecución de civiles (los «falsos positivos») y a los desplazamientos forzados.

(80) Expresión de L.B. DÍAZ GAMBOA (2016: 150), quien resalta el alto número de víctimas producidas en el período 1985-2013: nada menos que 220.000 muertos, considerándose civiles el 81'5 por ciento de los mismos.

(81) En la consulta del 2 octubre 2016 la abstención alcanzó un 62,6% del electorado, computándose 6.377.482 votos a favor del acuerdo de paz y 6.431.376 en contra del mismo, imponiéndose pues la negativa por el margen de 53.894 votos. Cabe personalizar en el ex-presidente Uribe y en las Iglesias Cristianas el nada airoso protagonismo de la campaña activa contra el acuerdo de paz. El obispado católico colombiano mantuvo una sorprendente postura de abstención. Véase L.B. DÍAZ GAMBOA (2016: 153-156).

quienes pueden empezar sus trayectorias vitales con razonables esperanzas de bienestar. Sin embargo, ha de comprenderse que esos caminos tienen que resultar ser mucho más difíciles para quienes emprendieron otras rutas que ahora se trata de variar. De ahí la necesidad de una constante generosidad por parte de los ya instalados en el sistema (82).

En relación con el papel que en ese escenario de paz ha de corresponder a la fuerza pública, parece claro que debiera seguirse la línea de consolidación democrática reactivada en 1991 y confirmada en 2016. Para ello, puede ser útil tener en cuenta los grandes condicionantes histórico-jurídicos que hemos ido identificando en las páginas precedentes: el inicial predominio de los componentes milicianos por profundas tendencias centrífugas, la consolidación de la autonomía corporativa militar como contrapartida de la tardía formación del ejército nacional, y la militarización de la policía nacional y del orden público. En consecuencia, las reformas habrían de encaminarse a garantizar la plena formación nacional de la oficialidad, la completa separación entre fuerzas militares y policiales y, en definitiva, a asegurar la supremacía orgánica, funcional y jurídica del poder civil. Finalmente, si los problemas disminuyen, también habría que poner en marcha la reducción del tamaño de la fuerza pública.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLES, Agustín de (1811): *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*, introducción de L. SÁNCHEZ AGESTA, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, 129 pp.
- ATEHORTÚA CRUZ, Adolfo León (2001): «La fuerzas militares en Colombia: de sus orígenes al Frente Nacional», en *Historia y Espacio* (Universidad del Valle, Cali), núm. 17, pp. 133-166.
- BALLÉN, Rafael (2006): *La pequeña política de Uribe. ¿Qué hacer con la seguridad democrática?*, 4ª ed., Bogotá, Desde Abajo, 258 pp.

(82) Creo estar de acuerdo con el historiador M. PALACIOS (2002) cuando niega la tesis del Estado fallido o colapsado, argumentando que, de los tres elementos constitutivos de la Colombia tradicional (la iglesia católica, los partidos políticos y las instituciones estatales), es precisamente el Estado el que mejor se ha adaptado a la evolución social y económica, especialmente en los ámbitos urbanos; no obstante, como también constata el autor, la brecha entre el campo y la ciudad se ha ido ampliando, de manera que, junto a la Colombia urbana donde vive la democracia representativa, también existen la Colombia del paramilitarismo y de la guerrilla que, bajo el terrible manto protector del narcotráfico, pisotean los más elementales derechos de la persona, empezando por el derecho a la vida. Sobre los cambios sociales experimentados en la Colombia contemporánea, véase también D. BUSHNELL (2007: 419-433).

- BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure (2004): «Forces armées, ordre intérieur, états d'exception en Colombie: une question de légitimité», en R. FREGOSI, *Armées et pouvoirs en Amérique latine*, París, IHEAL, pp. 133-146.
- BECERRA, Dayana (2010): «Historia de la policía y del ejercicio del control social en Colombia», en *Prolegómenos. Derechos y Valores* (Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada), vol. XIII, núm. 26, pp. 143-162.
- BECERRA, Dayana (2011): «Historia de la policía en Colombia: actor social, político y partidista», en *Diálogos de Saberes* (Universidad Libre de Colombia), núm. 34, pp. 253-270.
- BERMÚDEZ ROSSI, Gonzalo (1997): *Pronunciamientos, conspiraciones y golpes de estado en Colombia: de la conspiración septembrina al proceso 8000*, Bogotá, Expresión, 257 pp.
- BLANQUER CRIADO, David (1996): *Ciudadano y soldado: la Constitución y el servicio militar*, Madrid, Civitas, 789 pp.
- BUSHNELL, David (2007): *Colombia. Una nación a pesar de sí misma*, Bogotá, Planeta, 485 pp.
- CALLE MEZA, Melba Luz (2014): *Constitución y guerra. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Bogotá, Ibáñez, 856 pp.
- CAMARGO RODRÍGUEZ, Ángela Patricia (2012): «Las milicias en el Estado soberano del Magdalena, 1863-1885», en *HISTOReLo. Revista de Historia Regional y Local*, vol. 4, núm. 8, pp. 44-72.
- CARRILLO FLÓREZ, Fernando (2011): *Constitucionalizar la democracia social. El proceso constituyente de 1991 y América Latina*, Bogotá, Temis, 384 pp.
- CASAS DUPUY, Pablo (2005): *Reformas y contrarreformas en la policía colombiana*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia, 80 pp.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José (2004): «La Corte Constitucional y el orden público: mitos y realidades», en F. CEPEDA ULLOA (ed.), *Instituciones civiles y militares en la política de seguridad democrática*, Bogotá, Embajada de EE.UU., pp. 170-221.
- CEPEDA ULLOA, Fernando, ed. (2004): *Instituciones civiles y militares en la política de seguridad democrática*, Bogotá, Embajada de EE.UU., 462 pp.
- CHANDLER, David (2004): «Control civil de las fuerzas militares», en F. CEPEDA ULLOA (ed.), *Instituciones civiles y militares en la política de seguridad democrática*, Bogotá, Embajada de EE.UU., pp. 99-107.
- CHANTEBOUT, Bernard (1967): *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, Librairie Générale de Droit et Législation, 500 pp.

- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo (2002): «Los estados de excepción constitucional en Colombia», en *Ius et Praxis* (Universidad de Talca, Chile), núm. 8, pp. 117-146.
- CONSTANT, Benjamin (1814): «Bosquejo de una Constitución», en *Curso de política constitucional*, trad. esp., de J.C. Pages, México, Parmentier, t. I.
- CORRADINI, Camilo (1913): *Diritto amministrativo militare*, en V.E. ORLANDO (dir.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Libreria, vol. X, parte 1ª.
- DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo (2016): «La paz en Colombia: entre el acuerdo, el desacuerdo y el desespero», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 12, pp. 150-158.
- FRANCISCO Z., Gonzalo de (2005): «El doble reto del conflicto armado y la seguridad pública: la evolución de la policía nacional de Colombia», en L. DAMMERT & J. BAILEY (coords.), *Seguridad y reforma policial en las Américas. Experiencias y desafíos*, México, Siglo XXI, pp. 171-191.
- FRIEDE, Juan (1969): «El ejército popular, vencedor en Boyacá», en *Revista de la Dirección de Divulgación Cultural. Universidad Nacional de Colombia*, núm. 4, pp. 99-105.
- GÁLVIZ ARMENTA, Tania (2006): «De rebelde a insurrecto: la imagen del fariano en los discursos políticos gubernamentales en Colombia», en E. CAMACHO NAVARRO (coord.), *El rebelde contemporáneo en el Circuncaribe. Imágenes y representaciones*, México, UNAM, pp. 395-408.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John (1788): *El federalista*, trad. esp. D. BLANCH y R. MAÍZ, Madrid, Akal, 2015, 637 pp.
- HERNÁNDEZ TORRES, Juan Carlos (2008): «Inicios de la profesionalización militar en Colombia a principios del siglo XX», en C. TORRES DEL RÍO & S. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ (eds.), *De milicias reales a militares contrainsurgentes: la institución militar en Colombia del siglo XVIII al XXI*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 275-295.
- ISACSON, Adam (2005): «Las fuerzas armadas de Estados Unidos en la guerra contra las drogas», en C.A. YOUNGERS & E. ROSIN (eds.), *Drogas y democracia en América Latina. El impacto de la política de Estados Unidos*, Buenos Aires, Biblos, pp. 29-84.
- JARAMILLO URIBE, Jaime (1970): «Algunos aspectos de la personalidad histórica de Colombia», en *Revista de la Dirección de Divulgación Cultural. Universidad Nacional de Colombia*, núm. 7, pp. 57-75.
- JELLINEK, Georg (1905): *Teoría general del Estado*, trad. esp. y prólogo de F. DE LOS RÍOS, Buenos Aires, Albatros.
- KANT, Immanuel (1795): *Sobre la paz perpetua*, trad. esp. J. ABELLÁN GARCÍA, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 2005, 112 pp.

- KUETHE, Allan J. (1978): *Military reform and society in New Granada, 1773-1808*, Gainesville, The University Presses of Florida, 234 pp. (trad. esp., Bogotá, Banco de la República, 1993, 442 pp.).
- LABAND, Paul (1903): *Le droit public de l'empire allemand*, trad. fr. revisada por el autor, Paris, Giard et Brière, t. V.
- LEAL BUITRAGO, Francisco (2003): «La doctrina de Seguridad Nacional: materialización de la Guerra Fría en América del Sur», en *Revista de Estudios Sociales* (Universidad de los Andes), núm. 15, pp. 74-87.
- LORENTE, María Victoria (2005): «¿Desmilitarización en tiempos de guerra? La reforma policial en Colombia», en L. DAMMERT & J. BAILEY (coords.), *Seguridad y reforma policial en las Américas. Experiencias y desafíos*, México, Siglo XXI, pp. 192-216.
- LOCKE, John (1690): *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. esp. A. LÁZARO ROS, introducción de L. RODRÍGUEZ ARANDA, Barcelona, Orbis, 1985, 151 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1987): *La caracterización jurídica de las fuerzas armadas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, 440 pp.
- MAYER, Otto (1903): *Le droit administratif allemand*, trad. fr. del autor, Paris, Giard et Brière, t. I.
- MONTAÑA, Juan & CRIADO, Marcos (2001): «La Ley Colombiana de Seguridad y Defensa Nacional: constitucionalidad y significado dentro del Plan Colombia», en *Jueces para la Democracia*, núm. 42, pp. 80-87.
- MONTESQUIEU, Barón de (1748): *El espíritu de las leyes*, trad. esp. M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, prólogo de E. TIerno GALVÁN, Madrid, Tecnos, 1972, 848 pp.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (2005): «Hacia un concepto integral de seguridad europea», en el volumen dirigido por el mismo *La seguridad integral europea*, Valladolid, Lex Nova.
- OSORIO SÁNCHEZ, Eduardo Gabriel (2014): *La naturaleza y función constitucional de la policía nacional en Colombia. La protección de los derechos y el mantenimiento de la paz*, tesis doctoral, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, XIV + 627 pp.
- PÁEZ, Isaac (1930): *Documentos relativos a la emancipación de Colombia y memorias póstumas del libertador Simón Bolívar*, Bogotá, Talleres del Estado Mayor General, 65 pp.
- PALACIOS, Marco (2002): *Entre la legitimidad y la violencia, 1875-2002*, 2ª ed., Bogotá, Norma, 441 pp. (trad. inglesa, Duke University Press, 2006).
- PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo (1987): «La profesionalización militar en Colombia (1907-1944)», en *Análisis Político* (Universidad Nacional de Colombia), sin paginar.

- POSADA CARBÓ, Eduardo (2006): *La nación soñada. Violencia, liberalismo y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 388 pp.
- PRIETO RUIZ, Andrés (2013): «Acuerdos comerciales y cooperación militar entre Colombia y Estados Unidos, 1946-1953», en *Análisis Político*, núm. 79, pp. 35-54.
- RÍOS SERRA, Jerónimo (2015): «La política de seguridad democrática en Colombia. Una condición necesaria en la comprensión del actual diálogo de paz con las FARC», en J. RÍOS SIERRA, M.M. BENITO LÁZARO & A. CASTILLO CASTAÑEDA (coords.), *La arquitectura de la violencia y la seguridad en América Latina*, Madrid, Catarata, pp. 39-67.
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Saúl Mauricio (2006): *La influencia de los Estados Unidos en el ejército colombiano 1951-1959*, Medellín, La Carreta, 145 pp.
- ROUQUIÉ, Alain (1982): *El Estado militar en América Latina*, trad. esp., Buenos Aires, Emecé, 430 pp.
- RUEDA SANTOS, Rigoberto (2000): *De la guardia de las fronteras a la contra-insurgencia: elementos de la evolución política e institucional del ejército colombiano 1958-1965*, Bogotá, ICFES, 360 pp.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo (1990): «Guerra y política en la sociedad colombiana», en *Análisis Político*, núm. 11, pp. 7-33.
- SEPÚLVEDA Q., Oswaldo (1995): *Constitución y fuerza pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 305 pp.
- SILVA GARCÍA, Germán (1998): «La policía en Colombia: paradojas de un modelo policial en una sociedad conflictiva», en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 2, pp. 137-175
- SMITH, Adam (1776): *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, trad. esp. y estudio preliminar de G. FRANCO, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, 916 pp.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (1994): «Colombia: encrucijada de poderes estatales y paraestatales. Paramilitares, milicias populares y re-institucionalización autoritaria en Colombia», en *Jueces para la Democracia*, núm. 24, pp. 89-100.
- SUÁREZ, Santiago-Gerardo (1984): *Las milicias. Instituciones Militares Hispano-americanas*, Caracas, Academia Nacida de la Historia, 301 pp.
- THIBAUD, Clément (2003): *República en armas: los ejércitos bolivarianos en la Guerra de Independencia en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Planeta, 571 pp.
- TORRES DEL RÍO, César (2000): *Fuerzas armadas y seguridad nacional*, Bogotá, Planeta, 294 pp.

- VANEGAS GIL, Pedro Pablo (2011): «La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después», en *Revista Derecho del Estado* (Universidad Externado), núm. 27, pp. 261-290.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo (2012): *Las fuerzas armadas en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas*, 2ª ed., Medellín, La Carreta, 266 pp.
- VERGOTTINI, Giuseppe de (1982): «La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras Constituciones liberales europeas», trad. esp. J. JIMÉNEZ CAMPOS, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, pp. 9-33.
- VILLEGAS, Luis C. (2016): *Memorias al Congreso 2015-2016. Transformación y modernización del sector Defensa y Seguridad*, Ministerio de Defensa Nacional, 134 pp.
- WEBER, Max (1922): *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, obra póstuma, trad. esp. sobre la 4ª ed. alemana (1956), México, Fondo de Cultura Económica, 1964, 1245 pp.

DEBATES

LA TAUROMAQUIA COMO VALOR CULTURAL Y MEDIOAMBIENTAL. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA (*)

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.– II. CONTEXTUALIZACIÓN.– III. DEFENSORES Y DETRACTORES.– IV. TAUROMAQUIA Y MEDIOAMBIENTE.– V. CONTEXTO VENEZOLANO.– VI. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El acoso de los antitaurinos fuertemente organizado en España y otros países europeos ha saltado a la América taurina española. Se ha globalizado. En Francia y España a pesar de los ataques se ha acudido al derecho y se ha trasladado la regulación jurídica de la tauromaquia desde el orden público a un tema de patrimonio cultural inmaterial, con legislación especial al efecto. Su fundamento el derecho de las minorías. Pendiente este salto cualitativo en la América taurina española.

Se está usando como argumento antitaurino el tema del impacto sobre el medio ambiente. Aducimos que esa afirmación no es cierta, con apoyo en opiniones de especialistas ambientalistas, juristas y filósofos. Se analiza una reciente decisión judicial en Venezuela sobre el tema.

Palabras clave: antitaurino; tauromaquia; patrimonio cultural medioambiente.

ABSTRACT: The harassment of anti-bulls heavily organized in Spain and other European countries has jumped to Spanish bullfighting America. It has become globalized. In France and Spain, in spite of the attacks, the legal regulation of bullfighting has been moved from the public order to an intangible cultural heritage subject, with special legislation to that effect. Its foundation the right of minorities. Pending this qualitative leap in Spanish bullfighting America.

The issue of impact on the environment is being used as an anti-bullfighting argument. We assert that this statement is not true, with support in the opinions of environmental specialists, jurists and philosophers. We analyze a recent judicial decision in Venezuela on the subject.

Key words: anti-bullfighting; bullfighting; cultural heritage; environment.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 23 de marzo de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 17 de abril de 2017

I. PRESENTACIÓN

En la última década, el fenómeno antitaurino ha cristalizado en prohibiciones legales y en amenazas crecientes a la permanencia de la fiesta taurina. En España el referente es la ley abolicionista catalana de 2010 (recientemente anulada por el Tribunal Constitucional), que ha contagiado —de forma muy entusiasta— a muchas otras localidades y Comunidades Autónomas e, incluso, en los países taurinos de la América española (como Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, México).

Por contraste en Francia, de tradición minoritaria y territorialmente localizada, se logró en 2010 la inscripción de los toros en su lista de patrimonio cultural inmaterial, siguiendo los criterios definidos por la UNESCO.

En España se aprobó la Ley 18/2013, de 12 de diciembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural (1). La declaración legal de la tauromaquia como bien cultural español supone que el Estado pueda cumplir con su mandato constitucional específico de protección en relación con los valores «comunes» y reconocibles en términos históricos y culturales que le incumbe prioritariamente conservar, por tratarse de bienes del patrimonio inmaterial cuya existencia y protección trasciende del interés de una Comunidad Autónoma. Esta Ley representa un giro radical en la regulación de la fiesta, por cuanto cambia diametralmente el paradigma jurídico de la regulación de esta actividad, desplazándolo del terreno del orden público y del espectáculo, al de la cultura. Asimismo, abre unas posibilidades para situar la clave de su protección jurídica en el Derecho de las minorías a mantener su identidad cultural (2).

Damos cuenta en este trabajo de la situación antitaurina en los países taurinos de la América de raíz española (Colombia, Perú, Ecuador, México, Venezuela).

Por cuanto últimamente se ha aducido como argumento antitaurino el tema del impacto sobre el ambiente, dedicamos un capítulo a destacar que esa afirmación no es cierta, con apoyo en opiniones de especialistas ambientalistas, juristas y filósofos. Cerramos nuestro análisis analizando el contexto venezolano a raíz de una reciente sentencia de un Juzgado Superior Agrario Regional del Estado Aragua que determina que las corridas de toros atentan contra la protección del ambiente y la biodiversidad.

(1) DE GUERRERO, Carmen (2017: p. 80).

(2) CARRILLO DONAIRE, Juan A. (2015: p. 2) :

II. CONTEXTUALIZACIÓN

La Fiesta de los Toros es una tradición con implantación y arraigo en ocho Naciones de América y Europa, constituyendo un patrimonio cultural, antropológico, histórico, monumental y ecológico de primer orden que debe ser preservado y legado a las futuras generaciones (3).

Conforme al proyecto de DECLARACIÓN INTERNACIONAL DE LA TAUROMAQUIA COMO OBRA MAESTRA DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL (4), que propugnan la Asociación Nacional de Presidentes de Plazas de Toros de España (Anpte), la Asociación Internacional de Tauromaquia (Ait), y el Observatorio de Culturas Taurinas de Francia en el contexto del proyecto Tauromaquia-Unesco, la Fiesta de los toros (entiéndase espectáculos taurinos), se configura:

— Como una expresión moderna que se fragua en la Península Ibérica desde la Edad Media, en América desde el siglo XVI, y en el sur de Francia desde el siglo XIX, apoyándose en tradiciones taurinas más antiguas, extrae sus raíces de un fondo milenario de la Cultura Mediterránea heredada por los pueblos latinos, en la cual el enfrentamiento entre el hombre y el toro, y su interpretación simbólica, han dado lugar a un sinfín de mitos, de celebraciones y de obras maestras en las bellas artes y en la literatura, el teatro, la música, el canto, la danza y muchas más.

— Como una Fiesta, que en sus diferentes interpretaciones, refleja la sensibilidad específica de cada uno de los pueblos y comunidades que la comparten, íntimamente ligada a sus tradiciones, costumbres y creencias religiosas, que expresa al mismo tiempo, en el aspecto ético y cultural, los valores fundamentales del hombre de herencia latina y su manera de enfrentarse con la vida, con la muerte y con lo efímero, resultando de ello no solo una expresión de arte y cultura, sino una fuente de inspiración de todas las artes.

— Constituyendo el núcleo de numerosas fiestas locales, juega por lo tanto un papel muy importante para estrechar lazos de afecto y solidaridad entre comunidades y pueblos, fomentando de manera muy significativa el turismo, la hostelería, el comercio y la economía local de las ciudades taurinas, implicando además, en el campo y en las ciudades, numerosos oficios y puestos de trabajo relacionados directa o indirectamente con el mundo de los toros. Dando lugar durante todo el año a numerosos actos culturales y encuentros entre aficionados, nacionales, internacionales y locales, que incluyen visitas a museos taurinos, plazas de toros, ganaderías, y a la edición de numerosas publicaciones e información en medios de comunicación, televisión, cine, libros, revistas y sitios en Internet, basándose en el respeto que los ganaderos,

(3) Asociación Internacional de Tauromaquia

(4) Asociación Nacional de Presidentes de Plazas de Toros de España.

toreros y aficionados sienten por el toro durante su lidia y durante su cría en condiciones óptimas de libertad, en unos espacios preservados que constituyen una reserva ecológica insustituible para otras especies de la fauna salvaje y la flora, y que mantienen numerosas tradiciones de campo; que la conservación de esta riqueza ecológica, así como de los encastes del toro de lidia están condicionadas por la supervivencia de la corrida.

— Advirtiendo que la protección de cualquier expresión del patrimonio inmaterial condiciona la diversidad cultural y garantiza el desarrollo sostenible, como lo declara el texto de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en su primer considerando; y que por otra parte la promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales ha sido objeto de una Convención firmada en 2005 por el conjunto de los estados representados en la UNESCO, con el fin de evitar, dentro de los límites marcados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los efectos negativos de la globalización.

— Entendiendo que la fiesta taurina conlleva una riqueza cultural y unos valores históricos, ecológicos, artísticos y culturales, cuyo legado tenemos la obligación de preservar para las futuras generaciones. Destacándose igualmente la singularidad del Toro lidia, su bravura y la riqueza genética de sus numerosos encastes; la contribución de su cría al mantenimiento de la dehesa, ecosistema por excelencia y garantía de preservación de la biodiversidad, fundamental para la supervivencia y mantenimiento de diversas especies de flora y fauna en peligro de extinción.

— Como un patrimonio cultural inmaterial reuniendo todos los criterios especificados, en el artículo 2, por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, firmada en la UNESCO el 17 de octubre de 2003, que se aplica a los ámbitos de las tradiciones y expresiones orales, de las artes del espectáculo, de las actividades rituales y festivas, de las prácticas en relación con la naturaleza, de los oficios y artesanías tradicionales.

— Por derecho propio, como Obra Maestra del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, conforme a los criterios y definiciones de la propia UNESCO.

III. DEFENSORES Y DETRACTORES

Es también un hecho notorio que diferentes pueblos y ciudades de Iberoamérica y España a través de sus autoridades han declarado la Fiesta de Los Toros como Patrimonio Cultural Inmaterial. Así la población de Tovar, en el Estado Mérida en Venezuela fue la pionera en 2010, y le han seguido las ciudades de Mérida en Venezuela, Toro, Zamora, Madrid, Salamanca,

Valladolid, Cádiz y otras en España. Destacamos también la declaración de la República de Francia a través del Ministerio de Cultura, en el mes de abril de 2011, al incluir las corridas de toros en su catálogo de Patrimonio Cultural Inmaterial. En Venezuela, la Universidad de Los Andes creó la Cátedra Libre de Tauromaquia en 2007 (5). Es de destacar que diferentes intelectuales de nuestro mundo iberoamericano y de otros latitudes también apoyan el proyecto de Declaración Internacional (proyecto Tauromaquia-Unesco), específicamente resaltamos el apoyo del escritor hispano-peruano Mario Vargas Llosa (6).

El filósofo Fernando Savater, ha dedicado una obra denominada *Taurotica* (7) en el contexto del debate sobre la abolición de las corridas de toros que, ha vuelto a poner de actualidad una vieja polémica: ¿Es un espectáculo cruel y brutal, residuo de lo peor de nuestro pasado? ¿O una manifestación artística pura de nuestras raíces hispanas? El núcleo de la discusión es sin duda de carácter ético. Quienes piden que se prohíba la fiesta taurina no lo hacen por razones estéticas, ni dudan de que sea tradicional, sino que cuestionan su moralidad. A fin de cuentas, se trata de una cuestión filosófica, no folclórica o sentimental. En ella se centra este libro. No es un alegato a favor de las corridas de toros directamente, sino contra las argumentaciones moralistas de quienes quieren suprimirlas. Sobre todo, es una reflexión sobre nuestras relaciones con los animales y la diferencia esencial entre los miramientos que debemos tener con ellos y las obligaciones éticas que tenemos con los humanos.

Destacamos una rica literatura para la defensa de la fiesta taurina de reciente data, como patrimonio cultural: *Derecho Sanferminero. El derecho de los sanfermines y de otras fiestas locales*, José Alenza (Director), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016; *Derecho y Tauromaquia*, Aurelio Fernandez de Gatta, Hergar 2015, estas dos obras dirigidas por profesores Universitarios de Pamplona y Salamanca, respectivamente; «La protección jurídica de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial», *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 39-2015, de Juan A. Carrillo Donaire, de la Universidad Loyola Andalucía; *El derecho de los animales*, Basilio Baltasar (director), Marcial Pons 2015; *50 razones para defender las Corridas de Toros*, Almuzara 2011 y *Filosofía de las Corridas de Toros*, Bellaterra 2013, ambos del filósofo francés Francis Wolff.

(5) La Cátedra Libre de Tauromaquia «Dr. Germán Briceño Ferrigni» se creó mediante Resolución del Consejo Universitario de la Universidad de Los Andes N° CU 1444, de 25 de junio de 2007. Está adscrita al CIEPROL, Unidad Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Su Director es el profesor Fortunato González Cruz, proponente de su creación. www.cieprol.ula.ve,

(6) LERENA, Víctor, 11-05-2012 ,www.abc.es

(7) SAVATER, Fernando (2010).

En radical perspectiva, el Parlamento de Cataluña en España decidió prohibir las corridas de toros por ley de 03 de agosto de 2010 con efecto a partir del año 2012. Esta prohibición fue recurrida por el Grupo Parlamentario del Partido Popular de España en el Senado, ante el Tribunal Constitucional y admitida para su trámite en fecha 27 de octubre de 2010 (8).

El Tribunal Constitucional español, seis años después el 20-10-16, anuló la ley catalana que prohibía las corridas de toros, al considerar que la norma invadía las competencias del Estado en materia de Cultura. El Tribunal considera que al ejercer su competencia para la regulación de los espectáculos públicos, la Generalitat ha «menoscabado» la competencia del Estado para la «preservación del patrimonio cultural común», condición que las corridas de toros tienen atribuida por ley. El Tribunal señala el hecho «incontrovertido» de que «la tauromaquia tiene una indudable presencia en la realidad social de nuestro país»; asimismo, explica que las corridas de toros «son una actividad con múltiples facetas o aspectos que explican la concurrencia de competencias estatales y autonómicas en su regulación» dado «su complejo carácter como fenómeno histórico, cultural, social, artístico, económico y empresarial». Como «una expresión más de carácter cultural», las corridas de toros «pueden formar parte del patrimonio cultural común que permite una intervención del Estado dirigida a su preservación ex art. 149.2 CE». En el ejercicio de esas competencias, derivadas del citado art. 149.2 CE, el Estado ha dictado un conjunto de normas a través de las cuales «ha declarado formalmente la Tauromaquia como patrimonio cultural». La sentencia recuerda que la dimensión cultural de las corridas de toros, presente en la ley desde 1991 y mencionada por el Tribunal Supremo en 1998, se ha potenciado después con la aprobación de Ley 18/2013 para la regulación de la Tauromaquia y Ley 10/2015 para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Estas dos últimas normas, que fueron dictadas con posterioridad a la aprobación de la ley autonómica objeto del presente recurso y que no han sido recurridas ante este Tribunal, expresan una actuación legislativa «dirigida específicamente a la preservación de la manifestación que son las corridas de toros». La sentencia explica también que el deber constitucional que los poderes públicos tienen de «garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural» (art. 46 CE) no puede ser entendido como una obligación de mantener «todas las manifestaciones inherentes a los espectáculos tradicionales, como pueden ser las corridas de toros». Así, los diversos poderes públicos pueden tener una concepción heterogénea, e incluso opuesta, de lo que deba entenderse «como expresión cultural susceptible de protección». En otras palabras, el legislador autonómico goza de libertad en la «interpretación de los deseos u opiniones

(8) PETIT, Quino: El PP recurre ante al Constitucional la prohibición de los toros en Cataluña, 28-10-2010 www.elpais.com.

que sobre esta cuestión existen en la sociedad catalana a la hora de legislar en el ejercicio de sus competencias sobre espectáculos públicos»; pero esas diferencias de interpretación «han de manifestarse de modo conforme al orden constitucional de distribución de competencias (...), de manera que no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura al amparo del art. 149.2 CE». Esa es la razón por la que la norma recurrida, al incluir la prohibición de las corridas de toros en el ejercicio de la competencia autonómica sobre espectáculos públicos, «menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural» (9).

Durante el año 2016 se sucedieron variados ataques a la fiesta taurina desde diferentes entidades públicas en España (10), tales como: Acuerdo del Ayuntamiento de Calviá declarando la localidad antitaurina; Acuerdo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca declarando la localidad antitaurina; Acuerdo de la Diputación de Pontevedra declarando la provincia antitaurina; Acuerdo del Ayuntamiento de Orihuela declarando la localidad antitaurina; Acuerdo del Ayuntamiento de Benissalem declarando la localidad antitaurina; Denegación de autorización en Villena para la celebración de una corrida de toros

En Bogotá, Colombia, el 19 de febrero de 2012 se suspendieron las corridas de toros en el ruedo de la plaza de toros de Santamaría (11). Ese día se terminó la tradicional temporada taurina y la plaza fue cerrada, indefinidamente, por decisión del entonces alcalde de Bogotá, Gustavo Petro. Como la plaza de toros es propiedad del Distrito Capital, Petro, de forma unilateral, optó por cerrar esa edificación y así convertirse en el primer alcalde del país que prohibía las corridas de toros. Desde entonces, no se han visto más corridas de toros en la capital colombiana. El Alcalde Petro trasladó el conflicto a las calles, en uno de sus últimos actos para legitimar su gobierno, promovió una consulta popular para que los ciudadanos en la capital se pronunciaran en las urnas sobre si querían o no corridas de toros en Bogotá. El Consejo de Estado colombiano prohibió la consulta, al fallar una tutela (amparo constitucional) de taurinos en la que la declaró «inconstitucional». La prohibición parecía definitiva, pero la Corte Constitucional declaró ilegal dicha veda y, en una sentencia de 22-05-2013 (T-296/13), ordenó al Distrito reabrir el escenario para lo que había sido construido hace 85 años. El alcalde Enrique Peñalosa, quien en campaña se declaró en contra de los festejos taurinos, decidió dar

(9) S TC, N°177/2016, de 20 de octubre de 2016, Ponente, Encarnación Roca.

(10) Fundación Toro de Lidia, en www.fundaciontorodelidia.org.

(11) www.elpais.com.co (15-06-2012).

cumplimiento a la referida sentencia. Así los pliegos de licitación para la administración de la plaza salieron a la luz pública en diciembre de 2016. Era el preludio para que las corridas de toros volvieran a La Santamaría en el 2017, una vez culminen las obras de reforzamiento estructural que actualmente se adelantan en la edificación, patrimonio arquitectónico de la ciudad. La decisión del Alcalde podría suponer el final de una de las mayores controversias en Bogotá. Fueron más de tres años de controversia que se trasladó a juzgados y tribunales, donde se amparó los derechos de aficionados taurinos en detrimento de las pretensiones del alcalde censor. La Corte Constitucional dictó una dividida sentencia en la que estimaba las pretensiones de los gestores de la plaza y ordenaba a las autoridades municipales disponer lo necesario para la reanudación del espectáculo taurino, adoptando los mecanismos contractuales y administrativos que garantizaran la continuidad de la tauromaquia en esa localidad. La Corte Constitucional no solo reconoció los derechos a la libertad de expresión de los taurinos, también advirtió que los alcaldes o gobernadores no podían suspender estos espectáculos. El caso colombiano es también ilustrativo de cómo la defensa de las minorías culturales puede ser un bastión frente al abolicionismo (12). Lo importante y más novedoso de esta nueva sentencia es que razona el fallo en la clave de la protección de las minorías. Así, esta sentencia afirma que la protección constitucional de la tauromaquia se fundamenta en que:

han de considerarse como expresiones culturales tanto las mayoritarias entre la población como las minoritarias, e incluso las que sufran del rechazo o desafección de algunos hacen parte de la cultura y sirven como sustento de la nacionalidad, pues de los artículos como el 7° y el 70 de la Constitución se deduce que todas las manifestaciones culturales se encuentran en pie de igualdad ante el ordenamiento jurídico colombiano (13).

La Corte, no obstante, ya había definido que las corridas de toros solo pueden celebrarse en los sitios en donde «sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida y que por tanto su realización responda a cierta periodicidad», según la sentencia C-666 de 2010. En 2014, mientras varios novilleros adelantaron una huelga de hambre en la plaza de toros, la Corte profirió otra decisión en la que ordenó al Distrito un término de 18 meses para reabrir La Santamaría para las corridas de toros.

El nuevo gobierno reiteró que acataría el auto de cumplimiento 060 de 2015, que ordena a las «autoridades distritales competentes disponer lo necesario para la reanudación del espectáculo taurino en la Plaza de Toros

(12) CARRILLO DONAIRE (2015)

(13) SCC de 22-05-2013 (T-296/13, y auto de cumplimiento 060 de 2015)www.corteconstitucional.gov.co.

de Santamaría de Bogotá». Así, quedaba confirmada la fecha a partir de la cual los aficionados taurinos volverían a decir «ole» en la plaza de toros La Santamaría: entre el 22 de enero y el 26 de febrero del 2017. Esto se confirmó tras la adjudicación que el Instituto Distrital de Recreación y Deporte (IDRD) hizo de la operación de la temporada taurina de Bogotá al Consorcio Colombia Taurina. En cumplimiento de la ley y de la orden de la Corte Constitucional (14). Recogemos la noticia de la trifulca formada por «antitaurinos» en los alrededores de la Plaza Santa María en Bogotá el domingo 22 de enero 2017 pasado, al tratar de impedir el acceso a la plaza y agrediendo a los aficionados y espectadores (15).

Pero la Corte Constitucional se pronunció otra vez sobre el tema el pasado miércoles 01-02-2017 en sentencia C-041/17. Contó con el voto salvado de cuatro magistrados. Tras revisar dos demandas contra la ley de maltrato animal en la que le pedían a la Corte que penalizara las corridas de toros, el alto tribunal aceptó los argumentos de los demandantes, pero decidió modular su fallo para darle al Congreso dos años en los que podría legislar sobre esta materia. Esto dijo el comunicado oficial de la Corte: «la Corte declaró inconstitucional una disposición que exceptuaba de penalización determinados comportamientos, al considerar que el legislador incurrió en un déficit de protección constitucional hacia los animales, por lo que exhortó al congreso a superarlo en un término máximo de dos años» (16).

Así determinó que las corridas de toros y demás eventos con animales deben quedar prohibidos en Colombia por constituir actos de maltrato animal, y le dio al Congreso un plazo de dos años para que legisle sobre el tema. Aunque la Corte no le indica al Congreso en qué sentido debe legislar, lo claro es que si en los próximos dos años no emite una ley que regule el tema, esas actividades quedarán penalizadas definitivamente en todo el país porque ya no existe ninguna norma que los proteja de las sanciones que trajo la ley de maltrato animal. Por ahora, las corridas, peleas de gallos y demás se pueden seguir realizando. Aunque la decisión de la Corte fue criminalizar esos espectáculos, su fallo tiene efectos diferidos. La Corte dice que su sentencia entrará en vigencia en dos años, plazo que le dio al Congreso para que legisle sobre las corridas de toros y los demás eventos. La Corte decidió darle ese plazo al Congreso considerando que no se podía vulnerar «la confianza legítima» de las familias que dependen de la tauromaquia o de otros eventos populares como las peleas de gallos y corralejas, y que las han desarrollado

(14) MOTOA, Felipe (20-10-16): Temporada taurina en Bogotá ya cuenta con operador en www.eltiempo.com.

(15) Entre marchas y agresiones regresaron los toros a la Santa María, www.elespectador.com/noticias (22-01-17)

(16) SCC C-041/17 de 01-02-2017 www.corteconstitucional.gov.co.

tradicionalmente. Esto porque, en caso de que se eliminen todas estas prácticas, dichas familias también podrían alegar que se les está vulnerando su derecho al trabajo y al mínimo vital (17).

En Ecuador, el Presidente Rafael Correa convocó en mayo de 2011 una consulta popular en la que se incluía una pregunta relativa a la prohibición de matar animales en espectáculos públicos. Según el escrutinio del Consejo Nacional Electoral la prohibición habría contado con el apoyo del 61,2% de los ecuatorianos. Sin embargo, el espectáculo con toros podrá seguir celebrándose si se respeta la vida del toro. Como resultado de dicha consulta, 129 cantones prohibieron la muerte de toros y otros animales en espectáculos mientras que 95 cantones seguirán celebrando dichos espectáculos. La capital del país, Quito, votó a favor de la prohibición, así que a partir de entonces las corridas de la feria de Jesús del Gran Poder (una de las más importantes de Hispanoamérica) se seguirán llevando a cabo, pero ahora sin que tenga lugar la muerte del animal en el ruedo. En noviembre de 2012, la Feria de Quito «Jesús del Gran Poder», la más grande en Ecuador y llamada la mejor de América, fue suspendida debido al bajo nivel de ventas previo a la Feria, por la prohibición de matar al toro en el ruedo. La organización Diabluma que es de izquierda y antitaurina festejó la suspensión y procura acabar con toda la actividad taurina del país. Varias son las organizaciones de protección y defensa de los derechos de los animales que, según la región o ciudad, lideran el movimiento antitaurino, como PAE, Anima Naturalis, Pro Anima y Defensa de la Vida Animal etc. Estas, junto a otras organizaciones sociales, ambientales y ecológicas organizan manifestaciones, foros y eventos antes y durante las ferias taurinas. En ellas, buscan concienciar al público sobre el maltrato recibido por los toros en las corridas en pro de su abolición (18).

En México (19) la tauromaquia se encuentra prohibida en los estados de Sonora y Guerrero. Según una encuesta del año 2009, el 88% de la población mexicana se manifestó contra el apoyo gubernamental a las corridas de toros, mientras otras encuestas llevadas a cabo por medios de comunicación hablan así mismo de que más de un 40% de la población apoyaría la prohibición de las corridas de toros. En 2010 el 73% de los mexicanos dijo que las corridas de toros no eran de su agrado. En cuanto a la prohibición de las corridas de toros, el 57% dijo estar a favor, 26% en contra y 16% no sabía. Cada año mueren alrededor de 230 toros en México. Desde 2007 las ONG asisten cada 5 de febrero al aniversario de la Plaza de Toros de México. La

(17) www.elespectador.com/judicial (01-02-2017).

(18) RUEDA, Roberto: (10-09-11), Quito seguirá con corridas de toros, pero elimina la estocada final, www.eluniverso.com.

(19) BRANDOLI, Javier: ¿Se acabarán los toros en México? 01-10.15, www.elmundo.es/cultura/toros.

valla hecha alrededor del lugar reunió el primer año a 300 personas. Para el 2010 había acumulado a 1200 personas. Tras varias protestas como la que protagonizaron unos 500 antitaurinos frente al Palacio de Bellas Artes de México D.F., formando la palabra «basta» con sus cuerpos, la polémica llegó a su punto álgido a comienzos de octubre de 2011, con la presentación de varias iniciativas legislativas por parte de varios diputados con el objetivo de prohibir las corridas de toros en México D.F. También se encuentran prohibidas en la ciudad de Durango y el Ayuntamiento de Pátzcuaro. El 3 de mayo de 2013, en el estado mexicano de Sonora fueron prohibidas las corridas de toros, propuesta promovida por grupos ambientalistas y diversos líderes políticos al interior del congreso del estado que prohíben todo tipo de entretenimiento con animales, salvo las peleas de gallos que si existen en Sonora y las permite el estado, convirtiéndose en el primer estado mexicano en prohibir las corridas de toros. Cabe mencionar que el Estado mexicano de Sonora no ha contado con infraestructura taurina (Plazas Monumentales de primera categoría, ni Plazas de segunda categoría) para la celebración de corridas de toros desde hace muchos años ni hay toreros sonorenses, siendo por ello uno de los estados con menor importancia taurina del país. El estado de Guerrero se convirtió durante 2014 en la segunda entidad de la República Mexicana que prohíbe las corridas de toros, luego de Sonora. En 2015 se tramitó en el estado de Baja California una ley para prohibir la tauromaquia. En ese año 2017 el Estado de Coahuila también prohibió la tauromaquia.

En el Perú el tema también tiene sus defensores y detractores. El movimiento antitaurino es aún embrionario pero muy activo, y en ningún caso ha llegado a poner en peligro la muy concurrida Feria del Señor de los Milagros, que se celebra en Lima entre octubre y noviembre y es una de las más prestigiosas del continente. En 15 departamentos del Perú hay plazas de toros, existiendo un total de 56 plazas. Como deja bien explicado Carmen del Pilar Robles , los espectáculos taurinos sí son una manifestación cultural en el Perú, a pesar del vaivén jurisprudencial del Tribunal Constitucional (20):

En este sentido, para nosotros los espectáculos taurinos constituyen una manifestación cultural del pueblo peruano, que tiene su origen con la llegada de los españoles, y que con el transcurrir del tiempo, se ha convertido en una expresión cultural popular, con sus peculiaridades en cada una de las zonas del Perú en donde se realiza, como hemos indicado hay alrededor de 56 plazas de toros en el Perú, lugares en los que se desarrollan los espectáculos taurinos, realizándose un aproximado de entre 500 a 600 corridas de toros al año. Ahora bien, el señalar que los espectáculos taurinos constituyen una manifestación cultural, no significa que éstas deban ser consideradas como derechos fundamentales, pues si afirmamos que esto es así, la respuesta no sólo sería para los espec-

(20) ROBLES, Carmen del Pilar (2008: p. 4)

táculos taurinos, sino para todas aquellas prácticas que constituyen manifestaciones culturales. Y es cierto que existen manifestaciones culturales que desconocemos, y algunas que podrían incluso llegar a calificarse como manifestaciones culturales, causar rechazo de nuestra propia cultura, por ser a todas luces imposible tolerarlas, por ejemplo, supongamos que descubrimos que en una comunidad de la selva peruana, existe un rito religioso según el cual una vez al año se tiene que sacrificar la vida del ser humano más joven y puro del grupo, ¿estaríamos ante una práctica cultural?, ¿estaríamos ante una manifestación cultural?, ¿debería ser considerada como un derecho fundamental?. Creemos que la respuesta sería negativa.

Observamos que este tema ha sido tratado por el Tribunal Constitucional del Perú con ocasión de procesos donde la pretensión procesal constitucional ha estado fundada en asuntos tributarios y fiscales, y de manera incidental se ha abordado el tema de los espectáculos taurinos y su carácter cultural o no.

Nos situamos en el año 2005 cuando este asunto fue abordado por el Tribunal Constitucional (21). El asunto queda precisado por una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 54 del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N° 952 en cuanto establecía que el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos grava el monto que se abona por concepto de ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura.

Pues bien, esta sentencia trata el tema de los espectáculos taurinos y la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos, de manera colateral, ya que no está planteado en la pretensión procesal de la demanda de inconstitucionalidad, aunque si se hizo referencia a ellos en la audiencia pública del proceso. En este sentido la sentencia se plantea pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

- Posición del Estado frente a los actos de crueldad contra los animales.
- Si el Estado tiene el deber de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones similares.
- Si los espectáculos taurinos están obligados al pago de impuestos como espectáculos públicos no deportivos.

El primer punto de reflexión de la sentencia ya está prejuzgado al solapar que las corridas de toros son actos de crueldad contra los animales. En su desarrollo aunque no hace alusión directa a las corridas de toros dice que «no

(21) STC de 13 de abril de 2005 N° 0042-2004, www.tc.gob.pu.

existe ningún argumento racional que justifique el que el ser humano someta a torturas, tratos crueles y dé muerte, innecesariamente, a los animales; más aún si dichos actos se realizan por diversión en espectáculos públicos...».

El segundo punto es abordado con rotundidad contra los espectáculos taurinos al señalar que los espectáculos taurinos *«en los que el toro es asesinado... debe precisar que ellos no constituyen manifestaciones culturales que el estado tiene el deber de promover. Ello porque es un espectáculo que al someter innecesariamente, al maltrato cruel y posterior muerte de un animal, afecta el derecho fundamental a la tranquilidad y al bienestar de las personas que se interesan por la protección y el buen cuidado de los animales».*

También se cuestiona su carácter cultural, se alega una encuesta de opinión realizada en Lima y Callao que está en contra de los espectáculos taurinos. Y remata este punto afirmando que los espectáculos taurinos que comportan la tortura y muerte innecesaria del toro no es una costumbre extendida en todo el territorio peruano, sino más bien de ciudades como Lima, Trujillo, Puno, Huancayo y otros.

Se ahonda en la cuestión y se sostiene que *«estos espectáculos como el taurino, encubiertos por lo cultural, conllevan a un sufrimiento y tratamiento cruel, innecesario e injustificado contra los animales, el Estado no tiene el deber de promover dichos espectáculos...».*

Llama la atención la posición final irónica que acepta que se deben respetar las fiestas taurinas, siempre que en ellas no se someta a torturas y tratos crueles, o se sacrifique innecesariamente al toro, opción que debería merecer del Estado el reconocimiento y promoción de una fiesta cultural, por ser plenamente acorde con la Constitución.

En relación con el tercer punto, la sentencia sostiene que los espectáculos taurinos no han sido considerados por el legislador como manifestaciones culturales que deben ser promovidas por el Estado, de ahí que hayan sido incluidas dentro de las actividades que deben pagar el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

El Tribunal Constitucional aborda el tema nuevamente en el año 2011 (22). El asunto queda precisado por una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte, contra el artículo 2 de la Ley que promueve el desarrollo de los espectáculos públicos no deportivos, así como contra el artículo 1 de la ley que modifica y proroga la vigencia de los apéndices I y II de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

(22) STC de 19 de abril de 2011, N°00017-2010. www.tc.gob.pu.

La sentencia se plantea que al haber la ley impugnada excluido a los espectáculos taurinos del listado de espectáculos públicos culturales exonerados del Impuesto General a las Ventas, el Tribunal debe analizar si los espectáculos taurinos corresponde o no a una manifestación cultural, a fin de poder pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicha exclusión.

Al existir la sentencia del año 2005, que ya hemos analizado, considera EL Tribunal Constitucional que ha llegado el momento de revisar el criterio jurisprudencial en torno al tema, dado que se suscitó un debate a partir de la sentencia referida. Y anuncia su cambio de rumbo por la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique. La mesa está servida para cambiar el criterio del Tribunal. Así, atendiendo a fundamentos históricos, culturales y jurisprudenciales, ha rectificado el lamentable fallo, asumiendo una posición favorable a la fiesta. Esta sentencia es trascendental para la protección de la tradición taurina peruana y constituye un aporte valioso para su defensa global, en la medida que (23):

- Establece que es una manifestación cultural y artística que se ha incorporado a la cultura mestiza y forma parte de la diversidad cultural del Perú. Así, se rechaza la tesis «nacionalista» que niega esta tradición por su origen hispánico. Al fundamentar su voto, el magistrado Vergara Gotelli sostuvo que «negar el carácter cultural constituye una negación a nuestra propia historia».
- Establece su carácter cultural precisando que, no porque algunos reprueben dicha actividad, puede dejar de tener la condición de cultural.
- Establece que quien esté en desacuerdo no está obligado a asistir, como también debe ser libre y voluntaria la concurrencia, por ejercicio en ambos casos, del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que se deriva de la dignidad humana.
- Declara que no podrá alegarse la afectación a derecho constitucional alguno por la sola oferta de los espectáculos taurinos, mientras no se coaccione la asistencia a ellos.
- Consolida la jurisprudencia regional, al asumir y validar los argumentos aportados por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C 1192/05 del año 2005, que estableció que aun cuando el rito taurino pone en peligro la integridad del torero, se infringe dolor y se sacrifica el toro, dichas manifestaciones no corresponden a actos de violencia, crueldad, salvajismo o barbarie, sino a demostraciones

(23) Asociación Internacional de Tauromaquia (2011), www.tauromaquia.org.

artísticas, y si se quiere teatrales, de las disyuntivas constantes a las que se enfrenta el quehacer humano: fuerza y razón, arrojo y cobardía, vida y muerte.

- Impide toda iniciativa legislativa que pretenda la prohibición o restricción de las corridas de toros, obligando a las autoridades a someterse a las interpretaciones y consideraciones expresadas en la sentencia.
- Permite que las corridas de toros sean declaradas Patrimonio Cultural Inmaterial conforme a la Ley 28296. En virtud a dicha norma, el Estado debe adoptar medidas para su protección y promoción, al igual que cualquier otro bien del patrimonio cultural.

IV. TAUROMAQUIA Y MEDIO AMBIENTE

El toreo es naturaleza. Desde esta afirmación aquí trasladamos las razones por las que la tauromaquia es 100% ecológica (24):

1. *Raza bovina más antigua del mundo*. La documentación histórica sobre la procedencia de las ganaderías permite trazar el origen del ganado de lidia en los siglos XVI-XVIII.

2. *Joya del patrimonio genético español*. Analizadas las ganaderías por encastes, se observa que el grado de diferenciación genética es muy superior al que hay entre las razas bovinas europeas, por lo que la raza de lidia debería ser considerada como raza de razas.

3. *Guardián de la dehesa ibérica*. El toro de lidia ocupa más de 500.000 hectáreas de dehesa y es el mejor protector de la dehesa ibérica al convivir en equilibrio y armonía con la flora y fauna autóctonas.

4. *Crianza sostenible*. Las dehesas de toros de lidia se localizan principalmente en sierra o monte, zonas desfavorecidas de la Península Ibérica más agrestes y pobres, no aptas para el cultivo y amenazadas por la despoblación.

5. *Factor de fijación rural*. Las ganaderías de lidia contribuyen a aumentar la población rural en zonas deprimidas, a través de la mejora de los salarios, por la necesidad de una mano de obra fija y cualificada.

6. *Patrimonio cultural material e inmaterial irreemplazable*. La crianza del toro de lidia y sus usos tradicionales está declarada y protegida como Patrimonio Cultural.

En Colombia al abordarse el tema de la continuidad o no de las corridas de toros en la Plaza Santamaría de Bogotá, se adujeron un sinnúmero de argu-

(24) Seis razones por las que la tauromaquia es cien por cien ecológica: www.abc.es/cultura/toros, 26-05-2016.

mentos entre los cuales se menciona el tema del impacto sobre el ambiente. Un experto en temas ambientales colombiano, Álvaro Sánchez, cuestiona que las corridas de toros tengan impacto sobre el medio ambiente, aduciendo lo siguiente (25):

- El toro de lidia es en sí mismo un defensor del medioambiente y consecuentemente posee un valor ecológico de primer orden y ha sido un guardián fundamental de ecosistemas muy débiles de por sí, en América y en España.
- El toro de lidia cumple un papel muy importante en el entorno medioambiental y que es una de las pocas industrias del campo que hace un aprovechamiento racional de los recursos naturales, pues mantiene el ecosistema contribuyendo permanentemente al equilibrio del medio en el que se desarrolla, protegiendo los espacios del más depredador de los animales, el ser humano. De esta forma se puede afirmar que estos ecosistemas siguen existiendo en buena medida gracias a la existencia del ganado de lidia que no solo es de fácil adaptación al medio, sino que se alimenta de material vegetal residual y permite la convivencia de diversas especies que a su lado están protegidas de la persecución del hombre.
- La secretaria general de la «Unión de criadores de toros de lidia» con sede en España, afirma que «la dehesa es el ecosistema por excelencia», y que su protección debe ir unida a la del toro bravo. Es una joya medioambiental.
- Los impactos culturales de las corridas de toros, dado que como ya se ha dicho en múltiples ocasiones por parte de la oficina de las Naciones Unidas para el medio ambiente, «La dimensión cultural es parte integral del medio ambiente».
- Con respecto a la protección de los animales deberíamos tener en cuenta que el promedio de edad en que un novillo de engorde es sacrificado es de aproximadamente 18 meses, mientras que los toros de lidia tienden a ser toreados entre los 3 y los 5 años lo cual aumenta significativamente la expectativa de vida del animal. Se trata de que no se utilice como argumento el de que se actúa en defensa del medio ambiente; éste no tiene nada que ver con las corridas de toros.

La Fundación Biodiversidad y la Consejería de Agricultura y Desarrollo Rural de la Junta de Extremadura en España han desarrollado el proyecto «Somos Dehesa», el ganado bravo como factor de desarrollo sostenible de los

(25) SÁNCHEZ, Álvaro (02-08-15) Del medio ambiente y las corridas de toros, www.elnuevosiglo.com.co/articulos.

hábitats adhehados (26). Su objeto es incentivar y realizar actividades en la mitad occidental de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Concretamente, se pretende conservar y promover el uso sostenible de la biodiversidad de las dehesas extremeñas, a través de la protección del toro de lidia, evitando la degradación y destrucción de su hábitat primordial y potenciando el desarrollo económico de las zonas de dehesa. Igualmente, esta iniciativa plantea conservar los valores socioculturales relacionados con el toro de lidia en la población extremeña, velar por la adecuada gestión de las dehesas con un enfoque integral, demostrar la importancia de la ganadería brava como instrumento efectivo para la sostenibilidad de las dehesas.

En este contexto medioambiental, el destacado ganadero mexicano Antonio Garfías ha defendido que la ganadería de toro de lidia representa una actividad muy importante en la preservación del medio ambiente de cada región donde está ubicada, conservando las condiciones naturales originales sin cambiar el uso de suelo, protegiendo la vegetación endémica y preservando la fauna silvestre existente, dándole sustentabilidad permanente a su vocación natural como agostadero, llevando a cabo prácticas de conservación como el sistema de rotación de potreros, que hacen más eficientes la producción de pastos, invirtiendo en obras de infraestructura especiales y necesarias como cercas, abrevaderos y saladeros (con sal adicionada con minerales) localizados estratégicamente para conducir al ganado a sitios poco frecuentados (27).

El Congreso de México por iniciativa del partido verde discute desde 2016 en la Comisión de Medio Ambiente una reforma de diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, para prohibir las corridas de toros (28).

Robert Irvine es un investigador especialista en Antropología Social de la Universidad de St. Andrews (Escocia) que publicó un interesante artículo titulado *Bullfighting: what I found during a year on breeding estates* (corridas de toros: lo que vi durante un año en fincas de cría). El descubrimiento al que se refiere Irvine es el beneficioso efecto ecológico que produce la cría ganadera taurina en la biodiversidad y el sistema silvopastoral de las dehesas (aunque no utiliza este término, que no debe tener traducción al inglés). Y es que Irvine se pasó quince meses en una finca andaluza, trabajando e investigando sobre el tema (29).

(26) Somos dehesa, www.fundacion-biodiversidad.es.

(27) La ganadería de toros de lidia y su importancia en la naturaleza y el medio ambiente, www.taurologia.com/articulo.

(28) www.escelsior.com.mx, documento recuperado el 14-01-17.

(29) ÁLVAREZ, Jorge: El antropólogo británico que defiende el lado ecológico de las corridas de toros, www.labrujulaverde.com/2015/12.

José Esteve Pardo (30), ha analizado el cambio que ha ido produciéndose desde considerar los animales como «res» (cosa), objetos de aprovechamiento al momento en que la naturaleza —flora y fauna— deja de ser objeto para ser sujeto y marcar los límites. Considera que este planteamiento, «que se ha dado en llamar nueva orientación ecológica del Derecho es una falacia absoluta, en la que las decisiones humanas conducen a un antropocentrismo acusado, impostado, porque hay personas, grupos o colectivos que se arrojan la representación de los animales». Para Esteve el único animal que en un sistema jurídico se ha situado en un lugar muy próximo al de ser sujeto de Derecho es el toro bravo. Y en este sentido dijo que «la desaparición de la Fiesta, no sólo es una catástrofe cultural sin precedentes, también lo es con relación a su protagonista, el toro, animal sujeto de Derecho, al que devolveríamos a su lugar de origen, que no es otro que el matadero» (31).

V. CONTEXTO VENEZOLANO

El virus antitaurino también campea en Venezuela, si bien no ha llegado a los niveles de intolerancia de España y Colombia todavía. El ataque ha venido desde los tribunales, siguiendo orientaciones del Poder Ejecutivo (marcadamente antitaurino), en el escenario de la legislación de niños y adolescentes comenzando a prohibir (desde hace algunos años) la entrada de los mismos a las corridas de toros y llegando en la actualidad a impedir las, como es el caso de la sentencia que comentaremos en este trabajo con fundamento en razones medioambientales. En 2015 el Defensor del Pueblo impulsa un anteproyecto de ley que prohibiría las corridas de toros en el país. En Venezuela hay plazas de toros fijas en Maracay, Valencia, Mérida, Maracaibo, San Cristóbal y Tovar. Y en ellas se dan festejos taurinos todos los años en sus diferentes ferias (32).

No existe en Venezuela una regulación legal que incluya en forma expresa a las corridas de toros como patrimonio cultural inmaterial (como arte). Son las ordenanzas municipales las que regulan este asunto como espectáculo público. No hay tampoco una Ley Taurina nacional. Se emitió una Resolución del Ministerio de Turismo, N° 010, G.O. 03-04-2009, en la que se califican los espectáculos taurinos como una actividad recreativa turística.

La carga actual de los antitaurinos tiene como soporte el medio ambiente. Es un ataque despiadado de los «verdes» y su intolerancia con la excusa de proteger valores ambientales. Aunque es notorio que ni la Constitución, ni las

(30) ESTEVE PARDO (2014: p. 61).

(31) ESTEVE PARDO (2014: p. 69).

(32) VILLEGAS MORENO, José Luis y PATIÑO VÁSQUEZ, Gerardo (1997: p. 35).

leyes en Venezuela prohíben la realización de corridas de toros, porque atentan contra el medio ambiente o sean susceptibles de degradarlo (33).

En este trabajo destacamos que existen dos recientes decisiones sobre la actividad cultural de la tauromaquia, que la interfieren. Estas decisiones judiciales fueron emitidas en el contexto de dos ferias taurinas de las más importantes del país: La Feria del Sol de Mérida o también denominada Carnaval Taurino de América, que se celebra todos los años durante el carnaval en la Plaza Monumental Ramón Eduardo Sandía (sentencia de la Sala Constitucional del TSJ que prohíbe la entrada de niños y adolescentes a la plaza de toros a ver corridas; y la Feria de San José, que se celebra en marzo en la plaza de toros Maestranza César Girón, en la ciudad de Maracay, Estado Aragua).

Por el enfoque de este trabajo nos referiremos sólo a la decisión emitida por el Juzgado Superior Agrario de la circunscripción judicial del estado Aragua, con competencia en el Estado Carabobo, en sentencia de 16 de marzo de 2016 (34), que se ha pronunciado sobre la regulación de la Fiesta Brava, con la excusa de degradación medioambiental.

Órgano: Juzgado Superior Agrario de la circunscripción judicial del estado Aragua (con competencia en el Estado Carabobo), en sentencia de 16 de marzo de 2016.

Caso: José Burgos contra la Alcaldía del Municipio Girardot del Estado Aragua, Comisión Taurina del Municipio Girardot del Estado Aragua y la Asociación de Criadores de Toros de Lidia del Estado Aragua).

Demanda: Solicitud de medida autónoma de protección y solicitud de prohibición de la tauromaquia en el Estado Aragua, con fundamento en el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y la Ley de protección a la fauna doméstica libre y en cautiverio.

Decisión: Medida Autónoma Innominada de Protección a la Fauna Doméstica y Salvaje en el estado Aragua haciéndola extensiva al estado Carabobo por estar en el ámbito de su competencia territorial y material, que prohíbe cualquier acto de maltrato, tortura, daño físico y psicológico al toro de lidia con instrumentos tales como la pica, banderillas, espadas, varas, puyas, tubos o cualquier otro objeto capaz de generar sangramiento, dolor, desgarramiento o roturas.

La sentencia es (35), la respuesta motivada y fundada en derecho a todas las cuestiones suscitadas por las partes a lo largo del proceso. La sentencia es, ante todo, una operación mental o juicio lógico de los componentes del

(33) VILLEGAS MORENO, José Luis: (2014: p67).

(34) www.tsj.gob.ve/aragua/decisiones, de 16 de marzo de 2016.

(35) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1998:p. 330).

órgano jurisdiccional. Compara la pretensión con el ordenamiento jurídico y emite juicio sobre su conformidad o disconformidad con él. La importancia de la sentencia es enorme. A través de ella cumple el Estado el deber de administrar justicia y satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 26 de la Constitución.

La sentencia tiene que guardar relación y ser proporcionada y congruente con el problema que se resuelve. El juzgador debe explicar la interpretación y aplicación del Derecho que realiza. Por tanto, la congruencia supone correlación con la pretensión, y también es necesaria la congruencia en la propia sentencia.

En el caso de la sentencia que analizamos compartimos la opinión de Hernández-Mendible (36), considerando que el juez de la causa no aplica una norma concreta que regule o limite la fiesta taurina, sino que realiza un conjunto de disertaciones extrañas a la *ratio decidendi* y efectúa la interpretación de distintas normas jurídicas, para formular la argumentación que lo lleva a decidir el caso concreto. Es así como expresa textualmente en la sentencia:

después de haber hecho un breve análisis con anterioridad de los cambios que sufrió nuestra cultura venezolana, considera necesario traer a colación lo que se viene suscitando en el Municipio Girardot del estado Aragua, con relación a las corridas de toros que se realizan en la Maestranza Cesar Girón, espectáculo que es considerado por el ente municipal como Patrimonio Histórico, Deportivo y Cultural según la ordenanza extraordinaria N° 7089 de fecha dos (02) de mayo del 2007, acto que por demás, en lugar de enaltecer la grandeza del toro de lidia y del ser humano, donde se le da valor a la vida, a la belleza, al estirpe del animal, en la cual se trate como un ser vivo digno de respeto y sin maltrato como lo establece su otra ordenanza más reciente, el toro de lidia ha sido objeto por años de un trato cruel, lesiones y daños a su integridad física y psicológica, por ser considerada dicha actividad para algunos como parte de la cultura venezolana, para otros como una forma de vida, un hobby (como fue señalado en la audiencia antes transcrita por los ciudadanos Joao Campolargo y Nelson Hernández) o una fuente de empleo; de allí que, es de resaltar, que parte de la actividad de la tauromaquia desde el punto de vista técnico, social y cultural es considerada brutal, cruel y atentatoria de los derechos humanos, que mucho más allá de satisfacer a un colectivo con actos circenses, malabares, acrobacias o actos majestuosos con preferencia por el juego de habilidad y el de fuerza (forcados), prohibiéndose el sacrificio del animal por causas antrópicas, el toro de lidia se trata como un ser que entra a un escenario a satisfacer sentimientos de sadismo o narcisismos como lo definió el psicólogo Félix Rodríguez y de insensibilización de los sujetos como lo expresó el Consejo de Derechos de Niño, Niña y Adolescente del Municipio Girardot del estado Aragua. Aunado a ello, y trayendo a colación los distintos informes presentados por los entes involucrados con competencia en la materia a nivel municipal, regional y

(36) HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor (2017: p. 573).

nacional, se observa como todos catalogan la Tauromaquia como una actividad que no puede ser considerada deportiva, ni ser vista como acto de cultural de un municipio, región u Estado, donde en dicha actividad se promueve la violencia, genera daños psicológicos al ser humano, lo hace imperceptible al dolor y al sufrimiento que padece un animal, en este caso el toro de lidia, quien se ve expuesto a un sin número de maltratos de índoles físicos y psicológicos.

La sentencia se fundamenta en el cúmulo de informes de las instituciones consultadas por el tribunal, aunque sin que ninguna de ellas integren parte de la Administración cultural a la que hacen referencias la Ley de Cultura y la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (37), por lo que no se pueden considerar con «auctoritas» en la materia, para desconocer que la fiesta taurina tiene la condición de actividad que integra el patrimonio cultural inmaterial de la población. No obstante, en atención a la argumentación precedente señala:

es para este Juzgador oportuno señalar que indistintamente exista un proceso de transculturización en el país —acentuando el hecho de que no necesariamente toda transculturización es negativa— en distintas regiones, no es menos cierto, que en el caso específico de la Tauromaquia existen ciertas circunstancias que van más allá de un acto circense o lúdico, de malabares o acrobacias que podamos admirar con asombro o satisfacción, donde se pueda observar la grandeza del animal —toro de lidia que se presenta en el acto, y que para el sentenciador deben de ser consideradas contrarias a los preceptos constitucionales, a las leyes de la República y peor aún a las ordenanzas municipales donde se pretende llevar a cabo, específicamente el maltrato físico y psicológico que se le causa al animal con utilización de implementos metálicos punzo penetrantes (banderines, espadas, lanzas, entre otros); de allí que, tomando en cuenta las facultades preestablecidas en la Constitución y demás leyes de la República *mal podría este juzgador prohibir el acto lúdico o circense referido a las corridas de toros*, pero sí está dentro de sus potestades —artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario— dictar oficiosamente las medidas pertinentes necesarias cuando advierta que está amenazada de ruina, desmejoramiento y destrucción y se haga necesario *salvaguardar la protección ambiental y la biodiversidad* (cursivas, nuestras).

Como se puede observar, después de toda la narración que el tribunal señala haber hecho sobre el tema cultural, termina resolviendo el asunto como un *problema de protección del ambiente y la biodiversidad*, en virtud de lo que dispone la sentencia:

a los fines de custodiar el cumplimiento de los preceptos jurídicos normativos contemplados tanto en la Constitución Nacional, como en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y demás leyes y normativas jurídicas del ámbito Agrario y Ambiental, considera que lo procedente es decretar una Medida Autónoma Innominada de

(37) EUSTACHE RONDÓN (2016: p. 215).

Protección a la Fauna Doméstica y Salvaje en el estado Aragua haciéndola extensiva al estado Carabobo por estar en el ámbito de su competencia territorial y material, en virtud de ser esta la medida pertinente para conservar y garantizar la integridad física y psicológica de los toros de lidia por no ser una actividad Deportiva ni de Cultura Autóctona de nuestra región y Estado, razón por la cual este Sentenciador debe prohibir cualquier acto de maltrato, tortura, daño físico y psicológico al toro de lidia con instrumentos tales como la pica, banderillas, espadas, varas, puyas, tubos o cualquier otro objeto capaz de generar sangramiento, dolor, desgarramiento o roturas, solo por mencionar algunas a título enunciativo y no taxativo; debiendo en su lugar realizar los actos circenses, malabares, acrobacias o actos majestuosos con preferencia por la demostración de habilidad y de fuerza (forcados), prohibiéndose el sacrificio del animal por causas antrópicas en el marco del espectáculo, todo ello de conformidad con los establecido en el artículo 127 de la Constitución, artículo 66 de la Ley para la Protección de la Fauna Doméstica Libre y en Cautiverio, así como los artículos 11 y 14 de la Ordenanza sobre Tenencia, Registro, Circulación y Protección de Animales en el Municipio Girardot del estado Aragua, publicada en la Gaceta N° 12390 extraordinaria Municipal del veintidós (22) de diciembre de 2009.

No hay una relación de causalidad entre la narrativa y motivación de la sentencia comentada y el fundamento final de la misma en razones ambientales, invocando el artículo 127 de la Constitución, y la necesidad de salvaguardar la protección ambiental y la biodiversidad, sin ninguna argumentación para armonizar lo dicho y esta norma constitucional ambiental. En efecto, el artículo 127 de la Constitución de 1999, en lo que constituye una previsión verdaderamente novedosa, reconoce a todos el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, prescribiendo a la par el deber de conservarlo apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (38). En efecto, el Artículo 127 establece:

Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. *El Estado protegerá el ambiente*, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley (cursivas, nuestras).

(38) VILLEGAS MORENO, José Luis (2014: p. 70).

Este derecho es individual y colectivo (39). En sintonía con el reconocimiento de este derecho, el mismo artículo acoge el mandato constitucional de que el Estado proteja el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. También se establece una obligación fundamental para el Estado de garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos. Todo ello con la activa participación de la sociedad, dejando al legislador ordinario encargado de velar por esa especial protección. La imposición de deberes constitucionales es otra de las características del Estado social que acompaña al reconocimiento de derechos sociales. El reconocimiento del derecho implica, por sí solo, el deber de todos de soportar sacrificios para el mejor ejercicio del derecho. Pero la imposición del deber ambiental refuerza el ejercicio del derecho al ambiente. La autónoma regulación constitucional del deber vincula más intensamente a todos en la tarea de preservar el entorno. Con el deber se incorpora a los particulares a la conservación de los bienes ambientales, obligándoles a contribuir, en la medida que el legislador determine, al objetivo final de lograr el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Los particulares, sujetos del deber constitucional, no solo deben omitir cualquier actividad lesiva del ejercicio del derecho a disfrutar del entorno, sino que están obligados de forma más intensa a contribuir a su preservación.

La sentencia que comentamos es totalmente incongruente. Toma posición antitaurina de forma contundente y con argumentos extrapolados, pero se refugia en el concepto jurídico indeterminado «por disposiciones de orden público», en particular, en materia ambiental y a la protección a la fauna doméstica, salvaje libre y en cautiverio, para dictar las medidas que considere convenientes para resguardar la protección al medio ambiente y la protección de la biodiversidad.

Y repite sin relación de causalidad alguna que «por imperativo de la norma dispuesta en el artículo 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado está en la obligación de proteger el ambiente, la diversidad biológica».

Llega inclusive a citar sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo relacionadas con temas mineros y forestales, para invocar normas de protección ambiental y a la diversidad biológica frente a las corridas de toros. (Exp. 12-1166 de fecha 14 de mayo de 2014, Reserva forestal del Caura y su cuenca hidrográfica).

(39) VILLEGAS MORENO, José Luis (2004: p. 160).

Y por si fuera poco, también involucra a los municipios al decir que «en materia ambiental, los municipios no se quedan aparte. También tienen el deber de proteger el ambiente, la biodiversidad y cooperar con el saneamiento ambiental; y por último, en el marco de la prestación de los servicios públicos que deben garantizar, ineludiblemente deben hacerlo con criterios de protección ambiental, ya que sin ello, sencillamente, no habría manera de poder ofrecerlos de calidad».

También se refiere la sentencia al Segundo Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019, por su equilibrio con la naturaleza y el respeto de las generaciones presentes y futuras; y destaca que éste establece promover acciones en el ámbito nacional e internacional para la protección, conservación y gestión sustentable de áreas estratégicas, tales como fuentes y reservorios de agua dulce (superficial y subterránea), cuencas hidrográficas, diversidad biológica, mares, océanos y bosques; y promover una cultura «ecoesocialista». Y aquí encontramos la raíz ideológica del asunto: al socialismo ambiental —ese concepto difuso que se pretende inculcar en el adoctrinamiento desde el Poder— está en contra de las corridas de toros. Queda abierta la instancia de apelación ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Si bien queda claro que la decisión judicial no prohíbe directamente las corridas de toros como espectáculo que integra el patrimonio cultural, sí interfiere su desarrollo y las desnaturaliza, con dos consecuencias directas:

- La primera, que al modificar las condiciones de desarrollo de la actividad taurina, puede conducir a que las faenas desestimulen a los interesados, al tratarse de una actividad distinta a la tradicional corrida de toros;
- y la segunda, que al alterarse las condiciones de las corridas y no ser atractivas para sus seguidores, no tendrá sentido la reproducción, crianza y protección del toro de lidia, lo que lo pone en vía de extinción, pues se trata de animales criados con esa finalidad específica.

No puede dejar de acotarse que la argumentación efectuada por el órgano jurisdiccional, también serviría para prohibir o modificar las peleas de gallos, toros coleados, o incluso los espectáculos deportivos como el boxeo.

VI. BIBLIOGRAFIA CITADA

ÁLVAREZ, Jorge: «El antropólogo británico que defiende el lado ecológico de las corridas de toros», www.labrujulaverde.com/2015/12, documento recuperado el 17-12-16

BRANDOLI, Javier; «¿Se acabarán los toros en México?» (01-10-15), www.elmundo.es7cultura/toros, documento recuperado el 05.01-17.

- CARRILLO DONAIRE, Juan A (2015): «La protección jurídica de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial», en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 39-2015, pp. 1-31.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2017): «La escasa y problemática regulación del patrimonio inmaterial en España», pp. 53-85, en AA.VV., *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, coordinador Fernando López Ramón, Inap. 580 pp.
- ESTEVE PARDO, José (2014): «Fundamentos éticos y jurídicos. Replica a la crítica ecologista de la fiesta», en AA.VV., *Fundamentos y renovación de la fiesta*, Real Maestranza de Caballería, Sevilla.295 pp.
- EUSTACHE RONDÓN, Maurice G. (2016): «El patrimonio cultural en el Derecho Venezolano», *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, pp. 210-230.
- GARFIAS, Marco A. (15-01-2012): «La ganadería de toros de lidia y su importancia en la naturaleza y el medio ambiente», www.taurologia.com/articulo, documento recuperado el 02/01/2017.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1998): *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 350 pp.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor (2017): «Régimen jurídico del patrimonio cultural en Venezuela», pp. 552-577, en AA.VV., *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, coordinador Fernando López Ramón, Inap. 580 pp.
- LERENA, Víctor, (11-05-2012): www.abc.es documento recuperado el 11-12-2016.
- MOTOA, Felipe (20-10-16): «Temporada taurina en Bogotá ya cuenta con operador», en www.eltiempo.com, documento recuperado el 15-11-16.
- PETIT, Quino: «El PP. recurre ante al Constitucional la prohibición de los toros en Cataluña», 28-10-2010 www.elpais.com, documento recuperado el 12-12-2016.
- ROBLES, Carmen del Pilar (2008): «Los espectáculos taurinos como manifestación cultural. A propósito del análisis de la STC recaída en el expediente N° 042-2004», en blog.pucp.edu.p/blog/carmenrobles/tag/espectaculos-taurinos/.
- RUEDA, Roberto: (10-09-11): «Quito seguirá con corridas de toros, pero elimina la estocada final», www.eluniverso.com, documento recuperado en 16-12-16.
- SÁNCHEZ, Álvaro (02-08-15): «Del medio ambiente y las corridas de toros», www.elnuevosiglo.com.co/articulos, documento recuperado el 22-12-16.
- SAVATER, Fernando (2010): *Tauroética*, segunda edición, Editorial Turpial, 112 pp.
- VILLEGAS MORENO, José Luis y PATIÑO VÁSQUEZ, Gerardo (1997): *Regulación Jurídica de los Espectáculos Taurinos*, Diculta-Ucat, San Cristóbal. 67 pp.

- (2004): «El derecho al ambiente como derecho social colectivo», *Revista de Derecho Administrativo* N° 18, Editorial Sherwood. pp. 147-178
- (2014): *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*, Ucat, 324pp.

Asociación Internacional de Tauromaquia (2011), www.tauromaquia.org, documento recuperado el 14-08-15.

documento recuperado de www.tauromaquia.org, el 14-11-16.

Asociación Nacional de Presidentes de Plazas de Toros de España, documento recuperado de www.anpte.es, el 22-11-16.

Entre marchas y agresiones regresaron los toros a la Santa María, www.elespectador.com/noticias (22-01-17), documento recuperado el 24-01-17.

Fundación Toro de Lidia, en www.fundaciontorodelidia.org, documento recuperado 04 enero de 2017.

Seis razones por las que la tauromaquia es cien por cien ecológica: www.abc.es/cultura/toros, 26-05-2016, documento recuperado 22-12-16.

Somos dehesa, www.fundacion-biodiversidad.es, documento recuperado 10-01-16.

STC, N°177/2016, de 20 de octubre de 2016, Ponente Encarnación Roca, www.tribunalconstitucional.es.

SCC de 22-05-2013 (T-296/13, y auto de cumplimiento 060 de 2015), www.corteconstitucional.gov.co.

SCC C-041/17 de 01-02-2017, www.corteconstitucional.gov.co.

STC de 13 de abril de 2005 N° 0042-2004, www.tc.gob.pu.

STC de 19 de abril de 2011, N°00017-2010, www.tc.gob.pu.

ST de 16 de marzo de 2016. www.tsj.gob.ve/aragua/decisiones, www.elespectador.com/judicial (01-02-2017), documento recuperado el 10-02-17.

www.escelsior.com.mx, documento recuperado el 14-01-17.

www.elpais.com.co (15-06-2012), documento recuperado el 13-11-2016.

LA CONTRAPRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONCESIONADOS: PASADO, PRESENTE ¿Y FUTURO? (*)

BARTOMEU TRIAS PRATS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: 1. Primera etapa: potestad tributaria y potestad tarifaria. 2. Segunda etapa: tasas y servicios públicos coactivos. 3. Tercera etapa: la vuelta efímera a la potestad tarifaria. 4. Cuarta etapa: ¿el retorno de las tasas?– III. LA (SORPRENDENTE) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015: 1. Antecedentes. 2. La argumentación del Tribunal Supremo y el alcance de su fallo.– IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015: 1. El silogismo erróneo de la sentencia del Tribunal Supremo. 2. La Ley de Economía Sostenible y el concepto de tasa. 3. La noción (constitucional) de prestación patrimonial de carácter público y la noción (legal) de tasa. 4. Prestaciones patrimoniales coactivas, tarifas y servicios liberalizados.– V. EPÍLOGO.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El debate entre tasa y tarifa como sistemas de financiación de los servicios públicos, especialmente cuando éstos se prestan a través de concesionario o de personificaciones jurídico-privadas, viene desde antiguo. La legislación con frecuencia no ha sabido deslindar con claridad el ámbito de actuación propio de una figura y otra. Y la jurisprudencia, por su parte, ha mantenido posicionamientos cambiantes que no siempre parecen ajustarse a la realidad de la legislación vigente en cada momento. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 ha vuelto a situar el debate en primera línea. Y ha abierto un futuro de incerteza sobre la solución definitiva de la cuestión.

Palabras clave: servicios públicos; concesión de servicios públicos; tasas; tarifas.

ABSTRACT: *The debate between rate and tariff as systems of financing services, especially when they are provided through dealer or private law personifications, comes from old. The legislation often has been not able to define clearly the scope of a figure and another. And the jurisprudence, for its part, has kept changing positions that do not always seem to adjust to the reality of the legislation in force in each moment. The judge-*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de octubre de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 de marzo de 2017.

ment of the Suprem Court of November 23, 2015 has once again putt the debat on the frontline. And it has opened a future of uncertainty about the final solution of the question.

Key words: public services; public service concession; rates; tariffs.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre cuál deba ser el sistema de financiación de los servicios públicos viene desde antiguo, y tradicionalmente se ha polarizado en torno a dos grandes alternativas contrapuestas: ingresos de derecho público *versus* ingresos de derecho privado. O para ser más precisos, tasas *versus* tarifas.

La opción por una u otra forma de retribución no resulta en absoluto irrelevante, especialmente en el caso que aquí nos ocupa, el de los servicios públicos concesionados, pues una y otra comportan diferencias sustanciales en cuanto al diseño de las relaciones jurídico-económicas derivadas de la prestación del servicio. Si se adopta la figura de la tasa, la naturaleza tributaria de este ingreso hace que el gestor se convierta en un mero explotador del servicio por cuenta de la Administración titular, en el sentido de que la relación económica no se establece entre el prestador y el usuario (por más que aquél se encargue de la recaudación), sino entre el usuario y la Administración. En cambio, si se adopta el modelo de tarifa, entonces es el concesionario el que se convierte en el titular de la contraprestación, de manera que la relación económica se constituye directamente entre éste y el usuario (1) A la vez, desde la vertiente presupuestaria también son evidentes las diferencias que pueden observarse: las tasas se ingresan en el presupuesto de la Administración titular del servicio, para que su importe sea destinado al mantenimiento de los gastos públicos; las tarifas, por el contrario, pasan a formar parte de la cuenta de explotación del concesionario, vinculadas a asegurar la autofinanciación del servicio y el equilibrio económico del contrato (2).

(1) J. PERDIGÓ I SOLÀ (1996: p. 424). La doctrina especializada se ha encargado de destacar las disfuncionalidades que puede generar la imposición de tasas en los servicios públicos prestados por concesionario, motivadas precisamente por el modelo de relación jurídico-económica que genera este tipo de ingreso [véase, entre otros, J. TORNOS MAS (2011: p. 28)].

(2) Desde esta perspectiva, J. TORNOS MAS (2011: p. 29) ha señalado que la cuantía de la tarifa es la que mejor permite identificar los dos elementos propios del precio de un servicio prestado por un particular: coste y beneficio industrial. Esta misma idea, pero llevada a consecuencias más extremas, es la que también puede observarse en J.I. GOMAR SÁNCHEZ (2002: p. 62), quien afirma que la imposición de tasas como forma necesaria de contraprestación de los servicios públicos traería como consecuencia la expulsión del capital privado, pues éste busca legítimamente beneficios y, en opinión del autor, tales beneficios no se pueden incluir dentro del concepto de «coste del servicio». Esta opinión no es compartida por todos los autores, como puede comprobarse en J. PAGÉS I GALTÉS (1999: p. 403).

Como decíamos al inicio, la alternativa entre tasas y tarifas como forma de retribución de los servicios públicos, y en particular de los servicios concesionados, viene centrando la atención de la doctrina desde hace tiempo. Y hoy, tal vez más que nunca, el debate sigue del todo vivo, estimulado en buena parte por una legislación que con frecuencia ha resultado poco precisa, cuando no equívoca, y por una jurisprudencia dubitativa, sometida a vaivenes, cuyo criterio cambiante no siempre se puede explicar fácilmente por las innovaciones introducidas en el ordenamiento jurídico (3).

II. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

1. Primera etapa: potestad tributaria y potestad tarifaria

A menudo se alude a la legislación sobre régimen local del primer tercio y de mediados del siglo pasado como la sede de los primeros exponentes normativos en los que aparece la distinción entre tasas y tarifas. Así, es frecuente la cita del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, del año 1924, en el que se diferenciaban las tasas y otros derechos de la hacienda local, por un lado, y las tarifas de los servicios municipalizados, por otro, configuradas estas últimas como derechos propios de la entidad gestora a cobrar en régimen de derecho privado. O se cita también el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 1955, donde se regulaban los llamados «rendimientos del servicio y explotaciones municipales», que se entendían como los precedentes del beneficio líquido de la explotación de todos los servicios de competencia de los municipios que no respondieran al concepto de «exacción municipal», en el que sí quedaban incluidas las tasas. En definitiva, había en la legislación local una voluntad cierta de diferenciación entre los ingresos tributarios, las tasas, y los no tributarios, las tarifas, aunque la verdad es que esa voluntad no siempre quedaba claramente plasmada en el texto de las normas (4). O incluso en ocasiones el grado de confusión era más que notable,

(3) Entre los muchos autores que se han ocupado de la cuestión, tanto en la doctrina tributaria como en la administrativa, se pueden señalar los siguientes, sin ningún propósito exhaustivo: F.J. VILLAR ROJAS (2005); V. ESCUÍN PALOP (2014); R. FALCON Y TELLA (2001); G. FERNÁNDEZ FARRERES (2012); M.D. GUERRERO MUÑOZ (2012); C. MARTÍN SÁNCHEZ (2013); o J. PAGÉS I GALTES (2011).

(4) Como ha señalado J. TORNOS MAS (2009: pp. 540-544), la filosofía que parecía imperar en la legislación local, particularmente en el Texto Articulado y Refundido de 1955, era la de aplicar las tarifas a los servicios de carácter económico, y las tasas, en cambio, se reservaban a la utilización o aprovechamiento especial del dominio público y, en general, a la prestación de servicios o actividades que eran manifestación de una función o potestad pública.

como se podía apreciar en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (5).

En el ámbito de la legislación tributaria la diferenciación entre tasas y tarifas también aparecía recogida, pero sin que lo fuera de una forma contundente en todos los casos. Por un lado, la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 1958, tras definir la tasa como la contraprestación «de un servicio, de la utilización del dominio público o del desarrollo de una actividad que afecte de manera particular al obligado», se encargaba de precisar que no tendrían la consideración de tasas las percepciones que los establecimientos públicos obtuvieran por las actividades desarrolladas en forma de empresa mercantil o industrial, y tampoco se considerarían tasas, sino tarifas, los precios de los servicios públicos prestados en régimen de concesión administrativa. En cambio, por otro lado, la Ley General Tributaria de 1963 resultaba mucho más aséptica, limitada a establecer un concepto de tasa más o menos próximo al de la Ley de 1958, pero sin preocuparse de marcar una clara diferencia respecto de las tarifas. Esto último no sucedería hasta el año 1989, con la aparición de la Ley de Tasas y Precios Públicos, que establecía una definición de tasa, y también de la novedosa figura del «precio público» (6), expresamente circunscrita a la prestación de servicios «en régimen de derecho público» (7). Y no sólo eso, sino que a la vez la Ley excluía de su ámbito de aplicación, es decir, del ámbito de los ingresos de derecho público, a las contraprestaciones «por las actividades que realicen y los servicios que presten las Entidades u Organismos públicos que actúen según normas de derecho privado». Es verdad que la Ley de 1989 no hacía ninguna mención a las contraprestaciones de los concesionarios de servicios públicos, al efecto de excluirlas también de su ámbito de aplicación, pero ello se explica por el hecho de que tales contraprestaciones, al igual que sucedía con las tarifas percibidas por las sociedades de economía mixta y demás contratistas de servicios públicos, ya estaban contempladas en la

(5) Véase, como ejemplo, el artículo 155 de la norma reglamentaria citada.

(6) En realidad, como es sabido, la figura del precio público no fue una innovación de la ley de 1989, sino que su aparición en nuestro ordenamiento jurídico tiene origen en otras fuentes. En primer lugar, en el ámbito de los ordenamientos autonómicos, en la Ley andaluza 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos. Y en segundo lugar, ya en el derecho estatal, en la Ley de Haciendas Locales de 1988. Sobre los orígenes legislativos de los precios públicos pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J. RAMALLO MASSANET (1996: pp. 238-240); y F.J. MARTÍN FERNÁNDEZ (1995: pp. 49-54).

(7) De manera concordante con el nuevo concepto de tasa establecido, la Ley de 1989 dio nueva redacción al contenido por entonces en la Ley General Tributaria de 1963. No modificó, sin embargo, el concepto contenido en la Ley de Haciendas Locales, aunque hay que tener en cuenta que el artículo 9.2 de la Ley de 1989 preveía que sus disposiciones serían aplicables supletoriamente a la regulación de las tasas autonómicas y locales.

legislación de contratación administrativa como contraprestaciones claramente diferenciadas de las tasas de la Administración (8).

En efecto, tal vez sea la legislación de contratos de las administraciones públicas donde mejor podía apreciarse la aceptación de las tarifas como forma de retribución de los servicios públicos prestados indirectamente. O dicho de otra manera, tal vez sea esa legislación la que de forma más decidida optaba por un sistema de retribución en el que la contraprestación se abonada directamente por el usuario al prestador, teniendo aquélla lógicamente la naturaleza de ingreso de derecho privado. Así, ya la Ley de Contratos del Estado de 1965 señalaba, al regular el contrato de gestión de servicios públicos, que los particulares tenían el derecho a utilizar tales servicios con las condiciones que hubieran sido establecidas, debiendo satisfacer al empresario, a cambio, «la contraprestación comprendida en las tarifas aprobadas». Esta previsión fue recogida después por todas las leyes que siguieron a la de 1965, hasta llegar finalmente a nuestros días.

En fin, como se ha podido comprobar, no puede decirse que la legislación producida en los diversos ámbitos señalados destacara por la existencia de unos criterios claros y uniformes a la hora de discriminar el juego de la tasa y la tarifa en la contraprestación de los servicios públicos. Es más, podría decirse incluso que en ocasiones había cierta dificultad para armonizar las previsiones contenidas en unas normas y otras. Pese a ello, no obstante, la distinción entre una y otra figuras fue ampliamente admitida por la doctrina, sobre la base de un doble criterio: i) el primero, referido al régimen de prestación del servicio, que imponía la tasa cuando dicho servicio se prestaba en régimen de derecho público, y admitía la tarifa cuando la prestación se sometía a las reglas del derecho privado; y ii) el segundo, relacionado con la titularidad y afectación del ingreso, según el cual la tasa era percibida directamente por la Administración titular del servicio, integrándose en la hacienda pública como un recurso ordinario de la misma, en tanto que la tarifa se ingresaba en el patrimonio del ente prestador, destinada a asegurar la viabilidad financiera del servicio (9).

Al margen de los planteamientos doctrinales, sin duda fue la jurisprudencia la que más empeño puso en diferenciar y deslindar los ámbitos de intervención propios de la tasa y la tarifa, apoyándose para ello en una distinción, referida a las diferentes potestades atribuidas a la Administración para intervenir sobre el precio de los bienes y servicios, que acabaría por hacer fortuna: la distinción entre potestad tributaria y potestad tarifaria. La sentencia del Tribunal Supremo

(8) J. TORNOS MAS (2011: pp. 23-25).

(9) Puede verse, entre otros autores, G. ARIÑO ORTIZ (1976). O de fecha posterior, J. TORNOS MAS (1994).

de 12 de noviembre de 1970 marca el inicio de esta trayectoria jurisprudencial, que luego sería seguida por muchas otras resoluciones posteriores, y según la cual: i) la tasa es el resultado del ejercicio de la potestad tributaria, o lo que es lo mismo, de la potestad atribuida a la Administración para exigir de forma coactiva el pago de determinados servicios de responsabilidad pública que son prestados directamente por dicha Administración; y ii) la tarifa, por su parte, es el resultado del ejercicio de una potestad distinta, la potestad tarifaria, que supone el poder de la Administración titular de un servicio para fijar el precio de la prestación indirecta —o a través de una personificación jurídico-privada— de ese servicio. En consecuencia, la tasa se ingresa en el presupuesto público, en tanto que la tarifa pasa a engrosar la cuenta de explotación del ente prestador del servicio. Como puede verse, la jurisprudencia, igual que hacía la doctrina, fundaba la distinción entre tasa y tarifa sobre un elemento fundamental: el sujeto que presta el servicio y el sujeto que recibe el ingreso. De este modo, es fácil comprender que aquélla no dudara en calificar como tarifas las cantidades que satisfacían directamente los usuarios del servicio al sujeto privado prestador, ya fuera éste un concesionario o una entidad de derecho privado de capital total o mayoritariamente público (10). Ahora bien, desde esta perspectiva, se comprenderá también que esa misma jurisprudencia aceptara la imposición de tasas cuando la titularidad del ingreso, aun tratándose de la retribución de servicios comerciales prestados indirectamente o por medio de entidades de derecho privado, se reservaba a la Administración titular del servicio (11).

2. Segunda etapa: tasas y servicios públicos coactivos

El escenario que acaba de describirse se mantuvo de modo pacífico y sin especiales sobresaltos hasta la irrupción de la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, que con motivo de resolver la impugnación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 definió por primera vez, con una cierta vocación de generalidad, la noción constitucional de prestación patrimonial de carácter público (art. 31.3 CE) (12).

La Ley de 1989 había dado vida, con alcance general, a un nuevo tipo de ingreso público, el «precio público», mediante una operación que consistía

(10) Se pueden citar, a modo de ejemplo, las SSTs de 17 de marzo de 1979, 13 de enero de 1997, 16 de julio de 1997, 27 de septiembre de 1997, 12 de noviembre de 1998 o 20 de octubre de 2003. C. LÓPEZ GARCÍA (2005: p.14), destaca la existencia de algunos pronunciamientos contradictorios, aunque ciertamente escasos (SSTs de 3 de mayo y 26 de junio de 1996).

(11) En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTs de 29 de enero de 1998, 21 de abril de 1999, 2 de julio de 1999, 20 de octubre de 2005 o 7 de marzo de 2007.

(12) Una exposición sintética del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional y de sus antecedentes procesales puede encontrarse en M. FERNÁNDEZ JUNQUERA (1996: pp. 1-4).

básicamente en desgajar de las tasas toda una serie de supuestos a los que se negaba su naturaleza tributaria (13). Entre esos supuestos se situaban las contraprestaciones de determinados servicios públicos: los que se prestaban en régimen de voluntariedad o concurrencia, esto es, los que no fueran de solicitud o recepción obligatoria o los que no estuvieran monopolizados. La finalidad de la operación no era otra que la de excluir tales ingresos, convertidos en «precios públicos», de la sumisión al principio de reserva de ley impuesta a las percepciones tributarias. Sin embargo, la Ley de 1989 cometió un error de cálculo, porque olvidó que en el esquema de la regulación constitucional la naturaleza no tributaria de las prestaciones no lleva aparejada, por paradójico que resulte, la exención automática del principio de legalidad tributaria. Como es de sobras conocido, el artículo 31.3 CE vincula el principio de reserva legal al concepto de «prestación patrimonial de carácter público». Y ese concepto, tal como ha advertido el Tribunal Constitucional, no es equivalente o equiparable al de tributo.

Así las cosas, todo el debate se centraba en determinar si la figura del precio público, tal como la había configurado la Ley, se correspondía o no con la noción constitucional de prestación patrimonial de carácter público y, en consecuencia, si debía o no quedar sujeta al principio de reserva de ley. En caso de respuesta afirmativa, ello acarrearía necesariamente la inconstitucionalidad de la regulación legal, pues ya hemos dicho que la Ley de 1989 había excluido los precios públicos de la sumisión a dicho principio. Así lo entendió precisamente la sentencia 185/1995, que antes de llegar a esa conclusión se vio obligada a precisar la noción de prestación patrimonial de carácter público. A juicio del Tribunal, la nota esencial que define tal tipo de prestación se encuentra en su carácter coactivo (14). Y eso comporta, trasladado al ámbito específico de los servicios públicos, que se han de considerar prestaciones de carácter público las satisfechas por servicios que sean: i) obligatorios; ii) esenciales; o iii) monopolizados, de hecho o de derecho. Según advierte el Tribunal, en todos estos casos la retribución satisfecha por la prestación del servicio tiene la condición de prestación patrimonial de carácter público, independientemente de cuál sea el *nomen iuris* atribuido al ingreso e independientemente también de cuál sea el régimen o la modalidad gestora, pública o privada, elegida para la prestación del servicio (15).

(13) A. AGUALLO AVILÉS (1992: pp. 34-35).

(14) La coactividad como nota esencial de las prestaciones de carácter público ha sido destacada también por la doctrina. Entre otros, J. PAGÉS I GALTÉS (1999: p. 362).

(15) La irrelevancia de estos extremos en la definición de la noción de prestación patrimonial de carácter público ha sido señalada por la doctrina, entre otros, C. LOZANO SERRANO (1998: p. 39).

La conclusión alcanzada por el Tribunal imponía al fallo de la sentencia un sentido inevitable, que no podía ser otro que el de la declaración de inconstitucionalidad. Y así sucedió, no hubo ninguna sorpresa en este punto. Ahora bien, lejos de lo que cabía esperar, el Tribunal no optó por sancionar la inconstitucionalidad del régimen legal de los precios públicos, aquél que permitía que tales precios quedaran eximidos de reserva legal, sino que hizo algo completamente distinto: declaró la inconstitucionalidad de la propia definición de la figura de precio público. Es decir, en lugar de sancionar la inconstitucionalidad del régimen jurídico lo que hizo el Tribunal fue declarar la inconstitucionalidad del concepto para poder mantener el régimen aplicable. El resultado final de esta peculiar operación fue la alteración de la definición legal de precio público, hasta conseguir que ésta se desvinculara completamente de la noción de prestación patrimonial de carácter público que la misma sentencia se había encargado de perfilar antes (16). En nuestra opinión, este singular modo de proceder del Tribunal Constitucional constituye el punto de arranque de toda la confusión que se iba a generar a partir de entonces respecto a la dualidad tasa-tarifa en la financiación de los servicios públicos.

Como es sabido, la Ley de 1989 había definido la figura del precio público como el reverso de la tasa: mientras que ésta —según el concepto introducido por la propia Ley de 1989— se definía en términos conjuntivos, esto es, se exigía para los servicios públicos obligatorios y monopolizados, el concepto de precio público se establecía en términos disyuntivos, es decir, bastaba la nota de voluntariedad o concurrencia. Así, todos los ingresos de derecho público derivados de la prestación de servicios públicos, o bien encajaban en la definición de tasa, o bien encajaban en la más amplia definición de precio público. Sin embargo, como ya dijimos, la sentencia del Tribunal Constitucional llevó a cabo una modificación del concepto de precio público, con el fin de desvincularlo de la noción de prestación patrimonial de carácter público, estableciendo una nueva definición que, al igual que la tasa, también se configuraba en términos conjuntivos: voluntariedad y concurrencia. De este modo, el resultado final era que el precio público dejaba de ser el reverso exacto de la tasa, dando lugar así a la posibilidad de que existieran ingresos que no encajaran en ninguna de las dos categorías. La necesidad de poner orden a esta confusa situación, generada por la sentencia constitucional, obligó finalmente a la intervención del legislador, con dos leyes, una de 1996 y otra de 1998, cuya finalidad no era otra que la de dar a las figuras de la tasa y el precio público una nueva configuración acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional.

(16) J. RAMALLO MASSANET (1996: p. 224), ha criticado que el Tribunal Constitucional actuara como «legislador positivo», provocando la paradoja de que los únicos precios públicos que subsistían en la ley eran justamente los que no necesitaban una regulación legal.

De las dos leyes, es especialmente destacable la segunda, la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público (17). Esta Ley modificó el concepto de tasa recogido en la Ley General Tributaria de 1963, en la propia Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 y en la Ley de Haciendas Locales de 1988, así como también modificó la definición de precio público recogida en la citada Ley de 1989, con el objetivo, ya señalado, de adaptar todas esas definiciones a la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público. Así, dado que la sentencia 185/1995 había impuesto un concepto de precio público formulado en términos conjuntivos, voluntariedad y concurrencia, la necesidad de encajar ambas figuras obligaba ahora a definir la tasa en términos disyuntivos, coactividad o exclusividad. Y esto es precisamente lo que hizo la Ley de 1998, otorgando de esta manera a la noción de tasa un carácter ciertamente expansivo. Pero eso no es todo, la Ley hizo algo más: de acuerdo también con la sentencia 185/1995, la Ley definió el requisito de la coactividad equiparándolo a las distintas situaciones que el Tribunal Constitucional ya había identificado con esa condición a la hora de precisar la noción de prestación patrimonial de carácter público. Al final, la consecuencia de todo junto era que, tras la Ley de 1998: i) la tasa se devengaba por la prestación de servicios públicos coactivos; y ii) eran servicios públicos coactivos los obligatorios, esenciales o monopolizados.

En realidad, la Ley de 1998 imponía más requisitos para la puesta en juego de la tasa, pues exigía en todo caso que los servicios públicos coactivos fueran prestados «en régimen de derecho público». Sin embargo, parece que ese dato pasó desapercibido, tal vez diluido por la creencia ciega de que el nuevo escenario legal venía a establecer una suerte de equiparación entre prestación patrimonial de carácter público y tasa. Y por consiguiente, que tras la reforma de 1998 debía considerarse tasa toda contraprestación de servicios públicos coactivos, fuera cual fuera la modalidad de gestión del servicio. O sea, también las tarifas percibidas por el concesionario. En efecto, esa es exactamente la interpretación del régimen legal que iba a adoptar la jurisprudencia a partir de entonces, y que suponía, como acabamos de decir, la liquidación del tradicional sistema tasa-tarifa y su sustitución por un nuevo modelo de financiación de los servicios públicos coactivos monopolizado por la figura de la tasa. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2009

(17) La reforma del régimen legal de las tasas en el ámbito autonómico se llevó a cabo por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, que modificó, para el ámbito de la financiación autonómica, el concepto de tasa recogido en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

es la que abre esta segunda etapa de la evolución jurisprudencial (18), cuya doctrina sería ratificada de manera definitiva por la posterior sentencia de 12 de noviembre de 2009.

No obstante, el nuevo planteamiento de la jurisprudencia había descuidado un flanco que podía comprometer seriamente su solidez. Como hemos destacado más arriba, la Ley 25/1998 no vinculaba indiscriminadamente las tasas a la prestación de cualquier servicio público coactivo, sino que exigía, como requisito adicional, que se tratara de servicios prestados «en régimen de derecho público». Quiere decirse, pues, que una simple lectura de la normativa legal entonces aplicable —Ley General Tributaria de 1963, Ley de Haciendas Locales de 1988 y Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989— permitía afirmar, sin necesidad de grandes esfuerzos, la subsistencia de las tarifas para los servicios prestados conforme al derecho privado, y particularmente para los concesionados. Frente a este planteamiento, sin embargo, la jurisprudencia iba a contar con la ayuda del legislador para cubrir sus debilidades, manifestada en el texto de la Ley General Tributaria de 2003, y de la precisión que ésta introdujo (19) respecto a qué debía entenderse por servicios prestados en régimen de derecho público. Según la Ley, que sustituyó a la antigua de 1963, tales servicios eran todos los de titularidad pública que se prestaran bajo «cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público». Con esta expresión, y su interpretación literal, parecía fácil concluir, ahora sí, cuál era la verdadera voluntad del legislador: que la contraprestación abonada por el usuario de cualquier servicio público prestado en condiciones de coactividad tuviera siempre la categoría de tasa-tributo, independientemente de cual fuera la modalidad de gestión utilizada, pública o privada, directa o indirecta (20).

(18) Ya antes de esta sentencia habían aparecido otros pronunciamientos que vaticinaban el cambio jurisprudencial que iba a producirse (véanse, entre otras, las SSTs de 22 de diciembre de 2001, 7 de marzo de 2007 o 3 de julio de 2007). Tales pronunciamientos, sin embargo, habían seguido resolviendo conforme a los parámetros de la doctrina clásica, aunque eso sólo se debió al hecho de que los supuestos enjuiciados eran anteriores al 1 de enero de 1999, esto es, a la fecha en la que —según la disposición transitoria segunda de la Ley 25/1998— iba a resultar plenamente operativo el nuevo régimen legal de las tasas.

(19) Segundo párrafo del artículo 2.2.a).

(20) La interpretación literal parecía estar avalada por la interpretación auténtica, a la vista de los antecedentes parlamentarios. La precisión señalada no estaba recogida en el proyecto de ley, sino que se introdujo en el trámite parlamentario como consecuencia de dos enmiendas (núm. 16 de IU y núm. 266 de CIU) cuya motivación se expresaba del siguiente modo: «se propone dicha enmienda por considerar —siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 185/1995 y 233/1999— que es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de tasa es obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria (...)».

Algunas voces autorizadas de la doctrina criticaron esta forma de interpretación, por considerar que era excesivamente simplista y que se apoyaba en una idea errónea, o cuanto menos forzada, de la doctrina constitucional contenida en la sentencia de 1995 (21). Sin embargo, lo cierto es que esa interpretación es la que acabó imponiéndose en la jurisprudencia, o mejor dicho, la que sirvió al Tribunal Supremo para confirmar plenamente el nuevo rumbo que había marcado con la sentencia de julio de 2009 (22). La aparición, poco después de la Ley General Tributaria de 2003, del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004 no alteró en absoluto la senda emprendida por la jurisprudencia, a pesar de que esta última norma, aplicable al vasto ámbito de los servicios públicos locales, se limitaba a establecer la ya clásica vinculación entre tasas y servicios coactivos prestados «en régimen de derecho público», sin el añadido de ninguna precisión que permitiera incluir entre esos servicios a los concesionados y demás otros gestionados a través de personificaciones jurídico-privadas.

3. Tercera etapa: la vuelta efímera a la potestad tarifaria

No es difícil imaginar que la nueva doctrina del Tribunal Supremo iba a causar una notable preocupación en las empresas públicas y en los gestores privados encargados de la prestación de servicios públicos, que veían así, como resultado de aquella doctrina, que la subvención se convertía en el único y obligatorio medio de retribución de los servicios que prestaban. La preocupación llegó hasta el nivel suficiente para impulsar la intervención del legislador y promover un cambio del marco normativo que permitiera la vuelta a la situación de origen. Lo que se pretendía, en definitiva, era dejar bien sentada, sin margen para ninguna duda interpretativa, la exclusión de la tasa de la contraprestación de los servicios públicos prestados en régimen de derecho privado. Sin embargo, vistos los acontecimientos posteriores, podemos decir ahora que la operación llevada a cabo a través de la Ley de Economía Sostenible de 2011 (23) no fue todo lo contundente que se quería y que hubiera sido deseable: lo que hizo la Ley de 2011 fue simplemente eliminar la precisión introducida por la Ley General Tributaria de 2003 respecto a lo que debía entenderse por servicios prestados en régimen de derecho público, pero sin incorporar otra precisión de signo contrario que

(21) Véase la contundente crítica expresada por F.J. VILLAR ROJAS (2005). En la misma línea, R. FALCON Y TELLA (2001).

(22) Así puede comprobarse, entre otras, en las sentencias de 14 de noviembre de 2011, 9 de julio de 2012, 20 de marzo de 2013 o 1 de julio de 2013.

(23) Disposición adicional quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo.

expresamente excluyera de la noción de tasa los servicios prestados conforme al derecho privado (24).

El nuevo panorama generó ciertas dudas e incertezas en la jurisprudencia menor, que no llegó a establecer una posición uniforme en cuanto al alcance de la modificación legal (25). No sucedió lo mismo, en cambio, con la doctrina del Tribunal Supremo, que ya desde sus primeros pronunciamientos se mostró convencida sobre las novedades que traía consigo la Ley de 2011. Aunque tales pronunciamientos hacían referencia a hechos anteriores a la mencionada Ley, lo que impedía al Tribunal la puesta en juego de la misma, en todos ellos, hasta nueve en total, la posición de la jurisprudencia era coincidente a la hora de señalar que la reforma de 2011 iba a permitir recuperar la figura de la tarifa para la retribución de los servicios públicos concesionados, o también para los prestados por empresas de capital parcial o enteramente público (26). Finalmente, la sentencia de 28 de septiembre de 2015 sería la que acabaría confirmando el cambio anunciado por el Tribunal Supremo. Es curioso, pero la sentencia no tenía ninguna necesidad de entrar en el debate sobre la dualidad tasa-tarifa para resolver el caso litigioso. Y ello no porque los hechos fueran anteriores a la Ley de 2011, como había sucedido hasta entonces, sino porque la contraprestación enjuiciada estaba vinculada a un tipo de servicios, los funerarios, que habían sido liberalizados, abiertos a la competencia, es decir, habían dejado de ser servicios públicos

(24) Inicialmente esta había sido la intención del legislador, fruto de una enmienda (núm. 443) introducida por CIU en el Senado que no se limitaba a la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, sino que adicionaba un texto en el que expresamente se negaba la condición de tasa a la «contraprestación por las actividades que se realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que prestan los particulares que indirectamente gestionan servicios públicos o concesiones de obras públicas siempre y cuando sea satisfecha directamente por los usuarios al gestor del servicio en el marco de una relación contractual de derecho privado entre el usuario y el gestor, y no aparezcan como ingresos públicos en los presupuestos de la respectiva Administración». Finalmente dicha enmienda no prosperó.

(25) Algunas Salas (véanse las SSTSJ Canarias, de 15 de noviembre y 23 de diciembre de 2013) se ampararon en la nueva redacción del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria para defender la condición de tarifa de la retribución satisfecha por servicios públicos prestados a través de concesionario o de entidades con personificación jurídico-privada; otras Salas, sin embargo, negaron a la Ley de 2011 la virtualidad de recuperar la figura de la tarifa en la prestación de los servicios mencionados (véase, en este sentido, la STSJ Galicia de 29 de enero de 2014).

(26) Las sentencias a las que nos referimos son las de 16 de julio de 2012, 24 de septiembre de 2012, 3 de diciembre de 2012, 22 de mayo de 2014 (2), 20 de noviembre de 2014 y 25 de junio de 2015 (3). En la misma dirección que el Tribunal Supremo se manifestaba el Informe, de fecha 26 de julio de 2011, de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda.

en sentido estricto. La simple constatación de esta circunstancia, pues, hubiera permitido al Tribunal Supremo resolver el litigio sin tener que hacer ninguna consideración respecto a la naturaleza jurídica de la contraprestación. Sin embargo, parece que la intención del Tribunal fue otra muy distinta, o lo que es lo mismo, quiso aprovechar la ocasión para dar un claro respaldo a la nueva orientación jurisprudencial que venía alumbrándose desde la aparición de la Ley de 2011. Y así, el Tribunal no dudó en afirmar la posibilidad de establecer tarifas por la prestación de servicios públicos en régimen de derecho privado. Según se desprende de la sentencia, el posicionamiento del Tribunal Supremo se fundamenta sobre dos normas básicas. De un lado, la Ley General Tributaria de 2003: se admite que dicha Ley tuvo como efecto eliminar la figura de la tarifa de la contraprestación de los servicios públicos gestionados en régimen de derecho privado, lo que implica, en buena lógica, que deba reconocerse igual virtualidad, pero de sentido contrario, a la reforma legal que ha devuelto la Ley General Tributaria a su redacción anterior a 2003. Y de otro lado, el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004: se argumenta que dicha norma, y la conexión que ésta establece entre la tasa y los servicios prestados «en régimen de derecho público», sin el añadido de ninguna precisión que incluya en esta categoría a los servicios concesionados o prestados por personificaciones jurídico-privadas, conduce a admitir la aplicación de tarifas en el caso de tales servicios.

En resumen, todo hacía pensar que tras la reforma de 2011 y la interpretación que hacía la jurisprudencia sobre su alcance, las tarifas iban a recuperar el papel protagonista que tradicionalmente habían desempeñado en la retribución de los servicios prestados a través de concesionario o de entidades sujetas al derecho privado.

4. Cuarta etapa: ¿el retorno de las tasas?

Nada más lejos de la realidad. Las expectativas que había despertado la Ley de 2011 se desvanecieron rápidamente. Ni siquiera habían pasado dos meses desde la última sentencia que antes comentábamos, la de 28 de septiembre de 2015, cuando apareció un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, no referimos a la sentencia de 23 de noviembre de 2015, que iba a dar un giro radical a la situación descrita. Esto es, nos iba a devolver al antiguo escenario de dominio absoluto de la tasa, y de exclusión de la tarifa, en la contraprestación de los servicios públicos. Dicha sentencia constituye por ahora —al tiempo de finalizar la redacción de este trabajo— el último pronunciamiento del Tribunal Supremo que aborda el debate referido a la naturaleza jurídica de la contraprestación de los servicios públicos. Por el momento su planteamiento no ha sido confirmado por ninguna resolución posterior, de manera que no puede decirse que exista jurisprudencia en esa

línea (27). Ahora bien, no hay duda de que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 nos sitúa ante un panorama de enorme incerteza, reabriendo una vez más la polémica —si es que alguna vez llegó a estar cerrada— sobre la alternativa tasa-tarifa en la financiación de los servicios públicos.

Sin perjuicio de los detalles que expondremos más adelante, la argumentación de la sentencia se puede resumir en dos actos. El primero, en el que se nos dice que la Ley de Economía Sostenible de 2011 no tuvo más efecto que el de devolvernos a la situación que existía antes de la Ley General Tributaria de 2003. Y a continuación, el segundo, en el que se añade que ya en esa situación, definida por la doctrina constitucional de la sentencia 185/1995 y por la traducción legal que hizo de la misma la Ley 25/1998, los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos coactivos son siempre y en todo caso tasas, independientemente de cual sea la modalidad gestora del servicio adoptada. Así pues, la sentencia ha venido a suponer un salto retrospectivo en el tiempo, una vuelta a la jurisprudencia sentada por las sentencias de julio y noviembre de 2009, como si entre aquel momento y ahora nada hubiera sucedido. Y con esto, en definitiva, ha dejado en el aire la subsistencia de las tarifas como medio de retribución de los concesionarios de servicios públicos y de otras entidades que los prestan en régimen de derecho privado.

III. LA (SORPRENDENTE) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

Llama la atención el empeño que ha puesto muchas veces el Tribunal Supremo en afirmar que los cambios de criterio que ha experimentado su doctrina a lo largo del tiempo —que antes ya hemos expuesto— no han sido consecuencia de un supuesto desorden jurisprudencial, o de una evolución incoherente de sus planteamientos, sino el puro resultado de los vaivenes y alteraciones normativas que se han ido sucediendo con el transcurso de los años. A nuestro juicio, tal afirmación resulta muy cuestionable a la vista de la sentencia de 23 de noviembre de 2015, pues lo que ha hecho ésta, rectificar de plano la posición que el propio Tribunal Supremo había mantenido hasta apenas dos meses antes, difícilmente puede excusarse en la aparición de ningún cambio normativo sobrevenido. La situación de nuestro ordenamiento jurídico al tiempo de aparecer las primeras resoluciones que vaticinaron los

(27) Sí existe otra resolución, ésta de fecha 24 de noviembre de 2015, en la que se alude indirectamente al debate tasa-tarifa, y en la que se hace mención a la anterior de 23 de noviembre. Sin embargo, la doctrina establecida en esta segunda sentencia nada tiene que ver, no afecta en absoluto, al núcleo del debate conceptual sobre la distinción tasa-tarifa, de tal manera que no puede decirse que ésta haya venido a confirmar la doctrina de aquélla y que haya creado jurisprudencia.

cambios que traía consigo la Ley de Economía Sostenible de 2011, y de las demás otras que siguieron hasta la de fecha 28 de septiembre de 2015, es exactamente la misma que la que había en el momento de dictarse la sentencia de 23 de noviembre de 2015. Sin embargo, la conclusión a la que llega ésta es totalmente opuesta a la que alcanzaron antes las otras resoluciones. Desde este punto de vista, pues, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 puede calificarse de sorprendente.

1. Antecedentes

Los hechos que dieron pie al litigio enjuiciado por el Tribunal Supremo son seguramente conocidos, pero convendrá que los recordemos, aunque sea brevemente. En el municipio de Santa Cruz de la Palma el servicio de suministro de agua potable se prestaba indirectamente, por medio de concesionario, si bien la remuneración de dicho servicio se efectuaba a través de tasa. Los usuarios abonaban directamente el importe de la contraprestación al Ayuntamiento, que lo ingresaba en el presupuesto local, correspondiendo luego a la Administración el deber de pagar al concesionario el precio del contrato. A finales del año 2011 el pleno de la Corporación aprobó la modificación de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa, sin contar previamente con la intervención o autorización de la Comunidad Autónoma. Ello motivó el recurso de la Administración autonómica, al entender que la contraprestación del servicio, dado que éste se prestaba a través de gestor privado, debía merecer la calificación de tarifa. Y que dicha tarifa, en consecuencia, estaba sometida al control de precios por parte de la Comunidad Autónoma. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 21 de noviembre de 2011, desestimó la impugnación de la Administración recurrente, lo que significaba confirmar y reconocer la naturaleza tributaria, y la condición de tasa, asignada al ingreso percibido por el Ayuntamiento.

La argumentación que utiliza la sentencia de instancia conecta plenamente con la doctrina jurisprudencial más clásica. Según entiende la referida sentencia, tras la Ley de 2011 la interpretación del ordenamiento jurídico aplicable había de volver a su formulación tradicional. Y así: i) cuando el servicio se gestiona por cuenta de la Administración a través de una sociedad privada municipal o de un concesionario, y son éstos los que prestan el servicio, lo facturan y lo cobran directamente de los usuarios, entonces la contraprestación será una tarifa; ii) por el contrario, si el servicio se presta directamente por la Administración sin ningún tipo de delegación, percibiendo ésta la contraprestación, entonces ha de ser una tasa; y iii) por último, la contraprestación también ha de ser una tasa cuando el servicio, no obstante tener carácter comercial y prestarse a través de concesionario, hace difícil —por su características— que pueda establecerse una relación

singular entre el prestador y el usuario, provocando que la contraprestación deje de corresponder al gestor del servicio y sea atribuida directamente a la Administración titular del mismo.

Como habíamos dicho, la sentencia de instancia es fiel reflejo de la doctrina jurisprudencial más clásica, que distingue entre tasa y tarifa no sólo en atención al régimen de prestación del servicio, sino también en función de la titularidad del ingreso y su destino.

2. La argumentación del Tribunal Supremo y el alcance de su fallo

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 desestima el recurso de casación que interpuso la Comunidad Autónoma de Canarias y, en consecuencia, ratifica el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia. Quiere decirse, pues, que también el Tribunal Supremo sanciona la condición de tasa atribuida al ingreso municipal, y por consiguiente rechaza que la regulación de la misma debiera someterse al control de precios autonómico. En definitiva, tanto la sentencia de instancia como la dictada en casación llegan a una conclusión idéntica sobre la naturaleza de la prestación percibida por el Ayuntamiento. Sin embargo, el razonamiento utilizado en un caso y en otro es completamente distinto. La resolución del Tribunal Superior de Justicia sigue el criterio común de definir la tipología de la contraprestación —tasa o tarifa— en función del sujeto perceptor del ingreso. La sentencia del Tribunal Supremo, en cambio, atiende a la naturaleza o características del servicio retribuido, resultándole completamente indiferente quien sea el sujeto prestador de dicho servicio o el sujeto titular del ingreso.

En esencia, el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo ya lo conocemos. A su juicio, la modificación introducida por la Ley de 2011 en la definición del concepto legal de tasa no ha tenido ninguna repercusión sobre la calificación de la contraprestación de los servicios públicos coactivos. Y ello por la sencilla razón de que dicha contraprestación ya debía considerarse tasa antes de la aparición de la Ley General Tributaria de 2003. Según dice expresamente la sentencia, tras la reforma de 2011 «nos hallamos en las mismas condiciones de la etapa anterior a la vigencia de la Ley General Tributaria». Y en esa etapa —sigue argumentando la sentencia— la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia constitucional de 1995, unida a las modificaciones que impuso la Ley 25/1998 en el concepto de tasa entonces vigente —y que hoy se mantiene—, ya determinaban que la contraprestación de los servicios públicos coactivos debía adoptar la forma de tasa, fuera cual fuera la forma de gestión del servicio. Por consiguiente, concluye el Tribunal, el servicio de abastecimiento de agua potable, al ser un servicio público coactivo —dado su carácter de servicio obligatorio y esencial—, debe retribuirse necesariamente

mediante tasa, aun cuando dicho servicio sea prestado por un sujeto privado en régimen de concesión administrativa.

Llegados a este punto, la primera y principal cuestión que suscita la sentencia del Tribunal Supremo es sin duda la que hace referencia al alcance de su fallo. O por expresarlo en modo interrogativo: ¿cuáles son las verdaderas consecuencias que se derivan de la sentencia para el sistema de financiación de los servicios públicos coactivos? Hay que advertir, en relación a esto, que la sentencia se limita a sancionar la legalidad del acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, que atribuyó naturaleza tributaria a la contraprestación del servicio concesionado de suministro de agua potable, excluyendo así del procedimiento de aprobación de la ordenanza reguladora la intervención de la Comunidad Autónoma. Bien es cierto que ese pronunciamiento se apoya sobre la afirmación precedente de que toda contraprestación de servicios públicos coactivos ha de ser siempre una tasa. Sin embargo, también es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo no extrae de esa afirmación más consecuencias que la ya señalada de sancionar la legalidad del acuerdo municipal impugnado. O lo que es lo mismo, la sentencia de 23 de noviembre de 2015 nada nos dice sobre de qué modo la naturaleza tributaria atribuida al ingreso haya de repercutir sobre la definición de las relaciones jurídico-económicas derivadas de la prestación del servicio concesionado.

El voto particular discrepante que sigue al pronunciamiento mayoritario parece tener muy claras cuáles son, en buena lógica, esas consecuencias: excluir completamente la tarifa de la financiación de los servicios públicos coactivos; y en consecuencia, en el caso de que tales servicios sean gestionados indirectamente, convertir a la subvención en el único medio posible de retribución del concesionario. En la doctrina, sin embargo, hay algunas opiniones que abogan por atribuir a la sentencia del Tribunal Supremo una proyección más limitada o modesta. Y que afirman, en esta línea, que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 no puede entenderse en el sentido de que impida la existencia de precios privados, percibidos directamente por el gestor, como contraprestación de servicios públicos coactivos, sino en el sentido de exigir que tal contraprestación se someta a los requerimientos del principio de reserva de ley (28). En otras palabras, lo que nos vendría a decir la sentencia, de acuerdo con esta interpretación, es que la retribución de los servicios públicos ha de considerarse tasa en un sentido amplio, no estricto, esto es, a los solos efectos (constitucionales) de su sujeción al principio de reserva legal, pero no a los efectos de excluir la naturaleza jurídica-privada del ingreso percibido por el gestor (privado) del servicio.

(28) Véase, en esta línea, R. FALCON Y TELLA (2016).

Si este fuera realmente el sentido o alcance que pudiera atribuirse al pronunciamiento del Tribunal Supremo, no habría a nuestro juicio nada que se le debiera objetar. Sin embargo, creemos que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 no apunta en esa dirección, sino en otra muy distinta: la de considerar que la contraprestación de los servicios públicos coactivos ha de ser siempre y en todo caso una tasa en sentido estricto, es decir, un ingreso de naturaleza tributaria, cuya percepción solo puede corresponder por lo tanto a la Administración titular del servicio.

Este planteamiento referido a la naturaleza y titularidad del ingreso es justamente el que se halla presente en la jurisprudencia sentada por las sentencias de julio y noviembre de 2009. Y no podemos olvidar, según ya destacamos en otro momento, que la sentencia de 23 de noviembre de 2015 se apoya precisamente sobre esa jurisprudencia. Así pues, es fácil concluir que lo que hace la mencionada sentencia, en definitiva, es abogar por la exclusión radical de las tarifas como figura retributiva de los servicios públicos coactivos, sea cual sea la modalidad de gestión utilizada, incluida la concesión administrativa. Y por consiguiente, de este modo, la sentencia acaba imponiendo una alteración de las relaciones jurídico-económicas derivadas de la prestación del servicio, con el resultado de hacer desaparecer la relación directa —de derecho privado— entre el usuario y el gestor privado y de sustituirla por otra relación distinta —de derecho público y naturaleza tributaria— entre dicho usuario y la Administración titular del servicio (29).

En nuestra opinión, esta forma de entender las cosas no se ajusta a la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco a la de la doctrina constitucional referida a la noción de prestación patrimonial de carácter público y su relación con la figura de la tasa,

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

1. El silogismo erróneo de la sentencia del Tribunal Supremo

Si se lee con detenimiento la sentencia del Tribunal Supremo de noviembre de 2015 se advertirá que todo su razonamiento se puede reconducir al esquema de un silogismo relativamente simple. La premisa mayor consiste en afirmar que la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible de 2011 no tuvo ningún impacto real sobre el régimen legal de las tasas, todo lo más supuso el retorno a la situación preexistente a la Ley General Tributaria de 2003. La premisa menor, por su parte, se concreta en la afirmación de que ya antes de

(29) Así lo expresa con total claridad la sentencia de 12 de noviembre de 2009 (F.J. 3).

la mencionada Ley General Tributaria de 2003 las contraprestaciones de los servicios públicos coactivos tenían naturaleza tributaria, eran tasas, en concreto. Y finalmente, la conclusión lógica que se deriva de las anteriores premisas es que en la actualidad dichas contraprestaciones deben seguir considerándose tasas. En resumen, lo que nos viene a decir la sentencia del Tribunal Supremo es lo siguiente: si la Ley de Economía Sostenible nos ha devuelto a la situación anterior a la Ley General Tributaria de 2003, y resulta, a la vez, que ya antes de esta Ley las contraprestaciones por servicios públicos coactivos se consideraban tasas, hoy, igual que entonces, las contraprestaciones mencionadas son tasas.

En nuestra opinión, el silogismo expresado no es correcto. O mejor dicho, no es correcta la conclusión a la que se llega porque no son correctas las premisas sobre las que se apoya.

2. La Ley de Economía Sostenible y el concepto de tasa

Quienes negaron que la Ley General Tributaria de 2003 hubiera tenido incidencia sobre el concepto legal de tasa, al efecto de proyectarlo sobre los servicios públicos gestionados en régimen de derecho privado, no habrán tenido ninguna dificultad para negar también que la reforma llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible haya supuesto ninguna alteración del mencionado concepto. Si los cambios introducidos por aquella Ley resultaron inocuos desde el punto de vista de la ampliación de los servicios públicos sujetos preceptivamente a tasa, igualmente inocuas habrán de considerarse las modificaciones efectuadas por la Ley de 2011 que han supuesto la vuelta a la definición de tasa que ya existía antes de la Ley de 2003. Sin embargo, lo que resulta muy difícil de aceptar es que puede pretenderse lo segundo sin admitir lo primero. Es decir, que en su momento se afirmara que la Ley General Tributaria de 2003 produjo el efecto de imponer la tasa también para los servicios públicos prestados conforme al derecho privado y que ahora, en cambio, se niegue cualquier virtualidad a la reforma efectuada por la Ley de Economía Sostenible. Pues bien, por sorprendente que pueda parecer, tal es exactamente lo que ha sucedido con la jurisprudencia y la sentencia de 23 de noviembre de 2015.

Según tuvimos ocasión de ver en otro momento, tras la aprobación de la Ley General Tributaria de 2003 fueron muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que se apresuraron a pronosticar que la entrada en vigor de la nueva norma legal iba a comportar cambios en la «calificación» de la contraprestación de los servicios públicos gestionados en régimen de derecho privado (30). Y de igual modo, también fueron muchos los pronunciamientos jurisprudenciales

(30) Véanse, como ejemplo, las SSTS de 22 de diciembre de 2001, 7 de marzo de 2007 y 3 de julio de 2007.

que, una vez ya producida la entrada en vigor de la Ley, tomaron a ésta —y particularmente al segundo párrafo de su artículo 2.2.a)— como argumento para atribuir la condición de tasa a la retribución de los servicios públicos concesionados (31), afirmando sin ninguna vacilación que la Ley de 2003 «ha ampliado la definición de tasa» (32). Más adelante, cuando apareció la Ley de Economía Sostenible, nuevamente la jurisprudencia se mostró coincidente, esta vez para afirmar, en coherencia con sus planteamientos anteriores, que los cambios producidos por la Ley en la definición de tasa iban a permitir recuperar la figura de la tarifa para la retribución del concesionario de servicios públicos, y en general para todos los gestores privados de dichos servicios (33). Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 confirmaría el nuevo escenario anunciado.

Hasta aquí, se podrá estar de acuerdo o no con la posición sostenida por la jurisprudencia, y con la interpretación que ha hecho en cada momento sobre el alcance de las reformas introducidas por la Ley General Tributaria de 2003, primero, y por la Ley de Economía Sostenible de 2011, después. Ahora bien, no podrá decirse que la doctrina jurisprudencial no haya mantenido al respecto una línea coherente. Sin embargo, en nuestra opinión, la sentencia de 23 de noviembre de 2015 ha supuesto una ruptura en la evolución jurisprudencial, sin que aporte excesivos argumentos que la justifiquen. Y así, donde antes se argumentaba que la Ley de 2003 había ampliado el concepto de tasa, extendiéndolo a los servicios prestados conforme al derecho privado, y donde se defendía también, de manera lógica, que la Ley de 2011 lo había reconducido a sus cauces iniciales, habilitando nuevamente la figura de la tarifa, ahora se nos dice, en la sentencia de noviembre de 2015, que nada de eso ha sucedido así: que la Ley de Economía Sostenible no ha tenido ningún impacto sobre el concepto de tasa, que todo lo más nos ha devuelto a un escenario, anterior a la Ley General Tributaria de 2003, en el que las tarifas ya debían considerarse tasas (34), lo que obliga a entender, por consiguiente, que para la sentencia de 23 de noviembre de 2015 esta Ley tampoco tuvo ninguna incidencia sobre el mencionado concepto de tasa.

En resumidas cuentas, como ya habíamos señalado en otro momento, todo se explicaría como una suerte de salto retrospectivo en el tiempo, como si nada hubiera ocurrido entre los años 2003 y 2011. Sin embargo, es obvio que este planteamiento choca frontalmente con lo que nos había venido diciendo la jurisprudencia hasta ahora.

(31) Véanse, entre otras, las SSTS de 14 de diciembre de 2011, 9 de julio de 2012, 20 de marzo de 2013 o 1 de julio de 2013.

(32) Véase la famosa STS de 12 de noviembre de 2009.

(33) Véanse las SSTS citadas, *ut supra*, en la nota 26.

(34) Así lo ha entendido también en la doctrina I. JIMÉNEZ COMPAIRED (2011: pp. 72-79).

Tal vez consciente de sus debilidades, la resolución del Tribunal Supremo trata de buscar apoyo a su argumentación en la doctrina constitucional, y en concreto en lo dicho en la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2005, de 20 de abril, relativa a la Ley de Puertos del Estado de 1992 y a la regulación que esta norma hizo de las tarifas por servicios portuarios. Según afirma el Tribunal Supremo (F.J. 7º), la sentencia constitucional «declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del artículo 70 (...) en la medida que califican como «precios privados» contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, siendo tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad Portuaria de forma directa o indirecta».

En realidad, lo que se dice en la sentencia constitucional no es exactamente lo que parece desprenderse del pasaje transcrito de la resolución del Tribunal Supremo. De entrada, es fácil comprobar que la sentencia 102/2005 sólo declara la inconstitucionalidad de los preceptos que se refieren a las tarifas por servicios prestados directamente por las Autoridades Portuarias, dejando por completo intactas —ni siquiera fueron objeto de impugnación— las disposiciones relativas a las tarifas por servicios portuarios indirectos, que mantienen así su carácter de precios privados. Es cierto, no obstante, que en un momento de la sentencia (F.J. 6º) el Tribunal Constitucional alude también a la contraprestación de los servicios indirectos, señalando que a las tarifas satisfechas por la prestación de tales servicios también se les debería atribuir naturaleza tributaria. La afirmación, aunque *obiter dicta*, parece contundente. Sin embargo, lo importante ahora es destacar cuál es el verdadero fundamento que llevó al Tribunal a realizar esa afirmación. Según se puede leer, la sentencia constitucional dice que «estas tarifas son tributos, con independencia de que los determinados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad Portuaria de forma directa o indirecta, tal y como se desprende, en la actualidad, del párrafo segundo del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria». La verdad, pues, es que el Tribunal Constitucional, a la hora de afirmar la naturaleza tributaria de las tarifas portuarias, hizo descansar directamente esa calificación sobre lo establecido en la Ley General Tributaria de 2003, concretamente sobre lo previsto en el segundo párrafo del artículo 2.2.a). Así las cosas, no nos equivocaremos si decimos que el Tribunal Constitucional, de no haber existido —como no existe hoy— la previsión legal citada, nada hubiera objetado a la configuración como precios privados de las tarifas por servicios portuarios indirectos (35). En conclusión,

(35) Sobre la STC 102/2005 y su alcance puede verse nuestra obra (2011: pp. 290-296), donde ya defendíamos que la sentencia del Tribunal Constitucional no había afectado en absoluto a la condición de precios privados atribuida a las tarifas por servicios indirectos. Y donde también manteníamos, siguiendo la posición expresada por el Prof. Villar Rojas, que tal condición debía subsistir aun después de la aparición de la Ley General Tributaria de 2003.

podemos decir también que la invocación hecha a la sentencia constitucional 102/2005 nada ayuda a sostener el planteamiento defendido por el Tribunal Supremo, más bien todo lo contrario.

3. La noción (constitucional) de prestación patrimonial de carácter público y la noción (legal) de tasa

Incluso si se aceptara que la Ley de 2011 no ha tenido más resultado que el de devolvernos al escenario anterior a la Ley General Tributaria de 2003, tampoco con esto se impondría necesariamente la condición de tasa de todas las contraprestaciones de servicios públicos coactivos. Es verdad que la aceptación de esa hipótesis nos situaría hoy —tal como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo— ante un marco normativo esencialmente equiparable, por lo que se refiere a la noción legal de tasa, al que existía antes de 2003, toda vez que: i) por un lado, subsiste vigente la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 con la afectación producida por la STC 185/1995; y ii) por otro lado, la definición de tasa contenida en la vieja Ley General Tributaria de 1963 —con la modificación incorporada por la Ley 25/1998— en poco o nada difiere de la recogida en la vigente Ley de 2003 —tras la reforma de 2011—, de igual modo que tampoco difiere la establecida por la Ley de Haciendas Locales de 1988 —con la modificación hecha por la citada Ley 25/1998— respecto de la actual del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004. Sin embargo, como decíamos, aún así, con estos textos normativos en la mano, tanto los de antes como los de ahora, consideramos que es erróneo atribuir la condición de tasa a cualquier modalidad de contraprestación de servicios públicos coactivos, prescindiendo por completo de cuál sea el régimen de gestión del servicio y de cuál sea el sujeto titular del ingreso.

En este punto radica, en fin, nuestra discrepancia con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015, y por consiguiente también con la jurisprudencia —iniciada por las sentencias de 2009: *Ayuntamiento de Ávila* y *Ayuntamiento de Alicante*— sobre la que aquélla se apoya.

Es cierto, como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo, que uno de los propósitos fundamentales de la Ley 25/1998 fue el de introducir en la noción legal de tasa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación al concepto de prestación patrimonial de carácter público y a la exigencia de reserva de ley para el establecimiento y regulación de tales prestaciones coactivas. Eso explica, precisamente, que al definir el nuevo concepto de tasa la Ley 25/1998 optara por vincular esta figura a la prestación de los servicios públicos que coincidían con las notas que el Tribunal Constitucional había utilizado para definir las prestaciones coactivas, esto es, servicios obligatorios, esenciales o monopolizados. Así pues, conforme al

concepto de tasa introducido por la Ley de 1998, para la puesta en juego de esta figura tributaria se exigía que el servicio público retribuido reuniera alguna de las notas características de la coactividad. Sin embargo, de ahí no se derivaba que toda contraprestación de servicios públicos coactivos tuviera que ser necesariamente un tributo-tasa. Y ello por una razón evidente: porque la Ley 25/1998 estableció el nuevo concepto de tasa no sólo sobre la base de la noción material de prestación patrimonial de carácter público, sino que introdujo en la definición un segundo elemento, este de carácter formal, que sin duda era fruto de la tradición normativa y jurisprudencial: el referido al régimen de prestación del servicio, que debe ser de derecho público. Así puede comprobarse perfectamente en la redacción vigente de la Ley General Tributaria y del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (36).

A su vez, a mayor abundamiento, no podemos olvidar que la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 resulta de aplicación supletoria (37) respecto de la legislación que regula las tasas y los precios públicos de las comunidades autónomas y de las haciendas locales. Y resulta también, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley —que no fue impugnado ni declarado inconstitucional por la STC 185/1995— que ésta excluye de su ámbito de aplicación, y por lo tanto de la definición y regulación que hace de las tasas y los precios públicos, «las contraprestaciones por las actividades que realicen y los servicios que presten las entidades u organismos públicos que actúen según normas de derecho privado». Quiere decirse, pues, que la Ley de 1989 atribuye plena relevancia a la forma de prestación del servicio como factor determinante de la naturaleza de la contraprestación, hasta el punto de afirmar que si el servicio

(36) J. PERDIGÓ I SOLÀ (1996: pp. 436-437), ha señalado que el significado de la expresión «en régimen de derecho público», contenida tanto en la Ley General Tributaria de 2003 como en la Ley de Haciendas Locales de 2004, podría establecerse, en principio, por contraposición con el de iniciativa pública en la actividad económica. Sin embargo, como advierte el propio autor, tal interpretación debe ser rechazada, dado que la iniciativa pública en la actividad económica —como actividad meramente patrimonial que es— se ha de ejercer en el ámbito de la economía de mercado y con estricto respecto a la libre concurrencia y a las reglas de la competencia, de manera que las contraprestaciones por los bienes o servicios que constituyen su objeto son *per se* precios privados y de mercado. No hace falta, pues, ninguna previsión legal para que las contraprestaciones de la actividad privada de la Administración queden excluidas de cualquier consideración como percepciones de naturaleza tributaria. Consecuentemente, la expresión «en régimen de derecho público» tiene que referirse de manera necesaria a las formas de gestión en que la Administración actúa mediante personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública. Esta forma de entender la expresión «en régimen de derecho público» es precisamente la que sigue el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de septiembre de 2015. Y la misma que se defiende en el voto particular de la sentencia de 23 de noviembre de 2015.

(37) Véase lo dicho en el artículo 9.2 y en la disposición adicional séptima.

se presta en régimen de derecho privado la contraprestación no podrá ser nunca ni una tasa ni un precio público.

En conclusión, según se desprende de todas las normas legales citadas, la tasa deberá imponerse como forma de retribución del servicio público cuando se trate de un servicio coactivo (obligatorio, esencial o monopolizado) que se preste en régimen de derecho público; y por el contrario, cuando el servicio, aun siendo coactivo, se preste en régimen de derecho privado, no habrá ningún inconveniente en exigir una tarifa. Otro planteamiento distinto no responde al tenor de la legislación vigente (38). Por lo demás, la conclusión que acaba de exponerse respeta de forma escrupulosa la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público a la que tanto alude la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos.

La doctrina constitucional ha identificado la noción de prestación patrimonial de carácter público, que queda sometida a reserva relativa de ley (art. 31.3 CE), con la de prestación por servicios coactivos, añadiendo a continuación que para la identificación de tales servicios es absolutamente irrelevante la forma o régimen de prestación. Sin embargo, en ningún momento ha establecido una equiparación entre prestación patrimonial de carácter público y tributo-tasa (39). Así lo deja bien a las claras la sentencia 185/1995, donde se afirma que el concepto de prestación patrimonial de carácter público es más amplio que el de tributo, y en consecuencia que el de tasa. La prestación patrimonial de carácter público alude a un concepto material (servicio coactivo), y de ahí que para el Tribunal Constitucional su definición pueda prescindir del régimen de prestación del servicio (público o privado). En cambio, la noción de tasa es más reducida y se construye precisamente sobre el elemento formal del régimen de prestación de derecho público. Así, si el servicio retribuido no se presta en régimen de derecho público, no habrá necesidad de imponer una

(38) Algunos autores han criticado que la distinción entre tasa y tarifa se articule sobre un elemento esencialmente formal. O mejor dicho, sobre una concepción formalista de la noción de servicio público. Sin embargo, eso no es del todo cierto, como han destacado otros autores. En la primera posición puede citarse C. LÓPEZ GARCÍA (2005: pp. 9-13), que advierte que, más allá de la coincidencia en el supuesto de hecho (recepción de un servicio público en condiciones de coactividad), no existe ninguna otra identidad entre la tasa y la tarifa. Por lo tanto, la divergencia no sólo afecta al régimen de prestación del servicio remunerado, sino que se extiende a todos los restantes aspectos del ingreso: no hay coincidencia ni el elemento subjetivo (sujeto que exige el pago), ni en el régimen jurídico (normas tributarias frente a normas tarifarias), ni tampoco en algo que es tan fundamental como la finalidad (el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad económica con el fin de allegar fondos a la hacienda para atender a los gastos generales poco tiene que ver con el deber de pago del servicio para asegurar su estabilidad financiera).

(39) Así ya lo advirtió también uno de los primeros autores que centró su atención en el estudio de las prestaciones patrimoniales de carácter público, F. PÉREZ ROYO (1979: pp. 13-49).

tasa. Y sin embargo, si ese mismo servicio resulta coactivo, necesariamente estaremos en presencia de una prestación patrimonial de carácter público (40).

Es cierto que en otra ocasión, en la sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar, en relación a los precios públicos satisfechos por servicios coactivos, que tales ingresos, «en tanto que prestaciones coactivas que se satisfacen a los entes públicos locales con la finalidad de satisfacer los gastos públicos, constituyen materialmente tributos» (41). Sin embargo, tal afirmación en nada se opone a lo que habíamos dicho antes, pues debe observarse que en la sentencia constitucional de 1999 tampoco se establece una equiparación generalizada entre prestación patrimonial de carácter público y tributo, sino que dicha identificación queda limitada a una categoría específica de ingresos: los precios públicos —o sea, ingresos de derecho público— satisfechos por servicios coactivos. Para tales ingresos sí se afirma que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público; y además, que tienen naturaleza tributaria. Nada se dice, por el contrario, de los ingresos de derecho privado, las tarifas, que en su caso podrán ser prestaciones patrimoniales de carácter público, pero que en ningún caso son tributos-tasas (42).

Por lo tanto, se puede afirmar que desde el punto de vista de la doctrina constitucional no hay ningún obstáculo que impida el establecimiento de tarifas por la prestación de servicios públicos coactivos concesionados, o en general prestados en régimen de derecho privado. El único y verdadero límite constitucional, derivado del art. 31.3 CE, es el que se refiere a la aplicación del principio de reserva de ley cuando se trate de prestaciones coactivas (43).

(40) Como ha advertido J. PAGÈS I GALTES (1999: p. 406), se podrá aceptar que las tarifas por servicios coactivos prestados en régimen de derecho privado no sean tributos, pero en todo caso debe aceptarse que se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público, y por lo tanto deben regularse como tales.

(41) La sentencia hace referencia a los precios públicos que definía el artículo 41.B) de la Ley de Haciendas Locales de 1988, en unos términos idénticos (voluntariedad o concurrencia) a los que utilizaría luego la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989. Como se recordará, la sentencia declaró la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley, en la medida que no establecía un límite máximo al importe de unos ingresos, los precios públicos del artículo 41.B), que debían considerarse prestaciones patrimoniales de carácter público..

(42) J.I. GOMAR SÁNCHEZ (2002: pp. 66-70), ha señalado, refiriéndose a lo dicho por la sentencia 233/1999, que eso supone afirmar la existencia de una potestad tarifaria «materialmente tributaria». Pero que eso no impide, sin embargo, la existencia a la vez de una potestad tarifaria pura y simple.

(43) Según ha indicado J. TORNOS MAS (2007: pp. 14-18), siempre que exista una prestación económica coactiva, en los términos que lo ha entendido la doctrina constitucional, estaremos en presencia de la noción a la que alude el artículo 31.3 CE, y por lo tanto deberá respetarse la garantía de la reserva de ley. Ahora bien, de ahí no hay que deducir que tasa y tarifa, al poderse subsumir en esa noción, pierdan su distinta naturaleza.

Dicho de otra manera, la Constitución no impone una reserva de tasa para la retribución de los servicios públicos coactivos, lo que significa —como se reconoce en la STC 185/1995— que el legislador dispone de libertad para la definición de las figuras retributivas de tales servicios; sin embargo, la Constitución sí exige que esas figuras, sean cuales sean, se sometan en todo caso a reserva de ley (44).

En resumen, el verdadero alcance de la doctrina constitucional no es el de imponer una determinada opción, tasa-tarifa, en el sistema de financiación de los servicios públicos, sino el de garantizar el principio de reserva de ley cuando la retribución esté vinculada a servicios coactivos. Esta es, en efecto, la única conclusión válida que para las tarifas se puede extraer de la doctrina constitucional, la de entender que no hay ningún impedimento constitucional que se oponga al mantenimiento de la potestad tarifaria en el ámbito de los servicios públicos, siempre y cuando las tarifas que respondan a la noción de prestación coactiva queden sujetas al principio de reserva de ley (45).

Desde esta perspectiva, por último, hay que entender que la operación que llevó a cabo en su momento la Ley 25/1998, al modificar el concepto de tasa recogido en la legislación entonces vigente —Leyes de 1963, 1988 y 1989—, fue impecable, en la medida que resultaba respetuosa tanto con la doctrina sentada por la STC 185/1995 como con la tradición jurisprudencial relativa a la distinción entre potestad tarifaria y potestad tributaria. En la Ley 25/1998 aquella y ésta ni se confunden ni se contraponen, sino que se armonizan de manera perfecta. Y eso es así porque en realidad lo que hizo la mencionada Ley fue incorporar al ámbito objetivo de las tasas todos los precios públicos coactivos, pero sólo los precios públicos, dejando en cambio al margen a los precios privados (46). De esta manera, la nueva definición legal de tasa pasaba a comprender todas las prestaciones coactivas devengadas en régimen de derecho público, en tanto que los precios privados, aun pudiendo ser prestaciones patrimoniales de carácter público, quedaban al margen de los ingresos tributarios. En otras palabras, la nueva

(44) En opinión de F.J. VILLAR ROJAS (2005: pp. 9-13), la Constitución no impone el carácter tributario de la contraprestación de cualquier servicio público, como tampoco exige las tarifas. Lo único que hace la Constitución es imponer una doble garantía, formal (reserva relativa de ley) y material (aplicación de criterios de justicia material) para las prestaciones que merezcan la calificación de prestaciones patrimoniales de carácter público, ya sean tarifas o tributos.

(45) J. TORNOS MAS (2011: pp. 25-27).

(46) No hay que olvidar, según ya hemos destacado en otro momento, que la sentencia constitucional 185/1995 sólo afectó a la definición legal de la figura del precio público, y de ahí, y de forma indirecta, a la noción de tasa (véase lo dicho en el apartado II.2), pero no tuvo ningún impacto sobre la figura de los precios privados, que estaban excluidos de la aplicación de la Ley de 1989.

definición de tasa combinaba en su justa proporción, por un lado, la vertiente material propia de la noción de prestación patrimonial de carácter público, al configurar el hecho imponible por referencia a la prestación de servicios en condiciones de coactividad, y por otro, la vertiente formal característica de la noción clásica de tributo, al exigir que esos servicios se prestaran en régimen de derecho público.

Desafortunadamente la jurisprudencia del momento no hizo esta lectura de la Ley 25/1998, sino que confundida por una interpretación forzada de la sentencia 185/1995 acabó atribuyendo a aquella una voluntad que iba mucho más allá de su letra, con las consecuencias que ya conocemos. En nuestra opinión, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 vuelve a caer ahora en la confusión y en los excesos de esa jurisprudencia en la que se apoya.

4. Prestaciones patrimoniales coactivas, tarifas y servicios liberalizados

En su sentencia de 23 de noviembre de 2015, el Tribunal Supremo nos recuerda que el caso que enjuicia se aparta radicalmente de aquel otro que fue resuelto, apenas dos meses antes, por la sentencia de 28 de septiembre de 2015. En este último supuesto, según ya destacamos anteriormente, se trataba de la prestación de servicios funerarios, esto es, de servicios liberalizados, no reservados en exclusiva a la titularidad de la Administración, y de ahí que la aplicación de la tasa, como medio de retribución del servicio, pudiera excluirse fácilmente, al no tener éste la condición de «servicio público» en sentido estricto.

La argumentación nos puede parecer correcta, pero no es suficiente para dejar sin efecto la crítica al posicionamiento de la sentencia de noviembre de 2015 que antes hemos expuesto.

Es evidente que el legislador, ese mismo del que ha dicho la jurisprudencia que ha querido incorporar al ámbito de las tasas la doctrina de las prestaciones patrimoniales de carácter público, ha condicionado la aplicación-exclusión del concepto de tasa a un primer elemento que es esencialmente formal: la titularidad del servicio retribuido. Así, si el servicio coactivo es público, reservado en exclusiva a la Administración, entonces la contraprestación ha de ser una tasa; por el contrario, si el servicio coactivo no es público, o sea, está abierto a la competencia, entonces la retribución puede adoptar la figura de tarifa. Esto es justamente lo que nos vendría a decir el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de noviembre de 2015 cuando trata de justificar su desvinculación respecto del planteamiento sostenido en la sentencia de 28 de septiembre de 2015. Como decíamos, resulta que el elemento clave que de entrada determina —según se desprende de la sentencia— la puesta en juego

o exclusión de la tasa tiene un carácter puramente formal. Ahora bien, hay que observar que se trata de un elemento que es completamente ajeno a la noción material de prestación patrimonial de carácter público (47). Por consiguiente, se pone de manifiesto con eso que no existe, desde la perspectiva constitucional, ninguna equiparación entre tasa y prestación por servicios coactivos, de tal manera que resulta perfectamente admisible, desde la perspectiva del legislador ordinario, la aplicación de tarifas en aquellos casos en que el servicio, aún siendo público y coactivo, se presta en régimen de derecho privado. Es más, si esa equiparación realmente existiera, impuesta por la Constitución, entonces la consecuencia necesaria sería que también debería atribuirse naturaleza tributaria a las contraprestaciones de aquellos servicios que, aun no siendo públicos ni estar reservados en exclusiva a la Administración, reunieran alguna de las restantes notas de la coactividad, especialmente la relativa a su carácter esencial. Sin embargo, como hemos visto, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 niega que la contraprestación de los servicios liberalizados pueda tener naturaleza tributaria, obviando aquí por completo, curiosamente, cualquier consideración sobre el carácter coactivo o no coactivo del servicio retribuido.

Lo que intentamos explicar tal vez se entienda mejor si lo analizamos desde la óptica de un caso concreto: el de los servicios postales. Como es sabido, la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 también declaró la inconstitucionalidad de aquella parte de la Ley de 1989 [art. 24.1.c] que definía como precios públicos los ingresos derivados de la prestación del servicio público postal, al considerar que tal servicio tenía carácter coactivo (48). Sin embargo, como igualmente es sabido, hoy en día los servicios postales se definen como «servicios de interés económico general que se prestan en

(47) Según la doctrina constitucional, el régimen de prestación del servicio es indiferente a la hora de calificar o no la retribución del mismo como prestación patrimonial de carácter público. E incluso más: la noción de prestación coactiva es absolutamente independiente de la naturaleza pública o privada de la relación jurídica de la cual deriva la obligación de pago. Y así, el Tribunal Constitucional (sentencia 182/1997) ha calificado como prestación patrimonial de carácter público las cantidades que el empresario debe abonar al trabajador en determinados supuestos de incapacidad laboral transitoria. Sobre esta cuestión, véase J.I. MORENO FERNÁNDEZ (2005: p. 347).

(48) Según la redacción originaria de la Ley de 1989, se consideraban precios públicos las contraprestaciones satisfechas por «las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas por los servicios públicos postales». Según la STC 185/1995, «la práctica totalidad de los servicios públicos postales deben calificarse hoy en España como servicios irrenunciables o imprescindibles que además, en muchos casos, continúan siendo prestados por el Estado en posición de monopolio. Por ello debe concluirse que las prestaciones pecuniarias derivadas de esos servicios son verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sometidas al principio de legalidad».

régimen de competencia» (49). Así pues, la primera pregunta que debemos formularnos es la siguiente: en las condiciones actuales, ¿es posible pensar que los servicios postales siguen siendo servicios coactivos cuya retribución ha de ser calificada como prestación patrimonial de carácter público? Si la respuesta fuera negativa, eso pondría de manifiesto la volatilidad del concepto de prestación coactiva, pues dependiendo de la decisión de liberalizar o no el servicio la contraprestación merecería o no merecería el calificativo de prestación patrimonial de carácter público. Además, se entraría así en contradicción con lo dicho por el Tribunal Constitucional, que ha configurado la prestación coactiva como un concepto material que no obedece únicamente a la existencia de una situación de monopolio y que admite su aplicación en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados. Cabe pensar, pues, que la respuesta debería seguir siendo afirmativa, lo que demuestra entonces, como acabamos de señalar, que las prestaciones coactivas pueden actuar perfectamente en la esfera de los servicios prestados por particulares en un mercado abierto.

Llegados a este punto, surge una segunda pregunta que también deberíamos formularnos, y que sin duda es la más importante: esa prestación coactiva a la que antes hemos aludido, ¿constituye una tasa? Si contestamos afirmativamente, entendiendo que toda prestación económica por servicios coactivos ha de ser una tasa, entonces no existiría ninguna razón que justificaría la posición defendida por la sentencia de 23 de noviembre de 2015 en relación a los servicios funerarios: también estos servicios deberían retribuirse mediante tasa, pues se trata de servicios esenciales, o sea, coactivos. Por el contrario, si la respuesta es negativa, como entendemos que ha de serlo, y así también lo entiende la sentencia de noviembre de 2015, entonces queda demostrado que la noción de tasa no coincide con la de prestación coactiva. O lo que es lo mismo, habrá que admitir que existen prestaciones económicas por servicios que, aun siendo coactivas, en los términos de la noción constitucional, no son tasas, en los términos de la legislación ordinaria. Y no lo son porque: i) o bien falta el elemento formal impuesto por la ley consistente en la titularidad pública del servicio; ii) o bien falta, en otro caso, el elemento formal impuesto por la ley consistente en el régimen público de prestación del servicio.

Desde esta perspectiva, pues, no podemos compartir la posición mantenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015. A nuestro juicio, resulta contradictorio que ésta atribuya plena virtualidad al primer elemento (titularidad del servicio), al efecto de excluir la aplicación de

(49) Artículo 2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que ha derogado y sustituido a la anterior Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales.

la tasa en los servicios funerarios, y sin embargo la niegue completamente al segundo (régimen de prestación), imponiendo en consecuencia la tasa para los servicios concesionados. Recordemos ahora una vez más que la doctrina constitucional ha afirmado la irrelevancia del régimen de prestación del servicio únicamente en relación a la definición del concepto de prestación coactiva. Y como ya hemos visto, ese concepto no coincide con el de tasa. Así pues, en conclusión, las mismas razones, de orden legal, que llevan a excluir las tasas para la remuneración de servicios —constitucionalmente coactivos— prestados en régimen de concurrencia, son las que permiten admitir las tarifas para la retribución de servicios —constitucionalmente coactivos— prestados en régimen de derecho privado.

V. EPILOGO

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 ha vuelto a poner en primera línea el viejo debate sobre la correcta calificación de los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos en régimen de concesión, o en general en régimen de derecho privado. La sentencia citada ha abierto un horizonte de incerteza respecto a la clásica alternativa entre tasas y tarifas, apartándose de la línea jurisprudencial más tradicional. Sin embargo, como hemos tratado de exponer, no creemos que la posición mantenida en la referida sentencia responda a la realidad de nuestra legislación, ni tampoco se ajuste adecuadamente a la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público que en ella se invoca. Por esto, no creemos tampoco que existan razones que obliguen en lo sucesivo a seguir en la senda abierta por la sentencia de noviembre de 2015, sino todo lo contrario, es decir, cabe esperar —y existen motivos suficientes que lo justificarían— que en los pronunciamientos futuros el Tribunal Supremo vuelva a retomar la dirección de los planteamientos que han admitido el juego de las tarifas como forma de retribución de los servicios públicos concesionados o prestados mediante personificaciones jurídico-privadas.

No obstante lo anterior, no podemos desconocer que los cambios de criterio que ha experimentado la jurisprudencia a lo largo del tiempo han venido favorecidos muchas veces por una legislación que no ha sido todo lo clara y precisa que podía esperarse y que hubiera sido conveniente. En este sentido, pues, sería deseable que se introdujeran en nuestro ordenamiento jurídico las necesarias reformas legales —del estilo de las propuestas en las enmiendas a la Ley de Economía Sostenible— que dejaran bien sentada, sin lugar a ninguna duda interpretativa, la exclusión de los ingresos de naturaleza tributaria, en concreto las tasas, de la esfera de los servicios públicos gestionados en régimen de concesión administrativa u otras fórmulas de derecho privado.

Por último, de la misma forma que es erróneo pretender que existe una equiparación absoluta entre tasa y prestación por servicios públicos coactivos, también sería erróneo pensar que la doctrina constitucional relativa a las prestaciones patrimoniales de carácter público no ha tenido ningún impacto sobre los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos concesionados. Se podrá decir, como aquí lo hemos defendido, que tales ingresos no han de tener naturaleza tributaria. Ahora bien, lo que no se puede decir es que dichos ingresos no puedan responder a la noción de prestación coactiva. Por consiguiente, cuando eso suceda así, esos ingresos, sin dejar de ser tarifas, esto es, ingresos de derecho privado, sí deberán sujetarse necesariamente a las exigencias del principio de reserva de ley.

En nuestra opinión, esta última proposición del discurso, ya admitida por la doctrina, es la que falta por reconocerse de manera abierta y explícita en los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia y en la redacción de nuestros textos legales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUALLO AVILÉS, Ángel (1992): *Tasas y precios públicos*, Valladolid, Lex Nova, Valladolid, 1992, 410 pp.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1976): *Las tarifas de los servicios públicos: poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 717 pp.
- ESCUÍN PALOP, Vicente (2012): «Naturaleza de la contraprestación recibida por los gestores indirectos del servicio domiciliario de agua potable», en *Revista de Estudios Locales COSITAL*, núm. 114, pp. 20-33.
- FALCON Y TELLA, Ramón (2011): «¿Tasas o tarifas?: la supresión del párrafo segundo del art. 2.2.a) LGT», en *Quincena Fiscal*, núm. 7, pp. 7-13
- (2016): «La contraprestación del servicio público de abastecimiento de agua: SSTs de 23 y 24 de noviembre de 2015», en *Quincena Fiscal*, núm. 7, pp. 13-20.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2012): «Naturaleza jurídica de la contraprestación en las formas de gestión indirecta de los servicios públicos», en VV.AA., *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*, Fundación Agbar, Barcelona, 337 pp.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, Manuela (1996): «Precios públicos y reserva de ley. Comentario a la sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 243, pp. 1-10.
- GOMAR SÁNCHEZ, Juan Ignacio (2002): «Tasas flexibles en la gestión indirecta de los servicios públicos y/o potestad tarifaria materialmente tributaria», en *Crónica Tributaria*, núm. 103, pp. 59-76.

- GUERRERO MUÑOZ, María Dolores (2012): «La naturaleza de la contraprestación exigida en la prestación del servicio domiciliario de agua potable a debate», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 21, pp. 2441-2451.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael (2011): «Tasas, precios y tarifas. Sobre la disposición final quincuagésima octava de la ley de economía sostenible», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 22, pp. 72-79.
- LÓPEZ GARCÍA, Casimiro (2005): «La contraprestación de los servicios públicos obligatorios por gestión indirecta», en *Tributos Locales*, núm. 54, pp. 9-34.
- LOZANO SERRANO, Carmelo (1998): «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, pp. 25-52.
- MARTÍN MERNÁNDEZ, Francisco Javier (1995): *Tasas y precios públicos en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 297 pp.
- MARTÍN SÁNCHEZ, César (2013): «La irrelevancia tributaria de la forma de gestión del servicio: una refutación de la potestad tarifaria», en *Tributos Locales*, núm. 112, pp. 89-103.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio (2005): «Tasas y precios públicos: algunas consideraciones a la luz de la doctrina constitucional», en VV.AA., *Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma* (Coord. Manuel Medina Guerrero), Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 339-381.
- PAGÈS I GALTÈS, Joan (1999): «Las tarifas de los servicios prestados en régimen de derecho privado. Su consideración como tasas, precios públicos o precios privados», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 252, pp. 359-408.
- (2011): «El régimen jurídico público del servicio como criterio delimitador de las tasas tras la Ley de Economía Sostenible de 2011», en *Tributos Locales*, núm. 100, pp. 67-104.
- PERDIGÓ I SOLÀ, Joan (1996): «Las tarifas de los servicios públicos locales: tasas y precios. Incidencia de la STC 185/1995», en *Autonomies*, núm. 21, pp. 423-458.
- PÉREZ ROYO, Fernando (1979): «Las fuentes del derecho tributario en el nuevo ordenamiento constitucional», VV.AA., *Hacienda y Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 13-49.
- RAMALLO MASSANET, Juan (1996): «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, pp. 237-274.
- TORNOS MAS, Joaquín (2011): «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios. Una figura constitucional y necesaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, pp. 22-29.

- (2009): «Regulación de precios y tarifas», en VV.AA., *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (Dir. Muñoz Machado y Esteve Pardo), Madrid, Iustel, pp. 537-575.
 - (1994): «Potestad tarifaria y política de precios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pp. 77-102.
 - (2007): «Prestaciones patrimoniales públicas y tarifas privadas en la prestación de servicios públicos locales», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 15, pp. 7-20.
- TRIAS PRATS, Bartomeu (2011): *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, Madrid, Iustel, Madrid, 600 pp.
- VILLAR ROJAS, Francisco Javier (2005): «Dictamen sobre el concepto de tasa en la nueva Ley General Tributaria y su eventual impacto en las tarifas por prestación del servicio público municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable», en *Quincena Fiscal*, núm. 10, pp. 37-48.

MULTAS COERCITIVAS A AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS HOSTILES AL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS(*)

LUIS ALFREDO DE DIEGO DíEZ

SUMARIO: I. MEDIDAS INDIRECTAS DE EJECUCIÓN FORZOSA: 1. Medidas coercitivas del artículo 112 de la LJCA. 2. Personalización de la ejecución.– II. PROCEDIMIENTO: 1. Fase psicológica o de compulsión: A) Requerimiento. B) Apercibimiento. C) Audiencia. 2. Fase material o de aplicación de las medidas.– III. LAS MULTAS COERCITIVAS: 1. Ámbito objetivo de aplicación. 2. Naturaleza. A) No es punitiva. B) No es indemnizatoria. 3. Los tiempos: periodicidad y reiteración. 4. Cuantificación. 5. El obligado al pago: A) Las personas físicas que incumplan los requerimientos de ejecución. B) La Administración. C) Los terceros que desoigan la petición de colaboración requerida por el órgano judicial. 6. Recursos. 7. Ejecución forzosa de la multa.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Cuando la Administración no ejecuta voluntariamente el fallo judicial, entra en juego la ejecución forzosa. Y, para lograr la efectividad del fallo, pese a la renuencia, e incluso hostilidad de la Administración condenada, el legislador ha puesto en manos del juez variadas herramientas que le permiten, por un lado, actuar reemplazando a la Administración en las actuaciones que debe realizar en cumplimiento de una sentencia (p. ej., art. 108 de la LJCA). Pero también cuenta con mecanismos de compulsión para forzar que desde la propia Administración se cumpla lo ordenado. Estas últimas son medidas complementarias, indirectas, de ejecución. Entre ellas, constituye un eficaz instrumento la imposición de multas coercitivas a las autoridades y funcionarios que incumplan los mandamientos judiciales de ejecución.

Palabras clave: proceso contencioso-administrativo; ejecución de sentencias; medidas indirectas; multas coercitivas.

ABSTRACT: *When the Administration does not voluntarily execute the judicial decision, forced execution comes into play. And, in order to achieve the effectiveness of the ruling, despite the reluctance and even hostility of the Administration, the legislator has put into the hands of the judge various tools that allow him, on the one hand, to act by replacing the Administration in the actions that must in compliance with a judgment (eg,*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 15 de enero de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 17 de enero de 2017.

article 108 of the LJCA). But it also has mechanisms of compulsion to force that from the Administration itself the order is fulfilled. The latter are supplementary, indirect execution measures. These include an effective instrument for the imposition of coercive fines on authorities and officials who fail to comply with judicial enforcement orders.

Key words: litigation-administrative process; execution of sentences; indirect measures; compulsory fines.

ABREVIATURAS

- art(s). artículo(s).
- art. cit. artículo citado.
 - ATSJ Auto del Tribunal Superior de Justicia.
 - CE Constitución Española.
 - cf. *confer* (latín: «compara»; equivale a «compárese»).
- CGPJ Consejo General del Poder Judicial.
- coord.^o coordinadora.
- disp. disposición.
 - Ed. editorial.
 - ed. edición.
 - fj fundamento jurídico.
- JUR Jurisprudencia disponible en www.westlaw.es (Aranzadi).
- LOCJ Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales (Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo).
 - LEC Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).
- LECRIM Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882).
- LJCA Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).
 - LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio).
 - LOTJ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre).
- LPACAP Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre).
 - LRJS Ley reguladora de la jurisdicción social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).
- núm. número.
- ob. cit. obra citada.
 - p. ej. por ejemplo.
 - p(p). página(s).
 - RJ Repertorio de jurisprudencia (Aranzadi).
- (S)STC Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.
- STS Sentencia(s) del Tribunal Supremo.
- vol. volumen.

I. MEDIDAS INDIRECTAS DE EJECUCIÓN FORZOSA

1. Medidas coercitivas del artículo 112 de la LJCA

Cuando la Administración no ejecuta voluntariamente el fallo judicial entra en juego la ejecución forzosa. Y para lograr la efectividad del fallo, pese a la renuencia, e incluso hostilidad de la Administración condenada, el legislador ha puesto en manos del juez variadas herramientas que le permiten, por un lado, actuar reemplazando a la Administración en las actuaciones que debe realizar en cumplimiento de una sentencia (p. ej., art. 108 de la LJCA). Pero también cuenta con mecanismos de compulsión para forzar que desde la propia Administración se cumpla lo ordenado. Estas últimas son medidas complementarias, indirectas, de ejecución. Concretamente, en el artículo 112, la ley de esta jurisdicción contempla una serie de medidas indirectas para materializar la ejecución de las sentencias:

Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la sala podrán:

a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del juzgado o de la sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48.

b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

Como se ve, ninguna de estas medidas va directamente orientada a modificar o adaptar la realidad fáctica para ajustarla al contenido de la sentencia. Su finalidad es otra: doblegar conductas hostiles o rebeldes al cumplimiento de la sentencia. Se trata de compeler o estimular a las autoridades, funcionarios o agentes de la Administración condenada a fin de que realicen las actuaciones necesarias para materializar el fallo, so pena de sufrir un determinado perjuicio; perjuicio que, para ser eficaz, deberá ser mayor que la ventaja que esperen obtener con el incumplimiento.

En suma, se pretende con estas medidas incentivar el cumplimiento o disuadir del incumplimiento. Por eso estamos ante actuaciones indirectas de ejecución ya que, en último término, el cumplimiento dependerá de si el apercibimiento y, en su caso, la aplicación de la medida, logran reconducir la voluntad rebelde del obligado. Suponen estas medidas una especie de «cláu-

sula de cierre» del sistema de ejecución forzosa que ha sido positivamente valorada por la doctrina (1).

La lista de medidas indirectas para forzar la ejecución de la sentencia no está cerrada en la LJCA. Aunque indica algunas de ellas, deja a la creatividad del titular del órgano judicial la adopción de cualesquiera otras «medidas necesarias para lograr la efectividad de mandado» [expresión también contenida en el artículo 108.1.b) de la misma LJCA], siempre que sean proporcionadas al fin perseguido. Son lo que podríamos llamar medidas innominadas o atípicas.

Lo que sí hace el legislador es indicar sus preferencias en relación con algunas concretas medidas (típicas o nominadas), señalando «singularmente» las multas coercitivas, en primer lugar; y en segundo término, la deducción de particulares a efectos de exigir la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Todo ello sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales. Tales medidas típicas de compulsión tienen aspectos comunes que examinamos seguidamente.

2. Personalización de la ejecución

La ventaja más importante que aporta este tipo de medidas coercitivas es la personalización de la ejecución (2). La voluntad de la Administración pública, en sí misma, no existe (3). Su conducta se conforma y determina mediante la voluntad de las personas físicas que la integran. Por eso, aquí la presión se ejerce directamente sobre el agente, funcionario o autoridad responsable de llevar a efecto el fallo (o de cumplir cualquier otro requerimiento dirigido a su ejecución), haciéndole cargar con las consecuencias (pecuniarias o penales) de la transgresión del orden jurídico que ha provocado (4). Para ello, estos sujetos individuales habrán de ser identificados por la Administración, bien

(1) En concreto, MORILLO-VELARDE PÉREZ (1999: p. 345) considera que es «bueno» que los jueces estén investidos de estos poderes como último recurso frente a situaciones indeseables. Y GONZÁLEZ CUETO (2012: p. 289) califica estas medidas indirectas de «instrumentos esenciales para que el cumplimiento de las sentencias sea real y efectivo». Con anterioridad a la LJCA de 1998, FONT I LLOVET (1985: pp. 118-129) defendía la aplicación de este tipo de medidas, singularmente las multas coercitivas, al socaire del artículo 110, numerales 1 y 2 de la LJCA de 1956, que obligaban al tribunal sentenciador a adoptar cuantas medidas fueran adecuadas y considerase procedentes para el cumplimiento de lo mandado.

(2) Personalización que, en cierto modo, también se da en el artículo 108 de la LJCA cuando, para ejecutar la sentencia, el juez requiere la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada y cuando les encomienda directamente la ejecución a través de la técnica comisarial. Véase MARTÍN DELGADO (2015: p. 185).

(3) PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 225).

(4) «Olvidar el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos es olvidar que el acto administrativo y la norma reglamentaria emanan de una persona física, el funcionario». JOSÉ PARADA VÁZQUEZ (1960: p. 96).

ante el requerimiento de ejecución de la sentencia firme (art. 104.1 de la LJCA) o bien a través de un incidente de ejecución [art. 109.1.a) de la LJCA].

Personalizar la responsabilidad de la ejecución supone una especie de «levantamiento del velo» para que sea el individuo (autoridad, funcionario o agente) responsable de la inexecución del fallo, y no la Administración en sí, quien peche con las medidas de coerción correspondientes. El efecto psicológico que produce, favorable al cumplimiento, es innegable, en tanto en cuanto el responsable tendrá en mente las consecuencias que para su patrimonio o su persona pueden derivarse si no lleva a cabo lo que le exige el fallo (5).

Se estimula así la diligencia y conducta proactiva de los sujetos que integran la Administración, a la hora de ejecutar en su integridad las sentencias. Es lógico inferir que la tasa de incumplimiento será inversamente proporcional a la responsabilización pecuniaria o penal directa; lo que no sucederá, o sucederá en mucha menor medida, si la responsabilización recae sobre ese ente difuso que es la Administración y las consecuencias, a la postre, las pagamos todos (6). Dicho en pocas palabras: cuanto mayor sea la afectación, o amenaza de afectación, a los derechos e intereses del sujeto hostil al cumplimiento, mayor será la probabilidad de que aquél ceda y acabe por cumplir. No es de extrañar que se haya calificado a esta previsión como «uno de los puntales» sobre los que se ha de asentar la eficacia de lo juzgado (7).

Ya en el pasado siglo, HAURIUO advertía que el proceso al acto y las acciones de responsabilidad contra las Administraciones públicas eran una forma de burlar la responsabilidad personal de los políticos y los funcionarios (8). Y refiriéndose a las ventajas de la construcción del «proceso al acto» francés, señalaba que los funcionarios y gobernantes, tranquilizados respecto de las consecuencias desagradables de sus decisiones, en cuanto que es el acto mismo o la persona moral administrativa quienes las soportan, han dejado desarrollarse los procesos contenciosos contra todos sus actos, incluso los más

(5) Cf. MARTÍN DELGADO (2015: pp. 183-184). Decía FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1974: p. 166), que «un solo procesamiento de un funcionario sería bastante para imponer respeto a la cosa juzgada aun sin necesidad de llevarlo hasta el final».

(6) PARADA VÁZQUEZ (1960: p. 97) ya advirtió hace décadas esta idea al escribir que «existe una indudable relación cuantitativa entre los procesos a los actos y los procesos a las personas de quienes los actos emanan. Al aumentar los procesos a aquéllos disminuyen los procesos a éstas, y al contrario, puede afirmarse, que los procesos a las personas, y ello es lógico pues se suprime la causa productora, en cuanto aumentan hacen disminuir la necesidad de los procesos a los actos. El índice de la proporción vendrá dado por el ordenamiento jurídico según las facilidades o los obstáculos que establezca para las acciones contra los actos o contra las personas».

(7) PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 222).

(8) HAURIUO (1933: p. 33).

discrecionales y se han ocultado detrás de sus acciones (9). En ese mismo sentido reflexionaba PARADA (10):

Todos los procesos impresionan, amedrentan, preocupan a quien los padece; en todos menos en el proceso contencioso-administrativo, en que los administradores y autoridades afectados sienten el recurso que se interpone contra sus resoluciones y actividad como algo ajeno, incluso invitan a su interposición para quitarse de en medio a los ciudadanos reclamantes.

La explicación de esa diferente actitud está en que mientras en los procesos civiles, penales o laborales hay alguien que al final responde con su patrimonio o su persona de las consecuencias de la condena, en el proceso contencioso-administrativo el autor del acto que se anula o cuya actividad se reputa dañosa siempre resulta indemne y en su lugar somos condenados los ciudadanos. [...] En cierto modo, pues, los procesos contra la Administración se asemejan a aquellos procesos medievales en que se condenaba a las cosas y a los animales. En la justicia administrativa no se condena al autor del acto, sino al acto mismo, y todo acabaría ahí si no fuera porque al final la condena la soportan terceros inocentes, los ciudadanos, que, al fin y al cabo, pagan con los impuestos las consecuencias del fallo judicial, es decir, las disfunciones que en el obrar administrativo originan las condenas de anulación de actos administrativos y de los daños y perjuicios a que es condenada la Administración.

En fin, el uso de los elementos compulsivos personales debería potenciarse por los órganos judiciales, pero para llevarlos rigurosamente hasta sus últimas consecuencias, no solamente para «amagar y no dar» (11). La confianza del ciudadano en el Estado de Derecho depende, en buena medida, de la credibilidad que merezcan sus jueces a la hora de ejecutar los fallos contra la Administración. Si el juez es pacato y no actúa enérgicamente contra las maniobras hostiles a la ejecución de la sentencia, con todos los instrumentos coercitivos de que dispone, la desconfianza se acrecienta, el Estado de Derecho se resiente y la percepción será que el órgano judicial no ha cumplido con su deber constitucional de ejecutar el fallo sin dilaciones indebidas (12).

(9) Estas ideas se encuentran en el prefacio de la 5.ª edición (1903) de su obra *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Générale*. Puede verse la traducción al español de Juan Antonio SANTAMARÍA PASTOR y Santiago MUÑOZ MACHADO en *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 53.

(10) PARADA VÁZQUEZ (2000: p. 78).

(11) No se trata solo de atender formalmente las solicitudes que los ejecutantes dirigen a los tribunales, haciendo requerimientos uno tras otro sin la menor consecuencia para los responsables de la ejecución, sino de «reaccionar con energía frente al sorprendente silencio de la Administración, expresivo cuando menos de una deliberada pasividad y sin adoptar las medidas que pudieran asegurar el cumplimiento eficaz de los respectivos fallos» (cf. la STC 26/1983, f.º 4).

(12) Puede resultar esclarecedora al respecto la STC 67/1984 (f.º 2): «Cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente

II. PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN

La aplicación de los medios indirectos de ejecución tiene dos partes procedimentales bien diferenciadas: una primera, conminatoria, y otra segunda, de materialización de las medidas.

En la primera se formula el requerimiento judicial —cuya ejecución material corresponde al LAJ—, exigiendo el cumplimiento de lo ordenado junto con la advertencia de sufrir determinados perjuicios en caso contrario. Solo si la compulsión es ineficaz y se incumple el requerimiento, se llega a la segunda fase en la que se materializarán esas consecuencias, concretándose en menoscabos tanto patrimoniales (multas) como personales (responsabilidad penal). En pocas palabras, en la primera fase se amenaza y, si no causa el efecto deseado, en la segunda fase se actúa.

1. Fase psicológica o de compulsión

En esta fase inicial se formula el mandato o requerimiento judicial y se apercebe del menoscabo en caso de incumplimiento. Se trata —en palabras de CHIOVENDA— de una ejecución psicológica, tendente a obrar en el ánimo del obligado por medios meramente morales, para inducirlo a cumplir lo ordenado judicialmente (13). Esta fase cuenta con dos elementos en los que se manifiesta esa coacción psicológica: el requerimiento judicial y el apercebimiento previo. Además será preceptiva la audiencia de las partes antes de adoptar cualquiera de las medidas. Estos trámites son comunes a todos los medios de ejecución indirecta, pudiendo ser uno solo el apercebimiento respecto de dos medidas diferentes.

Como requisito previo, debe estar debidamente identificado el responsable de la inejecución total o parcial de la sentencia, tal y como se infiere de la expresión «acreditada su responsabilidad» (art. 112 de la LJCA) (14).

público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el artículo 118 de la Constitución; cuando tal obstaculización se produzca, el juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las leyes, que han de ser interpretadas de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria —y legalmente posible— para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, que le impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo. Por otra parte, tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas [...], pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas, afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental, de tal forma que debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso».

(13) CHIOVENDA (1922: pp. 276 y 279).

(14) Sobre esta cuestión nos remitimos a lo que se expondrá más adelante, en el apartado titulado «*El obligado al pago*» (III.5).

A) Requerimiento

El requerimiento es un acto emanado del órgano judicial que ordena, conforme a la ley, una conducta o inactividad (art. 149.4 de la LEC). En lo que ahora interesa, el requerimiento de ejecución forzosa de sentencia surge ante la falta de su cumplimiento voluntario por parte de la Administración (15). Consiste en una orden o mandato del juez dirigido al responsable de la ejecución para que, en el plazo indicado, desarrolle una determinada conducta (activa u omisiva) destinada al cumplimiento del fallo. Si bien se mira, este requerimiento otorgando nuevo plazo no deja de ser una segunda oportunidad para el cumplimiento voluntario dentro de una ejecución forzosa; eso sí, con la advertencia de que, si no cumple, se tomarán medidas coercitivas.

Lo requerido puede coincidir con el contenido del título de ejecución o puede tratarse de alguna actuación necesaria para su cumplimiento (por ejemplo, la remoción de algún obstáculo). En cualquier caso, lo que sea objeto del requerimiento judicial debe quedar identificado con toda claridad o, en palabras de la STS (Sala 3.ª, sección 5.ª) de 6 de junio de 1997 (16), «ha de reunir una precisión suficiente para permitir conocer con toda exactitud qué es lo que se espera de él y qué consecuencias derivarían de su incumplimiento».

El requerimiento contiene en sí mismo un mandato del órgano judicial, revestido de autoridad. Como tal, debería ser cumplido sin más, con la consiguiente reacción del ordenamiento jurídico en caso de desobediencia. Lamentablemente este exclusivo elemento de intimación carece de eficacia alguna si no va acompañado de un elemento de compulsión, que es el apercibimiento.

B) Apercibimiento

El artículo 112 de la LJCA, antes de enumerar las medidas coercitivas para forzar el cumplimiento de la sentencia, indica la necesidad del «previo apercibimiento». Apercibir, según el DRAE, implica «hacer saber a la persona citada,

(15) La ley fija plazos para la ejecución voluntaria del fallo (por ejemplo, arts. 104.2, 106.3 y 113.2 de la LJCA), faculta al órgano judicial para que los reduzca (art. 104.3 de la LJCA), e incluso autoriza que sean las propias partes quienes convengan el plazo de ejecución voluntaria cuando lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia (art. 77 y 113.1 de la LJCA). Pero, una vez transcurridos esos plazos, si la Administración no ha cumplido totalmente lo ordenado en el fallo o lo acordado en la transacción del artículo 77, entra en juego la ejecución forzosa, que puede llevarse a cabo por medios directos o indirectos; entre estos últimos se encuentran el requerimiento previo a la imposición de multa coercitiva o a la remisión del testimonio de particulares al fiscal.

(16) Ponente: Excmo. Sr. Enríquez Sancho. Recurso 11929/1991 (RJ 1997\5022), aunque con referencia a requerimientos y apercibimientos previos a la imposición de multas coercitivas en sede administrativa.

emplazada o requerida, las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyas». Pues bien, la primera pregunta que debemos hacernos es en qué momento puede apercibirse al obligado de que el incumplimiento del requerimiento judicial dará lugar a medidas compulsivas en su contra. La LJCA lo único que prevé es que tales medidas se adoptarán «transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo» (art. 112 de la LJCA). Es lógico; antes de tomar ninguna iniciativa de coerción, ya sea directa o indirecta para lograr la efectividad de lo mandado, primero ha de transcurrir el plazo para la ejecución voluntaria.

Pero, una vez que ese plazo ha finalizado, la advertencia, como presión psicológica, de los medios indirectos que pueden ser utilizados, debería incorporarse al mismo requerimiento inicial, despachando o acordando la ejecución forzosa del fallo, en el que se da un nuevo plazo al condenado para que cumpla. Nada lo impide y el artículo 699.II de la LEC, que puede servir de referente (17), lo autoriza expresamente (18).

El apercibimiento —responsabilidad del LAJ— deberá realizarse de forma personal (notificado «personalmente», dice el art. 112 de la LJCA). Es la manera de garantizar que tiene conocimiento cierto de «lo que se juega» si incumple el mandato judicial y que podrá reaccionar haciendo alegaciones. De lo contrario, la imposición de plano de una medida indirecta de ejecución, como es la multa, sin posibilidad de ser oído al respecto, podría generar indefensión.

• Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos). Sentencia núm. 289/2004, de 23 de julio (19):

Cuarto. Se solicita se adopten las medidas de imposición de multa y de deducción del oportuno testimonio de particulares al Juzgado de Instrucción de Villarcayo. Esta solicitud no puede ser estimada por cuanto que no se han realizado los apercibimientos adecuadamente, en la forma establecida en el artículo 112 de la Ley 29/1998. No obstante es preciso indicar que se aprecia una clara, flagrante e intencionada actuación tendente a incumplir la sentencia, por lo que sí es preciso realizar un apercibimiento, notificándoselo personalmente, a la señora Alcaldesa, para que pueda formular alegaciones y, con su resultado, imponer la correspondiente multa y deducir el oportuno testimonio.

En todo caso, si pese a no hacerse personalmente el apercibimiento, el afectado contesta al mismo y hace alegaciones, o muestra de manera inequívoca que ha llegado a conocer tal apercibimiento, debería darse por subsanado el defecto. La finalidad de la notificación personal del apercibimiento

(17) Cf. PÉREZ DEL BLANCO (2003: pp. 223-224).

(18) Artículo 699. *Despacho de la ejecución.* [...] En el requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de premios personales o multas pecuniarias.

(19) Ponente: Ilmo. Sr. Alonso Millán. Recurso 59/2004 (JUR 2004\211005).

es lograr que el mandato judicial sea conocido por el interesado (20) para que, en definitiva, pueda cumplirlo o reaccionar ante el mismo con todas las garantías de defensa. La notificación es un «instrumento capital» del derecho de defensa (21), y, si el derecho de defensa o de audiencia, en este caso, no se ve menoscabado, pierde su razón de ser la exigencia del apercibimiento «personal».

El apercibimiento previo a cada imposición de multa coercitiva (la segunda y posteriores) no será siempre necesario. Dependerá de las circunstancias. Si desde el primer requerimiento se advierte sobre una determinada periodicidad en la imposición de las multas o sobre una concreta progresión en su cuantía, el obligado al cumplimiento tiene ya sobrado conocimiento de las consecuencias a las que se enfrenta. Y, si tiene alguna excusa razonable para justificar el incumplimiento, deberá tomar la iniciativa de expresarla ante el órgano judicial ejecutor para que, en su caso, valore la posibilidad de aumentar el plazo, reducir la multa o incluso dejar sin efecto el apremio económico en atención a la ulterior conducta del requerido y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse (*cf.* art. 589.3.II de la LEC). Todo ello bien puede hacerlo el responsable de la ejecución antes de que transcurra el plazo para la reiteración de la multa o, como muy tarde, reaccionando frente al auto que acuerde su imposición (art. 48.8 de la LJCA).

Otra cosa es que se incremente la suma de la multa o se altere su periodicidad sin previo aviso. En cualquiera de los anteriores casos se debe advertir al infractor, mediante el correspondiente apercibimiento, de esa novación judicial.

C) Audiencia

Siguiendo la literalidad del texto del artículo 112 de la LJCA, antes de adoptar cualquier medida procede la audiencia de las partes. Es decir, si el requerimiento de ejecución se incumple, la Administración ha de tener la oportunidad de explicar cuáles han sido sus razones y la parte ejecutante la oportunidad de replicarlas. La audiencia de las partes es, al fin y al cabo, una exigencia inherente al derecho de defensa al margen de su expresa previsión legal.

Su práctica deberá ubicarse temporalmente con anterioridad a la «materialización» de las medidas coercitivas, pero no necesariamente con carácter

(20) Etimológicamente, el vocablo «notificar» proviene de los términos latinos *notum facere*, es decir, «dar a conocer algo». Puede verse, más ampliamente, DE DIEGO DíEZ (2008: pp. 21 y siguientes).

(21) SSTC 55/2003, 186/2007, 104/2008, 176/2009, 54/2010, 58/2010, 122/2013, entre otras muchas.

previo al requerimiento y apercibimiento de la fase de compulsión. Para respetar el principio de audiencia en la aplicación de los medios indirectos de ejecución, basta con oír a la Administración compelida antes de iniciar la fase material o de ejecución (22). Según lo expuesto, la progresión cronológica de los elementos integradores de esta fase psicológica habría de ser la siguiente: primero, la simultánea formulación del requerimiento y apercibimiento; y, después, eventualmente, en caso de no atender lo ordenado, la posterior audiencia de la Administración incumplidora y de la parte ejecutante.

Este esquema de actuación no es, a mi juicio, el más efectivo. Puede convertirse en un cruce interminable de escritos alegatorios entre el ejecutante y la Administración, que comporta dilaciones evitables y mayor trabajo para el órgano judicial. La experiencia me ha demostrado que, cuando la Administración no ha cumplido voluntariamente el fallo y se insta la ejecución forzosa, es más eficaz señalar una vista oral de ejecución, con citación de ambas partes para ser oídas, a los efectos de determinar qué concretas medidas coercitivas conviene aplicar y, en el mismo acto, escuchar las objeciones de la Administración. Así, en unidad de acto, pueden llevarse a cabo las siguientes actividades:

- a) La audiencia de la parte ejecutante sobre qué concretas medidas insta; no solo las del artículo 112, sino también, por ejemplo, la del interés adicional del artículo 106.3 de la LJCA toda vez que su aplicación requiere igualmente oír al órgano encargado de hacer efectivo el fallo.
- b) La audiencia de la Administración respecto de las dificultades de ejecución y objeciones a las medidas instadas.
- c) Réplica y dúplica de las partes, si el juez lo considera procedente.
- d) Finalmente, el órgano judicial puede acordar en la misma audiencia las medidas o los requerimientos y apercibimientos procedentes, sin perjuicio de que, si fuera preciso reflexionar sobre ello, deje para un momento ulterior su resolución y documentación en el correspondiente auto.

De todos modos, sin necesidad de esperar a que se le dé un trámite de audiencia *ad hoc*, la Administración bien podría explicar los motivos por los que no puede o no ha podido llevar a puro y debido efecto el fallo, durante el plazo de los dos meses (si no se ha fijado otro en sentencia) otorgado para que lo cumpla «voluntariamente» (art. 104 de la LJCA). Antes de que concluya el plazo de cumplimiento voluntario, o incluso inmediatamente después de concluido, tiene la Administración una buena oportunidad para dar respuesta al requerimiento judicial de ejecución y poner de manifiesto cuanto tenga por conveniente sobre las dificultades para llevarlo a cabo. Claro es

(22) Así PÉREZ DEL BIANCO (2003: pp. 232-233).

que, para ello, tendríamos que contar con una Administración colaboradora que actuase de buena fe, no con afán hostil y dilatorio o con desidia y negligencia. Pero lo más probable es que la Administración incumplidora del fallo se limite a guardar el más grosero silencio y a dejar pasar el tiempo a la espera de acontecimientos.

2. Fase material o de aplicación de las medidas

Ante la ineficacia de la presión psicológica del apercibimiento y la falta de justificación suficiente del incumplimiento del mandato judicial de ejecución, se pasa a una segunda fase, consistente en materializar las medidas con las que se ha tratado de doblegar la conducta rebelde del responsable del cumplimiento; a saber: imposición de multas y, en su caso, remisión de particulares al fiscal. Lógicamente esta fase es innecesaria si la persona sobre la que se formuló el requerimiento procede a cumplir lo ordenado.

Su naturaleza, recordémoslo, es complementaria de la ejecución de la sentencia. Es un acto de ejecución indirecto, con la finalidad de lograr la ejecución de la sentencia pero a través de forzar al sujeto responsable a cumplir lo ordenado en el fallo. Los trámites de esta fase son diversos, según cuál sea la medida que se adopte. No es lo mismo imponer y ejecutar una multa coercitiva que remitir testimonio de particulares por posible delito del responsable de la ejecución.

El incumplimiento del mandato judicial, cuando las alegaciones del responsable —de haberlas— no son convincentes, no puede quedar sin la correspondiente aplicación de las medidas que fueron objeto de apercibimiento. De lo contrario, si no se materializa el menoscabo del incumplidor, la efectividad del apercibimiento desaparecería y las normas que integran el sistema legal de ejecución indirecta de sentencias quedarían en papel mojado (23).

Los incumplimientos exigen ejemplaridad y rapidez en su corrección, de manera que la imposición de la multa o la materialización de la medida correspondiente se haga sin dilación, sin más requerimientos y sin ofrecer nuevos plazos injustificados que únicamente provoquen mayores retardos en la ejecución, mayor desconfianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia y una mayor dejación de las autoridades, funcionarios o agentes que acabarán siendo conscientes de que los apercibimientos se quedan en una mera advertencia sin consecuencias. En cambio, una actitud seria y rigurosa del órgano judicial, llevando a cabo la materialización de los apercibimientos, será sumamente pedagógica de cara a que las personas que integran la Admi-

(23) Véase PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 233).

nistración sean generalizadamente proclives a cumplir los mandatos judiciales en vez de soslayarlos (24).

III. LAS MULTAS COERCITIVAS

La primera de las medidas típicas de compulsión indirecta, enumeradas en el artículo 112.a) de la LJCA, es la imposición de multas coercitivas. Es muy frecuente encontrar en el ordenamiento administrativo esta medida de compulsión. Los artículos 100.1.c) y 103 de la Ley 39/2015 (LPACAP) la recogen y regulan entre los medios de ejecución forzosa (25). La jurisdicción social no se queda atrás en su ley reguladora (Ley 36/2011) y a efectos de garantizar la tutela ejecutiva faculta a los órganos judiciales para que impongan «apremios pecuniarios» a las partes y multas coercitivas a terceros que incumplan injustificadamente sus requerimientos de cara a la ejecución del fallo (art. 241.2 y 3 de la LRJS).

Y la LEC, cuya supletoriedad no debemos olvidar, dispone que en el despacho de ejecución conste el apercibimiento de multas coercitivas por incumplimiento (art. 699), y prevé la imposición de multas coercitivas al ejecutado que no responda debidamente al requerimiento sobre manifestación de sus bienes (art. 589.3); a quienes, estando obligados a ello, no presten su colaboración en las actividades de ejecución (art. 591, 2 y 3); al ejecutado o a los terceros que impidan o dificulten el ejercicio de las facultades del administrador de los bienes embargados (art. 676.3); al condenado a un hacer personalísimo, para apremiarle a su cumplimiento (art. 709), o para que deshaga lo mal hecho el que quebrantare la condena a no hacer alguna cosa (art. 710); o al cónyuge o progenitor que incumpla los pronunciamientos sobre medidas en los procesos matrimoniales y de menores (art. 776), entre otros casos.

Hasta la jurisdicción constitucional habilita la imposición de apremios de naturaleza patrimonial, aparte de otros de distinta naturaleza, para hacer cumplir los requerimientos que con carácter general efectúe este órgano en orden a la ejecución de sus sentencias, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado (art. 92.4 de la LOTC) (26).

(24) Así PÉREZ DEL BLANCO (2003: pp. 233-234), para quien «la concreción de los menoscabos ha de ser algo intrínseco e instantáneo al incumplimiento del mandato judicial».

(25) Lo mismo que sucedía anteriormente en los artículos 96.1.c) y 99 de la Ley 30/1992 (LRJPAC). Su utilización se reproduce a lo largo de la legislación sectorial, como sucede, por ejemplo, en los artículos 158.2, 181.4, 182.4, 184.1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002), en el artículo 107.3 de la Ley de Costas (Ley 22/1988) o en el artículo 67 de la Ley de Pesca y Acuicultura de Extremadura (Ley 11/2010).

(26) La reforma operada en la LOTC por la LO 15/2015 habilita al Alto Tribunal para que, si apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, pueda adoptar cuales-

Al margen del proceso de ejecución, también se reconocen las multas coercitivas para hacer cumplir otros requerimientos de los órganos judiciales. La propia LJCA establece esta misma medida frente a la morosidad en la remisión del expediente (art. 48, numerales 7 a 10). Y, en el proceso penal, la LECRIM prevé multas de naturaleza compulsiva, por ejemplo, en los artículos 175.5, 420, 661 y 716, para los testigos y peritos que no comparezcan al llamamiento judicial o se nieguen a declarar; en el artículo 215, para forzar la devolución de los autos por quien los tenga en su poder; y en el artículo 575, para quien se negare a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa. Lo mismo cabe decir de la habilitación al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción para apercibir o imponer multa a aquellas personas, investidas o no de poder público, que no prestaren la necesaria colaboración y diligencia para la tramitación de los conflictos de jurisdicción, previo, en todo caso, el pertinente requerimiento (art. 16.1 de la LOJ).

1. Ámbito objetivo de aplicación

Tradicionalmente, la imposición de las multas coercitivas se ha circunscrito a las ejecuciones *in natura*. Así, el artículo 699 de la LEC dispone que, cuando se trate de condenas «de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero», el tribunal «podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias».

También en el orden contencioso podría decirse que su imposición tiene mayor justificación en la ejecución de condenas no pecuniarias (p. ej., las del art. 108 de la LJCA). Al fin y al cabo, el retraso en el cumplimiento de las condenas al pago de cantidad cuenta con el específico mecanismo coercitivo del devengo de intereses moratorios, incluso incrementados en dos puntos por falta de diligencia (art. 106.2 y 3 de la LJCA) (27).

Pero lo cierto es que las medidas reguladas en el artículo 112 de la Ley Jurisdiccional pueden adoptarse para forzar el cumplimiento de cualquier

quiera de las medidas siguientes: a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado. b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal. c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones. d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

(27) Cf. SENÉS MOTILLA (1998: p. 2258).

sentencia condenatoria, también las pecuniarias, toda vez que la norma no efectúa limitación alguna en cuanto a su ámbito objetivo de aplicación (28). Y su utilidad, a la hora de ejecutar forzosamente condenas al pago de cantidad, está fuera de toda duda (29).

2. Naturaleza

Las multas coercitivas constituyen un mecanismo compulsivo dirigido a la ejecución de la sentencia. Su función es doblegar o vencer la resistencia de quien no cumple espontáneamente sus obligaciones en la ejecución del fallo. Son, por lo tanto, medidas dirigidas a disuadir del incumplimiento o, si se prefiere, a estimular el cumplimiento. No tienen como finalidad sancionar ese incumplimiento ni resarcir los eventuales daños y perjuicios que la demora en la ejecución pueda suponer para el ejecutante. Su naturaleza no es punitiva ni tiene carácter indemnizatorio.

A) No es punitiva

Las multas coercitivas del artículo 112.a) de la LJCA no tienen naturaleza punitiva. Carecen de carácter sancionador o represivo. Ha sido el propio Tribunal Constitucional quien, en relación con las multas coercitivas impuestas por la Administración, ha señalado que con ellas «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita», sino que «consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa» (STC 239/1988, f.º 2). Lo mismo se ha sostenido por la STS (Sala 3.ª, sección 7.ª) de 12 de junio de 2013 (30):

Tercero. [...] la multa coercitiva no tiene significación o contenido sancionador, pues su finalidad es remover los obstáculos que dificulten o impidan la ejecución de

(28) Con referencia específica a las multas coercitivas, señala ORTELLS RAMOS (2005: p. 298) que la LJCA las regula «como medio para la ejecución, cualquiera que sea la clase de prestación impuesta por el título ejecutivo».

(29) No le falta razón a LÓPEZ GIL (2004: p. 251) cuando advierte que, «en muchas ocasiones, es más rápido conseguir la satisfacción plena de una sentencia que condena al pago de una cantidad de dinero líquida, intimando al responsable de la tramitación de la modificación presupuestaria, que iniciando un proceso de ejecución forzosa en el que tendremos que localizar e individualizar aquellos bienes de la Administración que pueden ser objeto de ejecución, siempre y cuando no hayan sido alzados u ocultados».

(30) Ponente: Excmo. Sr. Maurandi Guillén. Recurso 174/2012 (RJ 2013\5616).

las obligaciones administrativas para que éstas se lleven a cabo en los términos que demanda el principio de eficacia que proclama el artículo 103 de la Constitución.

Por lo cual, a dicha multa coercitiva no le son de aplicación las exigencias que rigen en los procedimientos sancionadores y su imposición resulta procedente mientras continúe el incumplimiento o resistencia que pretenda superarse.

Efectivamente, en último término, la multa coercitiva busca que se ejecute una actuación previa, bien sea una resolución administrativa o judicial. De ahí su reiteración en el tiempo hasta que la resolución se cumpla. Así, mientras que el fundamento de la imposición de una sanción en sentido estricto es el reproche por haber vulnerado el ordenamiento jurídico, el fundamento de la multa coercitiva es forzar la voluntad de quien no cumple espontáneamente sus obligaciones. Por eso mismo, el objetivo de la sanción, que cumple una función represiva, se alcanza cuando esta se ejecuta, pero el objetivo de la multa coercitiva no se satisface cuando se paga la multa, sino cuando se ejecuta la resolución incumplida.

Al carecer de finalidad sancionadora, la multa coercitiva (ya sea administrativa o judicial) es independiente y plenamente compatible con las sanciones administrativas (art. 103.2 de la LPACAP) (31), con la exigencia de responsabilidad penal (32) y con su reiteración hasta que se cumpla lo ordenado [art. 112.a) de la LJCA]. Aquí no entra en juego el principio *non bis in idem*. Por esta misma razón —carencia de finalidad represiva— en la imposición de multas coercitivas en sede administrativa no son aplicables los principios de la potestad sancionadora (arts. 25 a 31 de la Ley 40/2015, antes contenidos en los arts. 127 a 133 de la Ley 30/1992), ni las garantías propias del procedimiento sancionador (hoy dispersas a lo largo de la Ley 39/2015, y antes recogidas sistemáticamente en los arts. 134 a 138 de la Ley 30/1992). Y, en sede judicial, no procede la importación de principios penales a la hora de imponer multas coercitivas a quienes incumplen o no colaboran en la ejecución del fallo.

La STC 239/1988, antes citada, confirma que la multa coercitiva no disfruta de las garantías de las medidas sancionadoras:

2. Las citadas infracciones que con base en el artículo 25.1 de la Constitución denuncia el recurrente, están referidas a la potestad sancionadora de la Administración y su análisis resulta innecesario en el presente caso, por faltar el presupuesto sancionador que sirve de base a las exigencias constitucionales del citado precepto. Los postulados del artículo 25.1 de la Constitución no pueden extenderse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo,

(31) Lo mismo en los artículos 107.2 de la LPA/1958 y 99.2 de la LRJPAC/1992.

(32) GÓMEZ-FERRER MORANT (1998: p. 798). Véase también la SAP de Lérida (sección 1.ª) núm. 307/2006, de 14 de septiembre (rec. 102/2006) (ARP 2007\217).

siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica como resulta de las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 69/1983, de 26 de julio, y 96/1988, de 26 de mayo, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador, como es el caso de las multas coercitivas, previstas como medio de ejecución forzosa de los actos administrativos por los artículos 104.c) y 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA).

B) No es indemnizatoria

Por lo demás, las multas coercitivas no tienen carácter compensatorio o resarcitorio del ejecutante. No constituyen un instrumento dirigido al resarcimiento por daños o perjuicios. Dos razones, al menos, apuntan en esta dirección:

1) Su destino es el tesoro público (*cf.* los arts. 711.2, *in fine*, de la LEC y 241.2, último inciso, de la LRJS). Es esta una diferencia sustancial con las llamadas *astreintes*, que se integran en el patrimonio del ejecutante en concepto de indemnización (33).

Abunda en ello que la denominación de «multa» se reserva en nuestro ordenamiento jurídico para una modalidad de ingreso de las Administraciones públicas de naturaleza sancionadora. Así, por ejemplo, el artículo 2.1.g) del Real Decreto Legislativo 2/2004 (Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales), determina que uno de sus recursos lo constituyen las multas; y lo mismo hace, en relación con las comunidades autónomas, el artículo 4.1.h) de la Ley Orgánica 8/1980 de la Financiación de las Comunidades Autónomas.

2) Son compatibles con las responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. El artículo 112 de la LJCA deja a salvo la posibilidad de que, aparte de la multa coercitiva, se exijan «*otras responsabilidades patrimoniales*» a la autoridad, funcionario o agente incumplidor. Queda claro, por tanto, que una cosa es la multa coercitiva, que tiende a estimular el cumplimiento del fallo, y otra bien distinta la responsabilidad civil o patrimonial a que pudieran dar lugar los daños y perjuicios ocasionados al ejecutante por la demora en la ejecución.

3. Los tiempos: periodicidad y reiteración

Respecto a la periodicidad de la multa, el artículo 112 de la Ley Jurisdiccional se remite al artículo 48 del mismo texto legal. El numeral 7 de este último precepto dispone que «la multa será reiterada cada veinte días, hasta

(33) Véase Tomás FONT I LLOVET (1985: pp. 119-120).

el cumplimiento de lo requerido» (34). El automatismo en la reiteración, que se deriva del tenor literal de la norma, debe reservarse solo para aquellos casos en que la actuación requerida sea simple, modulándose cuando lo requerido entrañe alguna dificultad o precise de más tiempo (35).

En efecto, el plazo de los veinte días del artículo 48 de la LJCA está pensado específicamente para forzar la remisión del expediente administrativo, cuyo cumplimiento es sencillo. Ahora bien, cuando se trate del cumplimiento de sentencias, el juez debe adaptar ese plazo a las circunstancias del caso. Puede ampliarlo o reducirlo (36) con arreglo a las mayores o menores dificultades e imprevistos que puedan darse en la ejecución del fallo o a los inevitables trámites administrativos necesarios para llevarlo a efecto.

Obsérvese que la multa se reitera «hasta el cumplimiento de lo requerido» (art. 48.7 de la LJCA). Pero «lo requerido», en determinadas ejecuciones complicadas, no tiene porqué ser directamente el cumplimiento del fallo, sino cada uno de los trámites necesarios para su total ejecución. Así, la frecuencia en la reiteración de la multa coercitiva debería ajustarse al tiempo razonablemente necesario para impulsar cada una de las distintas etapas en que pueda detectarse demora administrativa, hasta llegar a la definitiva ejecución del fallo (37). En suma, las multas se deberán imponer dejando siempre un lapso de tiempo suficiente para que el obligado pueda llevar a cabo las actividades que comporta la ejecución; de lo contrario la multa quedaría desvinculada de su función (38).

Aunque las multas pueden imponerse por lapsos temporales, su duración en el tiempo no tiene fijado un plazo cierto, sino el cumplimiento de lo requerido. En efecto, la reiteración de las multas se impone legalmente hasta «la completa ejecución del fallo judicial» [art. 112.a) de la LJCA]; es decir,

(34) Ya hemos visto que el carácter de medio indirecto de ejecución y la ausencia de naturaleza sancionadora de las multas coercitivas permiten la reiteración de este apremio pecuniario sin vulnerar el *ne bis in idem*.

(35) PÉREZ DEL BLANCO (2003: pp. 242-243). También SENÉS MOTILLA (1998: p. 2259).

(36) Como hizo el TSJ de Andalucía (sede en Sevilla, sección 1.ª) en su auto de 13 de julio de 2010 (rec. 892/2000) (JUR 2010\394104) que acordó imponer multas coercitivas al alcalde de Castilleja de Guzmán «con periodicidad semanal hasta la completa ejecución». En contra se pronuncia PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 242), para quien será el órgano jurisdiccional quien determine discrecionalmente el período de reiteración, «pero siempre teniendo en cuenta que ha de ser mayor de veinte días».

(37) PARICIO RALLO (2012: p. 127) sugiere que «en los supuestos complejos puede que lo más operativo sea requerir a la Administración para que presente un programa y un calendario de ejecución, de forma que, una vez admitidos formalmente tales instrumentos, constituyan la pauta de ejecución de la sentencia, y permitan controlar de cerca el ritmo de las actuaciones, adecuando las multas coercitivas o la presión al cumplimiento de los plazos».

(38) PARICIO RALLO (2012: p. 126).

hasta que la torcida voluntad del sujeto requerido se doblegue y cumpla lo ordenado. Siendo la finalidad de las multas coercitivas forzar el cumplimiento, las mismas deben subsistir sin una previa predeterminación temporal —salvo norma expresa en contrario (por ejemplo, un año en el art. 709.3 LEC)— hasta que el cumplimiento se produzca o sea imposible.

En todo caso, al imponer la tercera multa coercitiva, el órgano jurisdiccional debe poner los hechos en conocimiento del Fiscal para depurar las posibles responsabilidades penales, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas (art. 48.10 de la LJCA). Es una exigencia legal el hacerlo, no una facultad discrecional. De manera que, si con anterioridad no se ha deducido testimonio de particulares al respecto [art. 112.b) de la LJCA], tendrá que hacerse preceptivamente en este momento; eso sí, advirtiendo al rebelde de ello en el requerimiento cuya desatención pueda dar lugar a esta tercera multa coercitiva (art. 48.10, último inciso, de la LJCA). Con todo, la comisión del delito de desobediencia o denegación de auxilio, en su caso, no depende necesariamente de la advertencia o apercibimiento. Al menos así parece entenderlo en algunas de sus sentencias la Sala 2.º del Tribunal Supremo (39).

4. Cuantificación

El importe de la multa coercitiva se sitúa en una horquilla que va desde 150 a 1500 euros. Es el juez quien debe individualizar dicho importe con arreglo a criterios de proporcionalidad y también de eficacia. El apremio pecuniario —no se olvide— debe ser de una cuantía tal que resulte lo suficientemente conminatorio y perjudicial como para lograr doblegar la resistencia a la ejecución. Pero la LJCA obvia cualquier orientación al respecto. Puede servirnos de ayuda lo dispuesto para el procedimiento civil en el artículo 589.3.II de la LEC y para el procedimiento laboral en el artículo 241 de la LRJS. En estos preceptos se toman en consideración, para fijar la cuantía de las multas, aspectos que conviene tener en cuenta en el orden administrativo tales como «la cantidad por la que se haya despachado ejecución», «la resistencia al cumplimiento» y «la capacidad económica del requerido» (40). GONZÁLEZ PÉREZ apunta como

(39) La STS (Sala 2.º) núm. 1493/1997, de 28 de noviembre, trata el apercibimiento como un añadido, no como un requisito imprescindible, que refuerza el dolo del incumplidor (rec. 651/1997) (RJ 1997\8324). Y la STS (Sala 2.º) núm. 1095/2009, de 6 de noviembre (rec. 477/2009) (RJ 2009\7874), exige como presupuestos del delito la «notificación» de la resolución judicial que debe cumplirse e incluso un «requerimiento» para ser acatada, «sin llegar a la necesidad del apercibimiento respecto de la posible comisión del delito».

(40) Así PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 240), PARICIO RALLO (2012: p. 127) y LÓPEZ GIL (2004: p. 251).

estándares para graduar la multa «el rango de la persona responsable» y «la trascendencia de la medida incumplida» (41).

El apremio económico se podrá modificar o dejarse sin efecto en atención a la ulterior conducta del requerido y a las alegaciones que pudiera efectuar para justificarse (arg. ex art. 589.3.II de la LEC).

La cuantía de las multas coercitivas precisa ser actualizada cada cierto tiempo, so pena de perder su eficacia como medida disuasoria del incumplimiento. Por ello la disposición adicional 2.º de la LJCA prevé que las cuantías señaladas en esta ley (todas ellas, no solo las multas coercitivas) podrán actualizarse cada cinco años por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado (42). El hecho de que la actualización no se configure como una obligación, sino como una mera potestad del Gobierno, que puede o no ejercer, supone dejar en manos de la propia Administración la posibilidad de alterar considerablemente la eficacia de uno de los medios de ejecución (43).

Las multas pueden incrementarse progresivamente. La LJCA no lo impide, de manera que al imponer la segunda y sucesivas multas, la cuantía puede ser aumentada para tratar de influir más intensamente en la voluntad del desobediente incumplidor, previo el requerimiento correspondiente (44).

5. El obligado al pago

A) Las personas físicas que incumplan los requerimientos de ejecución

La multa, señala el artículo 112.a) de la Ley Jurisdiccional, se impondrá «a las autoridades, funcionarios o agentes» que incumplan los requerimientos de ejecución del órgano judicial. Algo parecido viene a decir el artículo 48 de la LJCA, al que se remite el artículo 112.a), en referencia a «la autoridad o empleado responsable» de la morosidad en la remisión del expediente completo. La interpretación sobre quiénes son los destinatarios de los requerimientos

(41) GONZÁLEZ PÉREZ (2016: pp. 1047-1048).

(42) Desde que la LJCA entró en vigor en 1998 hasta la actualidad la cuantía de las multas coercitivas no ha sufrido alteración sustancial alguna. En su redacción original, las multas coercitivas del artículo 112 abarcaban una horquilla de 25.000 a 250.000 pesetas; cinco años después, en el año 2003, sencillamente se convirtieron en euros, sin actualizarse, quedando fijadas de 150,25 a 1502,53 euros (Ley 62/2003, de 30 de diciembre). Y a partir del año 2010 esas cifras se redondearon a la baja, de 150 a 1500 euros (Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

(43) Muy crítico al respecto se muestra PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 240).

(44) Cf. GONZÁLEZ CUETO (2012: p. 294).

de ejecución y, por tanto, de las eventuales multas coercitivas, debe hacerse con amplitud: cualquier autoridad o empleado público, incluido el personal laboral y quienes sean concesionarios de la Administración (45). Son ellos quienes responderán con su propio patrimonio del pago de la multa por la vía judicial de apremio (art. 48.9 de la LJCA), incrementando así su efectividad.

Como presupuesto se exige un concreto requerimiento a la autoridad, funcionario o agente para que realice una determinada actividad y, el apercibimiento previo de que, de no llevarla a cabo, se le impondrá la multa coercitiva.

Para ello es necesario individualizar la persona física incumplidora. Varios pasajes de la LJCA se refieren a la identificación del «órgano» responsable de ejecutar el fallo o de cumplir los requerimientos judiciales dirigidos a la ejecución del mismo. Así, al notificar la sentencia, el LAJ debe requerir a la Administración para que ejecute el fallo e «identifique el órgano responsable del cumplimiento de aquél» (art. 104.1). En el artículo 106.1 y 3 se insiste en la concreción del órgano que debe cumplir la sentencia. Y el artículo 109.1.a), al enumerar las cuestiones sobre las que puede promoverse un incidente en ejecución de sentencia, menciona precisamente la relativa al «órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones»; cuestión que, si se plantea, el juez habrá de resolver (46).

Sin embargo, la sola identificación del «órgano» puede resultar insuficiente o, mejor dicho, poco práctica a estos efectos. A quien se ha de identificar es a la autoridad, funcionario o agente responsable del cumplimiento de la ejecutoria, pues son estos los sujetos a quienes se refiere el artículo 112.a) de la LJCA. Solo así será eficaz el apercibimiento y, en su caso, la imposición de multa coercitiva; y no solo por la cuantía que pudiera alcanzar mediante su

(45) Así ALBAR GARCÍA y otros (2006: pp. 259-260). Lo comparte GONZÁLEZ CUETO (2012: p. 293), quien sostiene que la referencia a «autoridades, funcionarios y agentes» viene a incluir a todos los que mantienen una relación de servicios con la administración demandada, con independencia de su naturaleza funcional, laboral o meramente política.

La expresión «agente» de la Administración, advierte XIOL RÍOS (1999: p. 292), permite entender comprendidos dentro de la condición de sujetos pasivos potenciales de esta medida a las personas físicas que mediante contrato laboral o administrativo u otra relación de esta naturaleza, como la concesión o la titularidad del beneficio de la expropiación forzosa, desempeñan funciones administrativas, pero no a los particulares que actúan a favor o por cuenta de la Administración en virtud de una relación de carácter privado.

(46) Toda vez que el órgano de quien emana la actuación impugnada fue identificado ya al inicio del proceso, estas prevenciones legales tienen razón de ser siempre que el órgano con quien haya de entenderse la ejecución sea otro distinto. En efecto, la maraña en que se convierten algunas administraciones, compuestas de un complejo entramado de órganos y personas implicadas en la ejecución a través de sucesivas fases; órganos que, además, para mayor confusión, cambian de nombre y de dependencia jerárquica, provoca que, en no pocas ocasiones, el órgano del que procedía la resolución impugnada no sea el mismo que deba desarrollar la actividad de ejecución.

reiteración, sino también por el «coste político» que conlleva para las autoridades incumplidoras (47).

Hubiera sido deseable que la LJCA, en los artículos 104.1 y 109.1.a), exigiese la concreción del sujeto responsable de la materialización del fallo, a fin de poder dirigir directamente contra él las medidas de coerción (48), primero el requerimiento acompañado de apercibimiento y después la multa. Para ello hubiera bastado utilizar la terminología del actual artículo 20.1 de la LPACAP (antes el art. 41.1 de la LRJPAC) cuando, a propósito de la responsabilidad en la tramitación, señala a «los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos». Precisamente estos sujetos, según el mismo artículo 20.1 de la LPACAP (art. 41.1 de la LRJPAC) «serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos». En cualquier caso, estas determinaciones para individualizar al sujeto responsable de la tramitación de un expediente administrativo son aplicables en sede judicial (49).

Es, por tanto, conveniente y recomendable que desde el primer momento, ya al notificar la sentencia, el órgano judicial exija la identificación no solo del «órgano» sino, sobre todo, de su «titular» (50) o, en su caso, de la persona física a quien corresponda materializar el fallo. No contiene la misma presión psicológica dirigir un requerimiento y su correspondiente apercibimiento «al titular del órgano» que a «fulano de tal» (perfectamente identificado con su nombre y dos apellidos).

En todo caso, para individualizar la «persona» titular del órgano o con capacidad de decisión dentro del mismo, el juzgado o tribunal puede dirigirse, por ejemplo, a quien hubiera dictado la resolución impugnada (cuya identidad aparecerá en su firma manuscrita o electrónica) y requerirle, bajo apercibimiento de multa coercitiva a pagar de su propio peculio, para que identifique

(47) Véase Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (1998: pp. 797-798), donde añade que «desde una perspectiva política, de no adoptarse medidas de este tipo, puede serles más «rentable» dedicar recursos públicos a la consecución de nuevos fines que a «pagar» el resultado negativo de la gestión de sus predecesores, que pueden haber sido, además, de distinto signo político».

(48) Cf. Joaquín TORNOS MAS (1998: p. 728); también Tomás FONT I LLOVET (2003: p. 840).

(49) ESCUDERO HERRERA (2005: p. 1819).

(50) No lo considera necesario REQUERO IBÁÑEZ, (2005: p. 36) para quien, «en todo caso, identificado el órgano administrativo, queda identificado su titular, así como los funcionarios que deben responsabilizarse de la ejecución, lo que tiene alcance a los efectos del artículo 112».

por su nombre y apellidos a la autoridad, funcionario o agente que concretamente tiene la responsabilidad de ejecutar el fallo. Podría, incluso, exigirle la identificación de quienes tienen la responsabilidad de impulsar cada trámite administrativo todavía pendiente hasta lograr la íntegra ejecución del fallo.

En estos supuestos, el apercibimiento y la eventual imposición de la multa coercitiva no se habrá utilizado como mecanismo indirecto para vencer la resistencia a ejecutar la sentencia, sino como instrumento accesorio de otro trámite de la ejecución (51); concretamente para doblegar el empecinamiento de algunos sujetos en ocultar la identificación de los responsables de la ejecución, es decir, para forzar la obligada colaboración de todos con los jueces y tribunales en el cumplimiento de sus resoluciones, a que más adelante nos referiremos.

B) La Administración

Solo si fuere «imposible» tal individualización personal (lo que parece hartamente difícil si el órgano judicial no se duerme en los laureles y ejercita todo su poder coercitivo al respecto), la Administración ejecutada será la responsable del pago de la multa sin perjuicio de que se repercuta contra el responsable (art. 48.7.º II de la LJCA). Ahora bien, una multa coercitiva pagada por la Administración —lo que es tanto como pagarla los administrados— no es precisamente alentadora del cumplimiento del fallo.

Lamentablemente, a las autoridades, funcionarios o agentes poco les afecta si el pago de la multa coercitiva sale de las arcas públicas (52); máxime cuando es una quimera que se repercuta después contra el responsable (53). Lo que realmente le duele al incumplidor es «su propio bolsillo»; y la experiencia demuestra que cuando el apercibimiento sobre el pago de multa coercitiva se dirige personalmente frente a una determinada autoridad, funcionario o empleado público, con su nombre y apellidos, el engranaje de la Administración parece engrasarse milagrosamente y todo fluye con una inusitada rapidez, incluso cuando anteriormente «se había mareado la perdiz» (dicho en términos coloquiales) y se habían puesto todas las pegats

(51) Cf. PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 225).

(52) «El dinero público no es de nadie», Carmen Calvo *dixit*. La autora de esta frase lapidaria y pensamiento profundo fue nada menos que ministra de Cultura en uno de los gobiernos del expresidente Zapatero. Puede verse esta gran aportación al mundo del conocimiento en una entrevista concedida al diario ABC, publicada el 29 de mayo de 2004.

(53) «Todos conocemos precisamente —indica GONZÁLEZ CUETO (2012: p. 294)—, cuál es la actitud general de pasividad de la administración a la hora de repetir contra sus autoridades, funcionarios o agentes».

del mundo para evitar o dilatar el cumplimiento del fallo. Y es que, el dinero propio duele; el ajeno no (54).

No debe olvidarse, como bien señala GONZÁLEZ CUETO, que «se trata de medidas con un gran impacto psicológico —y material— en las personas físicas afectadas» (55). Por eso, si es la Administración pública la que termina asumiendo el menoscabo económico que implica la imposición de la multa, no se producirá impacto psicológico alguno sobre la voluntad de los sujetos rebeldes a la orden judicial de ejecución, de manera que la eficacia de la medida se restringiría notablemente e, incluso, desaparecería por completo (56). Y es que, como lapidariamente advierte LÓPEZ GIL, «la efectividad de las multas coercitivas depende, en gran medida, de que el sujeto pasivo de las mismas sea una persona física» (57).

Todo lo anteriormente expuesto exige, como mínimo, una interpretación muy restrictiva de la aplicación supletoria del artículo 48.7.II de la LJCA, en el particular relativo a que sea la Administración quien finalmente pague la multa si resulta «imposible» identificar individualizadamente al responsable (58).

C) Los terceros que desoigan la petición de colaboración requerida por el órgano judicial

Las multas coercitivas no solo son un mecanismo apto para forzar la voluntad de quienes se resistan a la ejecución; su uso es asimismo aplicable extensivamente a todo aquel que, en general, no colabore en la ejecución del fallo requerida por el órgano judicial (59); es decir, también pueden imponerse multas coercitivas a terceros ajenos al proceso que incumplan los requerimientos referidos a actuaciones instrumentales de la ejecución.

En efecto, salvo las excepciones establecidas por la Constitución y las leyes, «todas las personas y entidades públicas y privadas» están obligadas a

(54) Esta misma idea la comparten ALBAR GARCÍA y otros (2006: p. 259). Para estos autores «resulta claro que la multa cumplirá mejor con su finalidad impulsora de la ejecución de la sentencia si se impone a las autoridades o agentes de la Administración y no a la propia Administración».

(55) GONZÁLEZ CUETO (2012: p. 291).

(56) PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 238).

(57) LÓPEZ GIL (2004: p. 250).

(58) GONZÁLEZ CUETO (2012: pp. 293-294) va más allá y niega que las multas coercitivas del artículo 112.a) de la LJCA puedan serle impuestas a la propia Administración condenada, a pesar de la expresa remisión que aquel precepto hace al artículo 48 de la LJCA. Estima que «la remisión al artículo 48 de la LJCA no puede operar en este punto, pues se perdería la finalidad misma de coacción propia de estas multas coercitivas». En la misma línea se pronuncia PÉREZ DEL BLANCO (2003: p. 238).

(59) LÓPEZ GIL (2004: p. 250).

prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto (arts. 118 de la CE y 17.1 de la LOPJ). El incumplimiento de esa obligación trae como consecuencia, entre otras medidas, la imposición de multas coercitivas. Así lo establece el artículo 591.2 de las LEC, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional (art. 4 de la LEC y disp. final 1.º de la LJCA).

Un ejemplo de utilización de las multas coercitivas para forzar la colaboración de terceros en la ejecución lo encontramos en el ATSJ de Andalucía (sede en Sevilla, sección 1.ª) de 13 de julio de 2010 (60). El tribunal andaluz acordó requerir al alcalde del Ayuntamiento de Castilleja de Guzmán para que ejecutase de una vez por todas, en el plazo máximo de un mes, una sentencia de condena a pagar una cantidad de dinero, apercibiéndole con la imposición de multas coercitivas semanales (cuya cuantía no concretó). Para asegurarse de que el auto (que contenía el requerimiento y apercibimiento) llegaba personalmente al alcalde, encomendó su notificación al secretario del ayuntamiento, bajo su responsabilidad personal y directa, «en la misma fecha de su recepción, dejando debida constancia, de todo lo cual dará cuenta, inmediata, a este tribunal». Y, como compulsión al secretario del ayuntamiento para que cumpliera lo ordenado por el tribunal, le apercibió igualmente de imposición de multas coercitivas sobre su patrimonio personal.

6. Recursos

Es necesario acudir al artículo 48.8 de la Ley Jurisdiccional. Contra los autos en los que se acuerde la imposición de multas coercitivas podrá interponerse recurso de reposición en los términos previstos en el artículo 79 de la LJCA (61). Queda así patente el carácter jurisdiccional de la resolución que impone una multa coercitiva —y no el gubernativo de la originaria LJCA—, lo cual resulta coherente al tratarse de un acto compulsivo vinculado a la ejecución de la sentencia (62).

Naturalmente, si el auto que impone la multa coercitiva resuelve también aspectos controvertidos de la ejecución de la sentencia, los recursos serán diferentes para cada uno de esos contenidos. Frente a la multa solo cabe reposición, pero contra los otros pronunciamientos el recurso procedente es la

(60) Ponente: Ilmo. Sr. Gutiérrez del Manzano. Recurso 892/2000 (JUR 2010\394104).

(61) La redacción originaria del artículo 48.8 de la LJCA no establecía recurso jurisdiccional alguno frente a las multas coercitivas. Tan solo permitía «ser oído en justicia», en el plazo de los tres días siguientes al de la notificación de la multa, mediante escrito presentado, sin necesidad de procurador o abogado, ante el juez o tribunal que la hubiera impuesto. La audiencia era resuelta mediante auto contra el que no cabía recurso alguno.

(62) Así GONZÁLEZ CUETO (2012: p. 293); y ALBAR GARCÍA y otros (2006: p. 260).

apelación, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia dictada en primera instancia, no en única instancia [art. 80.1.b) de la LJCA]; o la casación, en los casos previstos por el artículo 87.1.c) de la LJCA, previa interposición de la correspondiente reposición (art. 87.2 de la LJCA).

STSJ de Cantabria núm. 839/2004, de 2 de diciembre (63):

Cuarto. [...] Declaramos entonces admisible el recurso de apelación por considerar que, de acuerdo con el artículo 80.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, son apelables los autos «recaídos en ejecución de sentencia» y entre los de esta clase debía tenerse el auto impugnado toda vez que decidía no sólo sobre la procedencia de la multa coercitiva impuesta, sino sobre la prosecución de la ejecución y la pérdida de objeto de ésta. Por consiguiente, el auto era recurrible en apelación y el juzgador no debió hacer en él indicación de que contra el mismo no cabía recurso alguno.

7. Ejecución forzosa de la multa

Una vez firme la imposición de la multa coercitiva, si no se satisface voluntariamente, se hará efectiva por vía judicial de apremio (art. 48.9 de la LJCA). Pese a que las multas coercitivas constituyen un ingreso de derecho público, destinado como tal al tesoro público (expresamente en este sentido los arts. 711.2, *in fine*, de la LEC y 239.2 de la LRJS), su determinación y recaudación ejecutiva, cuando se trata multas instrumentales de procesos judiciales, no se realiza por las Administraciones públicas, sino por el tribunal que conoce del proceso.

Para la exacción de la multa es conveniente abrir pieza separada, iniciando un procedimiento de ejecución autónomo e independiente del principal, que tendrá como sujeto pasivo a la persona multada y como título ejecutivo la resolución que impuso el apremio. Se logra así que no se entorpezcan y se mezclen confusamente las actuaciones dirigidas a ejecutar el fallo y a ejecutar la multa, cuyos títulos ejecutivos son bien distintos como distintos también lo son los sujetos ejecutados.

El tratamiento procesal será el de ejecución de una condena al pago de cantidad, pero no por las normas de ejecución de la LJCA, construidas frente a las Administraciones públicas (salvo, claro está, que la multa le haya sido impuesta precisamente a la propia Administración), sino por las de la LEC (64). En este caso, la autoridad, funcionario o agente responderá del pago de la multa con sus bienes particulares con arreglo a lo dispuesto en los artículos 571 y siguientes de la LEC («*De la ejecución dineraria*»). Esto es: embargo de

(63) Ponente: Ilmo. Sr. Gómez Puente. Recurso 146/2004 (JUR 2005\14889).

(64) Así PÉREZ DEL BIANCO (2003: p. 253).

bienes que se encuentren en el patrimonio del multado y realización forzosa de los mismos conforme al procedimiento de apremio previsto en los artículos 634 a 680 de la LEC.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBAR GARCÍA, Javier y otros (2006): «La ejecución provisional, imposible y subsidiaria en el orden contencioso administrativo», en *Ejecución de sentencias, procedimiento y garantías*, vol. I, Madrid, CGPJ/Fundación Wellington.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. a la 3.ª ed. italiana por José Casáis y Santaló, tomo I, Madrid, Ed. Reus.
- DE DIEGO DÍEZ, L. Alfredo (2008): *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Barcelona, Bosch.
- (2017): *¡SOS: Administración hostil! Cómo actuar*, La Coruña, Colex.
- ESCUADERO HERRERA, María Concepción (2005): «Medidas indirectas para la efectividad de la sentencia en el proceso contencioso-administrativo», en *Revista Jurídica La Ley*, vol. 2, D-89, pp. 1819-1824.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1974): «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 73, pp. 151-177.
- FONT I LLOVET Tomás (1985): *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Cuadernos Civitas.
- (2003): «Justicia administrativa y ejecución de sentencias», en *La justicia administrativa (Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta)*, María Jesús Montoro Chiner (coord.ª), Barcelona, Atelier, págs. 819-842.
- GONZÁLEZ CUETO, Tomás (2012): «La ejecución de sentencias de condena a la Administración a realizar una actividad o a dictar un acto», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26 (monográfico sobre el «Control judicial de las Administraciones públicas»), pp. 259-305.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2016): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 8.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (1998): «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998» (artículo 112), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100 (extraordinario), pp. 795-799.
- HAURIU, Maurice (1903): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, 5.ª ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts.

- LÓPEZ GIL, Milagros (2004): *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2005): *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1999): «La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, pp. 325-350.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2005): *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Las Rozas (Madrid), La Ley.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1960): «La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 31, pp. 95-149.
- (2000): «Justicia Administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, pp. 71-90.
- PARICIO RALLO, Eduardo (2012): «La insolvencia de la Administración. Ejecución judicial de deudas públicas», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 30, pp. 119-133.
- PÉREZ DEL BLANCO, Gilberto (2003): *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, León, Del Blanco Editores.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis (2005): «Ejecución de sentencias en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 8, pp. 33-49.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Antonio, y MUÑOZ MACHADO, Santiago (1976): *Obra escogida*, traducción de los prefacios o introducciones de las distintas ediciones de la obra de Maurice HAURIUO *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.
- SENÉS MOTILLA, Carmen (1998): «La ejecución de sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Revista Jurídica La Ley*, vol. 6, D-323, pp. 2256-2265.
- TORNOS MAS, Joaquín (1998): «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998» (artículo 104), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100 (extraordinario), pp. 726-730.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio (1999): *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, con Pascual Sala Sánchez y Rafael Fernández Montalvo, tomo VII, Barcelona, Bosch.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PRIVATIZACIÓN AEROPORTUARIA EN LA EXPERIENCIA FRANCESA (*)

M^o MERCEDES CUYÁS

SUMARIO: I INTRODUCCIÓN.– II. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN FRANCIA: 1 El Libro Blanco. 2. La reforma legal: A) La Ley n^o 2004-809, de 13 de agosto de 2004. B) La Ley n^o 2005-357, de 20 de abril.– III. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LOS TRES MODELOS DE GESTIÓN AEROPORTUARIA EN FRANCIA: 1. Aeropuertos de trascendencia local o regional. 2 Los grandes aeropuertos regionales: pasos hacia la privatización. 3. Aeropuertos de París (ADP).– IV. LOS BIENES AFECTOS AL SERVICIO AEROPORTUARIO. PROBLEMAS QUE HA PLANTEADO LA PRIVATIZACIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN AEROPORTUARIA EN FRANCIA: LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS. SU DESAFECTACIÓN Y SU PRIVATIZACIÓN AFECTADA A LA UTILIDAD PÚBLICA.– V. LAS PRIVATIZACIONES DE TOULOUSE, NIZA Y LYON. LA LEY MACRON: 1 La privatización del aeropuerto de Toulouse-Blagnac. 2 La privatización de los aeropuertos de Niza y Lyon. La Ley Macron.– VI. REFLEXIONES CRÍTICAS.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Francia aprobó en el año 2004 y 2005 sus dos leyes fundamentales que le permitirían la profunda transformación de su modelo aeroportuario. Diez años más tarde la reforma continúa con las primeras privatizaciones de las sociedades concesionarias de los aeropuertos regionales de Toulouse, Niza y Lyon. La medida, que responde a las previsiones de las leyes antes señaladas, se está demostrando polémica y deja al descubierto problemas jurídicos que merecen una profunda reflexión sobre el modelo de privatización.

Palabras clave: aeropuertos; privatización sociedades concesionarias; gestión aeroportuaria; dominio público; afectación al servicio aeroportuario.

ABSTRACT: In 2004 and 2005 France enacted two fundamental laws that would allow deep transformation of their airport model. Ten years later the reform continues with the privatizations of airports concessionaries companies in Toulouse, Nice and Lyon. The measure, which responds to the provisions of the aforementioned laws, is proving controversial and exposes legal problems that deserve a deep reflection on the privatization model.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de octubre de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 8 de marzo de 2017.

Key words: airports; privatization concession companies; airport management; public domain; affectation to airport service

I. INTRODUCCIÓN

Francia fue prácticamente el último país de nuestro entorno europeo en abordar la transformación de su sistema aeroportuario. Por detrás de ella España, tomando buena nota de su experiencia —no cabe duda que el modelo galo nos resultó cercano tanto por razones territoriales como temporales— abordó su propia transformación exigida, no sólo por la necesidad de acomodar nuestro marco normativo a las normas comunitarias, sino también a las muchas y profundas transformaciones habidas en la aviación civil y el mercado del turismo a él tan ligado.

En este último año Francia, al abrigo de la Ley Mortier, ha dado un paso más en la profundización de su transformación vendiendo las acciones que el Estado tenía en las empresas propietarias de los Aeropuertos de Toulouse, Niza y Lyon, y las dudas nuevamente han saltado a las primeras páginas de opinión ¿necesidad presupuestaria o conveniencia? ¿hacia dónde caminan las infraestructuras galas? (1).

II. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN FRANCIA.

Francia abordó la transformación de su sistema de gestión aeroportuaria mediante la promulgación de dos leyes prácticamente sucesivas en el tiempo, la Ley 2004-809, de 13 de agosto, sobre Libertades y Responsabilidades Locales, y la Ley 2005-357, de 20 de abril, sobre Aeropuertos (2).

Con anterioridad el sistema de gestión aeroportuaria, con pequeñas reformas sin trascendencia, no había variado desde finales de la 2ª Guerra Mundial.

La importancia estratégica de los aeropuertos no pasó desapercibida para los poderes públicos vecinos. Los entes territoriales (*collectivités territoriales*) y

(1) El mercado europeo del transporte aéreo ha sufrido una evolución muy importante en el nuevo contexto de la liberalización. La visión de los aeropuertos como infraestructuras básicas pero al mismo tiempo como centros de negocios, dificultan la búsqueda del equilibrio. En este sentido puede consultarse FERNÁNDEZ TORRES, I (2008: pp.259). Resulta igualmente interesante el análisis de CALATAYUD PRATS, I (2014: pp. 8 y ss.) y sus comentarios sobre la Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008 sobre las medidas otorgadas por Alemania a DHL y el aeropuerto de Leipzig/Halle. C 48/06 (ex N 227/06) que reflejan la tensión entre las nuevas y las antiguas funciones de los aeropuertos.

(2) Resulta muy interesante el análisis que lleva a cabo BEYRÉ, P. (2007-2008: *in totum*).

las cámaras de comercio e industria (en adelante, CCI), conscientes de que los aeropuertos podían convertirse en un instrumento útil para la estructuración territorial, se involucraron en el sistema sosteniendo su propio desarrollo, bien formando parte del capital de compañías aéreas como Air France o Air Inter, bien creando sus propias compañías regionales, como Brit Air, Air Alsace o Airalpes o bien, finalmente, limitándose a la gestión de la plataforma.

Jurídicamente el proceso se articulaba a través de la propiedad e intervención máxima estatal. El Estado era el propietario de las plataformas y procedía a repartir su gestión mediante concesiones administrativas (3) entre las CCI, las cuales ostentaban un monopolio de hecho sobre las concesiones aeroportuarias.

Los aeropuertos de París —igualmente de propiedad estatal— se aglutinaron bajo un establecimiento público estatal, Aeropuertos de París (ADP), cuyo estatuto databa de 1945. ADP se encargaba de gestionar de forma directa, entre otras plataformas y helipuertos menores, los aeropuertos de Rossy-Charles de Gaulle, París-Orly y París-Le Bourget.

Este modelo, que funcionó pacíficamente desde finales de la 2^a Guerra Mundial hasta el año 2004-2005 (4), entró en crisis por muchas y muy variadas razones. Las más importantes: la falta de competencia a la ahora de atribuir las concesiones, el propio desarrollo del sector aéreo que, recordemos, en la década de los 90 había sufrido una transformación sobresaliente, y la total descoordinación entre el derecho francés y la realidad en materia de explotación aeroportuaria. El mundo había cambiado, los aeropuertos habían cambiado, los aviones habían cambiado, las necesidades, los usuarios, el mercado había cambiado, y el derecho aeroportuario francés seguía anclado en la Francia de 1945.

También el derecho comunitario tuvo su peso en la necesidad de la transformación, como ha ocurrido así mismo en España años más tarde (5).

El principio de separación entre la gestión y la regulación no se cumplía. En el asunto *TELAUSTRIA VERLAGS* (asunto 324/98) el TJCE impuso ciertas formas y obligaciones de publicidad y concurrencia para las concesiones de servicios que hicieron insostenible la excepción contenida en el art. 41 de la

(3) Se trataba de una delegación de servicio público (DSP) de tipo concesional. La definición legal de DSP se halla en la Ley MURCEF de 2001 y se codificó en el art. 1411-1 del *Code General des Collectivités Territoriales*. La definición de contrato de concesión resulta de las conclusiones *Chardonnet* al *Asunto del Consejo de Estado Compañía de iluminación de Burdeos*, de 30 de marzo de 1916.

(4) A comienzos del año 2000, alrededor del 64% de los aeropuertos franceses estaban bajo la gestión de las CCI, un 10% bajo ADP y el resto en manos de sindicatos mixtos, sociedades de economía mixta y otras modalidades.

(5) Puede consultarse *MOULIN, Bénédicte* (1998), *Eléments pour une prospective du transport aérien européen*, Rapport final, Laboratoire d'Economie des Transports, DATAR, Lyon.

Ley Sapin (ley n° 93-112, de 29 de enero, sobre concurrencia y transparencia en la vida pública) dirigida a excepcionar las concesiones otorgadas a las CCI de tales requisitos, hábilmente prevista por Francia en la negociación de la Directiva de Servicios 92/50/CEE, de 18 de junio. Continuó el TJCE, lanzado serias advertencias. Así, en el asunto T-128/98 (sentencia de 12 de diciembre de 2000) *Aéroports de París* contra Comisión, el Tribunal fallaba que las actividades de gestión y explotación de aeropuertos constituyen actividades económicas (incluidas la prestación de servicios aeroportuarios). Posteriormente en el asunto *Aéroports de París* c-82/01, el tribunal declaró que la gestión de los aeropuertos debía ser analizada como una actividad plenamente económica. En los asuntos *Ferring* 53/00, resuelto mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 2001, y asunto *Altmark* trans c-280/00, resuelto por sentencia de fecha 24 de julio de 2003, prohibió de forma expresa las subvenciones o ayudas públicas, salvo que se compensasen con cargas del servicio público.

Finalmente fue la Comisión quien en su Decisión n° 2005/145/CEE, de 16 de diciembre, en relación a las ayudas del Estado a EDF y el sector de las eléctricas, declaró de forma abierta deficiencias del establecimiento público en cuanto a las reglas de concurrencia.

1. El Libro Blanco

Objetivamente podemos afirmar que el modelo de gestión francés devino anticuado, si tomamos en consideración el elemento comparativo, alrededor del año 2.000. Otros países vecinos, todos ellos directos competidores de Francia, habían implantado en esos momentos, o estaban en vías de implementar, otros modelos más flexibles, más abiertos, más modernos, en una palabra, más competitivos (6).

Las primeras en reconocer y afrontar el problema fueron las propias CCI, de ahí que se impusiesen la ardua labor de analizar con profundidad el momento que vivían las infraestructuras aeroportuarias dentro y fuera de su país, los distintos sistemas implantados y los resultados efectivos en cuanto a gestión y competitividad. La investigación culminó en el llamado «Libro Blanco de los grandes aeropuertos regionales Franceses» (*«Le livre Blanc des grands aéroports régionaux français»* (7), en adelante el Libro Blanco) el cual sirvió de verdadera base e inspiración para la reforma legislativa.

(6) Resultan muy interesantes en este análisis las aportaciones de GUEUSQUIN, Hervé, (2005) *La concurrence économique dans le transport aérien*, Maîtrise Relations Internationales Langues et Affaires, Université Paris XIII Villetaneuse, Paris,

(7) El Libro Blanco es el resultado de 3 años de trabajo realizado por los miembros del Comité de Acciones para la implantación de las Sociedades Aeroportuarias (*Actions pour la Mise en Place de la Sociétés Aeroportuaires*) presidida en sus orígenes por PERUGINI de la

El Libro Blanco empieza realizando un análisis de la situación actual de los aeropuertos franceses y, como no podía ser de otra forma, concluye la necesidad urgente de su transformación.

Constata, por un lado, la importante labor llevada a cabo por los aeropuertos regionales, en el sentido de que han colaborado de forma decisiva al crecimiento del transporte aéreo francés. Sin embargo resalta la inaplazable aportación de mayores inversiones a fin de que éstos puedan seguir cooperando en tal crecimiento.

Analiza asimismo el fuerte desequilibrio aéreo que sufre el país: la región de París concentra el 55% del tráfico aéreo, siendo que el total territorio franco cuenta con más de 300 aeropuertos abiertos al tráfico en toda su extensión territorial.

Otro aspecto que se investiga es la innegable transformación que han sufrido los operadores aeroportuarios— así como hace años el corazón de estos operadores se centraba en aspectos técnicos, hoy en día el marketing se ha erigido en la válvula propulsora, de forma que las preocupaciones de los operadores actuales se acercan cada vez más a los de cualquier otro director empresarial— y, por supuesto, el Libro Blanco critica el deficiente marco jurídico, por vetusto.

Una de las singularidades del ordenamiento sectorial aeroportuario galo, que lo diferenciaba claramente del resto de Europa, era su involución. La última Ley promulgada sobre la materia databa de 1933, cuando la realidad aeroportuaria, absolutamente avanzada a su realidad jurídica, delataba que los aeropuertos franceses, incluso desde antes del año 2000, funcionaban como verdaderas empresas, con importantísimas inversiones, tecnologías sofisticadísimas y objetivos de productividad y satisfacción del cliente. Consiguientemente el marco legislativo vigente, lejos de arropar y permitir su desarrollo, se erigía en un muro infranqueable, es más, un mortal inconveniente al crecimiento y consolidación internacional de ADP (8). Como señala DUFAU J. (2005: p. 1077) abandonar el principio de especialidad se había convertido en algo indispensa-

CCI de Niza con la colaboración, entre otros, de BERNARDIN; FLOTAT; CECALDI; AGNES; BESUDO, etc. La redacción final se debe a GUITARD y CHAUMET. Véase GUITARD Jean-François (2002) (dir.), *Le Livre Blanc des grands aéroports régionaux français*, Comité d'Actions Pour la Mise en Place de Sociétés Aéroportuaires, UCCEGA, Nice. También puede consultarse GONNOT François-Michel (2003) (dir.), *Rapport d'information sur l'avenir du transport aérien français et la politique aéroportuaire*, Commission des Affaires Economiques, de l'Environnement et du Territoire, Assemblée Nationale, Paris.

(8) El estatuto de ADP, sujeta al establecimiento a un principio de especialidad que jurídicamente le impedía prestar servicios fuera de *l'Île de France*. De ahí que en el año 2002, el Tribunal de Cuentas (*Cour des Comptes*) en su memoria del año 2002, manifestase su dificultad para admitir determinadas intervenciones exteriores, lo que le llevó a concluir la ilegalidad de las participaciones de ADP. (*Rapport AN*, 2005, n^o 2045, p. 19)

ble para que ADP pudiese mantener su intervención, diversificar sus actividades y cerrar colaboraciones, tanto nacionales como internacionales. Pero no sólo el principio de especialidad planteaba problemas a ADP, otros aspectos abundaban en la complejidad jurídica y de gestión: la burocracia nada desdeñable (los concesionarios de los aeropuertos veían tutelada su gestión —bien por razones técnicas, bien por motivos económicos— por cinco ministerios distintos: el Ministerio de vivienda y transportes; el de economía, y finanzas; el del Interior; el de defensa y el Ministerio de medio ambiente); la coincidencia en la persona del Estado de funciones reguladoras, concedentes, dominicales, tributarias, de policía, de seguridad, de aduanas, etc... Todo ello provocaba unas complicadísimas relaciones entre concedente y concesionario de no siempre suficiente claridad, por no mencionar la precariedad de las propias concesiones.

A diferencia del resto de países europeos, los gestores de las infraestructuras aeroportuarias francesas funcionaban en base a unas concesiones renovadas a muy cortos plazos de acuerdo con la decisión de Matignon, de junio de 2000.

El Estado, convencido de la necesidad de transformar su modelo de gestión, acordó que a medida que fuesen llegando a término las concesiones (la mayoría habían expirado en el año 1997), se renovasen por plazos no superiores a cinco años a fin de tener una mayor libertad para abordar la transformación. Sin embargo el paso del tiempo demostró que la medida resultó fatal para la mayoría de los aeropuertos que, o bien tenían sus concesiones a punto de expirar, o bien habían expirado. Esta situación trajo una precariedad —precariedad por los plazos mismos y precariedad ante la inseguridad jurídica de cómo y cuando se iba a hacer efectivo el cambio— de todo punto indeseable para el desarrollo de unas plataformas cuyas inversiones o no se ejecutaban, o se retrasaban *sine die* (9) ante la imposibilidad de su amortización en tan corto espacio de tiempo. De esta forma, a la incapacidad para acumular fondos y su falta de personalidad jurídica propia, se sumó la insuficiente inversión.

Frente a estos aspectos negativos el Libro Blanco analiza igualmente los elementos positivos, resaltando el impacto económico de los aeropuertos franceses (10); su capacidad para crear empleo, tanto de forma directa como indirecta (11); el acierto de que la gestión recaiga sobre las CCI (dado que entre sus funciones se halla el desarrollo de la actividad económica local,

(9) A esta falta de inversión súmese que el Estado había dejado de invertir en sus aeropuertos regionales. En los últimos quince años la inversión estatal había sido inferior al 10%.

(10) Para los 7 grandes aeropuertos franceses, 14 billones de euros año.

(11) Según estudios de la ACI europea, la media es de mil empleados por millón de pasajeros suplementario. Esta media es superior en el caso de los 3 grandes aeropuertos europeos. En Francia los grandes aeropuertos regionales (aquellos que acogen entre 1 y 15 millones de pasajeros/año) la cifra de empleo está en 850.

las CCI velan para que haya un retorno económico en el conjunto de la región) (12); el bajo porcentaje (7%) de puestos de trabajo ocupados por los gestores; su estrategia fundamentada en la profesionalidad y la competencia entre los servicios y, finalmente, destaca el valor de los buenos equipos aeroportuarios franceses en los siguientes aspectos: su experiencia, reconocida mundialmente; la buena productividad de sus equipos, superior a la de sus homólogos europeos; su inquietud por la calidad del servicio, introduciendo las certificaciones y etiquetas de calidad en la actividad aeroportuaria, y la búsqueda del desarrollo sostenible (13).

Finalizado el análisis de la situación objetiva de los aeropuertos franceses, tanto en sus aspectos positivos como negativos más relevantes, el Libro Blanco aborda la situación y legislación de los países vecinos europeos llegando a la conclusión de que es posible extraer una convergencia europea respecto a la que Francia parece caminar, no al margen, sino claramente en dirección opuesta (14).

Esta convergencia europea la asienta el Libro Blanco sobre las siguientes notas características: Evolución de los aeropuertos hacia un régimen competencial; Dirección del aeropuerto como una empresa; Las sociedades aeroportuarias se basan en el operador histórico; Los accionistas están formados, además de por el operador, por los entes locales e inversores privados; El Estado ha dejado prácticamente de ser accionista; Funcionan bajo regímenes de licencias de larga o ilimitada duración; Los Estados se han desvinculado de la gestión de las inversiones y han dejado de ser los garantes de los créditos y, finalmente, la real y efectiva separación entre el Estado regulador y el operador, actuando cada uno por su cuenta.

A partir del análisis nacional e internacional el Libro Blanco articula su propuesta de transformación considerando los siguientes grandes ejes:

- Creación de empresas aeroportuarias bajo un régimen de licencia de larga duración.

(12) Puede consultarse sobre la relación de la infraestructura y servicio público con el territorio DUPERON, O. (2000: *in totum*)

(13) Todos los aeropuertos franceses han introducido medidas medioambientales, incluidas las relativas a los ruidos, y conseguido, en su consecuencia, la certificación ISO 14000.

(14) La razón de esta dura crítica se centra en la convicción de que Francia había quedado aislada respecto a sus homólogos, dado que no contaba con sociedades aeroportuarias basadas en el operador histórico, con lo que no podía tener fondos propios, ni personalidad jurídica propia, ni beneficios. Además, la presencia de un Estado omnipresente, pero que había abandonado sus inversiones aeroportuarias, la dejaban en una situación difícil, por no decir imposible, para cerrar acuerdos en el propio país o fuera, siendo no menos difícil las inversiones propias dados los cortos plazos de las concesiones.

- Descentralización de la gestión reforzando el papel de los entes territoriales.
- Búsqueda de resultados económicos.
- Consolidación del Estado en su papel de ente regulador del sector.
- Exportación del conocimiento al plano internacional.
- Soluciones adaptadas a los pequeños aeropuertos.

La propuesta del Libro Blanco gravita sobre la creación de sociedades aeroportuarias de capital público pero con la previsión futura de abrirse al capital privado. Con esa participación privada se accederá a un capital necesario para cubrir aquellas inversiones que el Estado y los fondos públicos no hayan alcanzado a realizar. Por esa misma razón el Libro Blanco defiende unos contratos de larga duración que permitan abandonar definitivamente el régimen concesional y la precariedad. La presencia de las CCI en el capital de tales sociedades se sigue contemplando, aunque no en régimen de exclusividad, pues se busca y promueve la participación de los entes locales.

2. La reforma legal

Como ya he apuntado anteriormente la efectividad de la reforma aeroportuaria en Francia que ha hecho posible el nuevo régimen jurídico hoy vigente se fraguó en el Libro Blanco y se llevó a cabo mediante dos leyes. De un lado la Ley 2004-809, de 13 de agosto, mediante la cual se instauraron los resortes jurídicos necesarios para transferir a las colectividades territoriales la propiedad y la gestión de los aeródromos civiles que no tuviesen carácter o interés nacional o internacional. En una segunda etapa, si bien muy cercana en el tiempo, la reforma se cerró mediante la Ley 2005-357, de 20 de abril, con un triple objetivo: modificar el estatuto de ADP, modernizar las formas de gestión de los grandes aeropuertos regionales (excluidos aquellos dirigidos por las CCI descentralizados por la Ley de 13 de agosto) y, en tercer lugar, la adopción de un marco legislativo que definiese los principios para la fijación de las tasas aeroportuarias (BEYRÉ P.: 2007-2008 pp. 32)

A) La Ley nº 2004-809, de 13 de agosto sobre Libertades y Responsabilidades Locales

En méritos de la Ley 2004-809, de 13 de agosto, la propiedad y gestión de los aeropuertos de interés local, que hasta ese momento habían pertenecido al Estado, fueron transferidos, en base a una mutación demanial, a los entes locales y sus agrupaciones.

Sin duda el precepto más importante para la efectividad de esta descentralización es el artículo 28, en base al cual los entes locales pudieron

adquirir, a partir del 2004, un nuevo y eficaz instrumento para el desarrollo de su territorio, disponiendo de competencias efectivas que les permitiesen definir sus estrategias de desarrollo, sus modelos de explotación, organización financiera y sus políticas tarifarias.

Todos ellos, prácticamente al unísono, intensificaron las gestiones para delegar la explotación de las infraestructuras de reciente adquisición mediante licitación en entes privados procedentes de distintos campos.

Es cierto que con anterioridad el Código de la Aviación Civil había permitido a las colectividades territoriales la creación de aeropuertos y su explotación, pero la diferencia fundamental respecto al nuevo régimen radicaba en que las infraestructuras se mantenían en el patrimonio del Estado.

El art. 28 rompe con esta tendencia en un doble sentido. En primer lugar en cuanto a la amplitud de la transferencia. A partir del art. 28, el traspaso afecta a todas las infraestructuras propiedad del Estado, salvo las de interés nacional (terrenos de dominio público, obras e instalaciones, bienes muebles afectados al aeródromo...). En segundo lugar, en relación a la propiedad. La transmisión no es una mera adscripción, como anteriormente, sino que se atribuye la titularidad sin restricciones a las colectividades territoriales creadoras de las infraestructuras.

En relación a este punto el legislador no toma abiertamente partido por ningún beneficiario, se limita a establecer una competencia geográfica en el sentido de que podrán ser beneficiarias de la transferencia cualquier colectividad o agrupación (establecimiento público de cooperación intercomunal; sindicato mixto agrupado con la CCI...), siempre y cuando pertenezcan al ámbito territorial de la infraestructura. Sólo en el supuesto de que llegasen a surgir distintos pretendientes, la Ley arbitra una escala de prioridades: en primer lugar tendrá preferencia la colectividad o agrupamiento que dirigiere la plataforma o que hubiese asegurado su financiación entre el período 2002-2004. En defecto de ésta se establece que el beneficiario preferido será la región. Si tampoco ella fuese candidata se nombraría al beneficiario aplicando el conjunto de criterios objetivos sentados por el propio legislador a tales efectos.

La condición de beneficiario comporta, además de asumir unas competencias y obligaciones bajo la policía de seguridad que se reserva el Estado, la ordenación, mantenimiento y gestión del aeropuerto bajo los siguientes condicionantes:

- Es necesario suscribir un convenio con el Estado en los términos previstos en el art. 221-1 del Código de la Aviación, cuyo objeto se centra, fundamentalmente, en la organización de las relaciones con el Estado: navegación, policía de seguridad y meteorología.

- En este mismo convenio se sentará el reparto de bienes, debiendo restar en manos estatales los necesarios para el ejercicio de sus funciones (aduanas, torre de control, etc.).
- El convenio recordará el sometimiento de la explotación a las determinaciones y obligaciones generales definidas por el Estado, como pueden ser horarios de funcionamiento.
- Desaparecen las medidas de tutela, pero el Estado se reserva un derecho a conocer la planificación del desarrollo aeroportuario. En esta línea el convenio fijará las medidas que aseguren la información al Estado sobre los programas de trabajo y cualquier actuación o previsión que pueda afectar a las medidas de seguridad.

B) La Ley nº 2005-357, de 20 de abril, de aeropuertos

Mediante esta Ley Francia cerró la transformación de la gestión de sus aeropuertos (15). Su Exposición de Motivos justifica la necesidad del cambio en distintas razones: la crisis del sector, el crecimiento de las compañías *low cost*, las grandes alianzas entre las compañías tradicionales, como la operada entre Air France y KLM...

Este nuevo panorama de las compañías aéreas plantea necesidades que se traducen en nuevos retos para las plataformas a los que deberán hacer frente respondiendo a las demandas de las propias compañías y de sus usuarios. Consecuentemente también sus gestores debían evolucionar. Sin embargo nada de ello hubiese sido posible sin abordar la reforma del marco normativo general de los grandes aeropuertos regionales que seguían dependiendo del Estado y, en particular, el estatuto de ADP. De ahí la urgencia de la modificación.

La transformación operada por la Ley 2005-357, de 20 de abril se estructura, en su consecuencia, sobre dos vértices diferentes: de un lado la reforma y modernización de ADP, de otra la gestión de los grandes aeropuertos regionales.

En cuanto a ADP, la Ley, a grandes rasgos, transforma ADP establecimiento público, en ADP sociedad anónima, manteniendo la persona jurídica y su autorización legal para la explotación de los aeropuertos, pero bajo un nuevo marco normativo que le permita ser propietaria de los bienes aeroportuarios, abrirse al capital privado (siempre en un porcentaje no mayoritario) y funcionar como una verdadera empresa sujeta al derecho privado. Se trataba, en definitiva, de preservar la integridad de la empresa ADP, pero bajo un nuevo marco jurídico que incluyese la titularidad privada, con excepción de aquellas

(15) Puede consultarse BRISSON, Jean-François (2005: *in totum*)

parcelas necesarias para que el Estado cumpliera con sus obligaciones de servicio público, las cuales continuarían bajo titularidad pública y, por tanto, sujetas al régimen propio de la demanialidad.

En cuanto a los grandes aeropuertos regionales, la Ley, consciente de su necesaria transformación, propone la evolución del régimen hacia sociedades especialmente creadas para su explotación, con un capital íntegramente público en sus fases iniciales repartido entre el Estado, las CCI y, en su caso, las colectividades territoriales interesadas. En fases posteriores se contempla la apertura de estas sociedades al capital privado.

La Ley consta de cuatro títulos. El primero de ellos dedicado íntegramente a ADP. El segundo al marco regulador de los grandes aeropuertos regionales, el tercero contiene normas esencialmente de contenido económico comunes a todos los aeropuertos y el Título IV se reserva para las disposiciones finales.

III. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LOS TRES MODELOS DE GESTIÓN AEROPORTUARIA EN FRANCIA

Del análisis realizado hasta el momento resultan tres modelos diferentes de regulación y gestión: el de los pequeños aeropuertos de trascendencia local o regional, el propio de los grandes aeropuertos regionales con interés nacional y los aeropuertos de ADP (16).

1. Aeropuertos de trascendencia local o regional

La normativa reguladora básica de estos aeropuertos sin interés nacional bascula entre la Ley de 13 de agosto de 2004, antes analizada, y el Código de Aviación.

En base a la Ley del 2004, las colectividades territoriales radicadas en el área de la infraestructura y que formularan su petición antes de enero de 2007, pasaron a ser propietarias de las plataformas aeroportuarias. Junto con la transferencia de bienes se articula una transferencia de competencias. El Estado y estas colectividades firman un convenio regulador de las relaciones entre ambos y a partir de ese momento la colectividad local financiará y fijará las tarifas del servicio, realizará las aportaciones externas necesarias para mantener el equilibrio y podrá delegar la gestión, según las reglas del derecho común, o bien gestionar ella directamente la infraestructura.

(16) Puede consultarse DUGLET, P, LEGRIN, F. (2007: *in totum*).

2. Los grandes aeropuertos regionales: pasos hacia la privatización

La Ley 2005/537 mantiene la concesión como sistema de gestión para estos aeropuertos pero autorizando a las CCI a cederlas libremente a sociedades aeroportuarias privadas en las que inicialmente ellas, las CCI, deberán ser, obligatoriamente, accionistas junto con el propio Estado y las colectividades locales. Consiguientemente, en base a la Ley 2005/537, los aeropuertos regionales de interés nacional se mantienen, en méritos de la concesión, en manos de las CCI, si bien se le permite, previa autorización ministerial, ceder o aportar dicha concesión de la que ella es titular, a una sociedad de derecho privado sujeta al derecho privado cuyos accionistas serán, en una primera etapa, la propia CCI, el Estado y las colectividades territoriales y, en una segunda fase, la apertura de la sociedad al capital privado traerá accionistas privados, sin que la Ley obligue a mantener en manos públicas una mayoría del accionariado.

Como señala BRACONNIER (2006: pp. 1-12) La perspectiva de la privatización integral de estas sociedades implicará sin duda una evolución del régimen de los bienes y las infraestructuras que le son afectas (desafectación de los bienes y transferencia de éstos a la sociedad).

En cuanto al personal. La Ley prevé que una vez cedida la concesión los trabajadores pasen a ser empleados de la sociedad. Al personal sujeta al derecho privado le será de aplicación lo previsto en el art. 122-12 del Código de Trabajo. En cuanto al personal público se pone a disposición de la sociedad por un período de 10 años, durante el cual podrá, en cualquier momento, pedir su reincorporación a la CCI. Finalizado el período de los 10 años, la sociedad ofertará al personal público un contrato de trabajo sujeta al derecho privado y si lo rechaza será reincorporado de pleno derecho a la CCI.

3. Aeropuertos de París (ADP)

Sin duda ADP es el protagonista indiscutible de la transformación. La Ley 2005-357 que transformó ADP en una S.A., adoptó, no obstante, una serie de medidas para evitar que tal transformación afectase a su actividad. Estas medidas pueden concretarse en las siguientes: En primer lugar, la continuidad de la persona jurídica ADP; En segundo lugar, la transmisión a ADP de los terrenos necesarios para ejercer su actividad mediante la previa desafectación de los bienes demaniales y su transmisión a ADP S.A (17) y, en tercer y último

(17) En España, como es sabido, se actuó de forma similar. Con la transformación de AENA en Aena Aeropuertos SA y en méritos del acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 3 de junio de 2011, se aportaban los bienes del patrimonio aeroportuario de la entidad

lugar, la transmisión de todos los contratos, derechos y obligaciones a la nueva sociedad mercantil.

Así mismo la transformación de ADP en S.A., comporta, de un lado, la modificación del régimen jurídico aplicable a las obras aeroportuarias y, de otro, le permite ampliar sus expectativas comerciales al superar el principio de especialidad. Sin embargo esta extensión del campo competencial no viene detallado en la Ley, que se limita a abrir el camino a fin de que su futuro estatuto pueda completarlo.

Aún cuando la Ley desliga a ADP de su vetusto estatuto de establecimiento público, no la libera de sus ligaduras con el Estado, las cuales en buena medida se mantienen al hacerla partícipe, juntamente con él, de la prestación de funciones de servicio público en materia de gestión de la aviación civil. Así es como el Estado ha apelado a su papel preeminente y preponderante en distintos niveles de las actividades y funciones desarrolladas por ADP, como son:

- 1.- En cuanto al patrimonio inmobiliario: la Ley reserva al Estado las instalaciones necesarias para el ejercicio de las funciones de servicio público (torres de control, pistas etc). Todos los terrenos propiedad de ADP no pueden venderse ni cederse, sin el acuerdo expreso del Estado, si éstos sirven al servicio público.
- 2.- En relación a la organización del servicio público: la Ley prevé la elaboración de un pliego en el que se detallarán las condiciones bajo las cuales ADP deberá ejercer las funciones propias del servicio público que se le confíen.
- 3.- En cuanto al capital: la Ley dispone que inicialmente el Estado será el único accionista. Posteriormente, no obstante, el capital podrá abrirse a los inversores privados sin que el Estado pueda perder la mayoría.

Centrémonos en el capital inmobiliario. La transferencia de los bienes demaniales a ADP S.A., se lleva a cabo al amparo del art. 2 de la Ley. Bajo la aparente sencillez de este precepto se esconde uno de los aspectos más complejos y controvertidos de la reforma. En síntesis, el art. 2 obliga a desafectar los bienes demaniales que deben transferirse a ADP S.A., para hacer posible tal cesión. Sin embargo, reconocido que esos mismos bienes seguirán afectos o vinculados a la prestación del servicio público, la Ley les impone un especial régimen jurídico quasidemanial presidido por la inalienabilidad, a menos que medie la previa y expresa autorización estatal. A tal limitación se añade que en el caso de venta del

pública empresarial a la sociedad estatal previa su desafectación. Al respecto cabe consultar LOZANO CUTANDA, B. y VÁZQUEZ COBOS, C. (2011: pp. 1-7). Los autores justifican la desafectación puesto que el fundamento que en su día determinó tal carácter deja de ser aplicable dado que los servicios que se prestan ya no tienen el carácter de servicios públicos (ni los servicios de transporte aéreo ni los de *handling*).

bien o cierre del aeropuerto, revertirá obligatoriamente al Estado la indemnización correspondiente a cuenta de las plusvalías. Dicha plusvalía se computa en el 70% de la diferencia existente entre el valor real del bien al momento de su atribución a ADP S.A., incrementado con los gastos ligados a su puesta en servicio, y el precio de venta. Correlativamente ADP S.A., tiene derecho a ser reembolsada de todas aquellas inversiones realizadas por ADP establecimiento público, en la medida que se conserven por el Estado y no hayan sido amortizadas.

Las razones de este régimen particularísimo lo justifica el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) (18) en el hecho de que la desafectación de un bien perteneciente al dominio público no puede tener como efecto privarlo de las garantías legales exigidas constitucionalmente por causa de la existencia y continuidad del servicio público al que seguirán afectos (19).

Finalmente, por lo que respecta al personal, éste sigue manteniendo el mismo régimen jurídico (20) que tenía en cuanto personal al servicio de un establecimiento público.

IV. LOS BIENES AFECTOS AL SERVICIO AEROPORTUARIO. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA PRIVATIZACIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN AEROPORTUARIA EN FRANCIA: LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS. SU DESAFECTACIÓN Y SU PRIVATIZACIÓN AFECTADA A LA UTILIDAD PÚBLICA

Uno de los caballos de batalla de la privatización de los aeropuertos ha sido la demanialidad de los bienes afectos al servicio público y, en su con-

(18) Cons.Const., 21 julio, 1994, nº 94-346 DC; AJDA 1994, p. 786; Cons. Const, 26 junio 2003, nº 2003-473 DC AJDA 2003, p. 1192.

(19) En el modelo español los bienes traspasados a Aena Aeropuertos SA tras su desafectación no han quedado con el mismo grado de protección que el arbitrado por nuestro país vecino. En España el carácter demanial de los bienes es el resultado de la confluencia de dos requisitos: su pertenencia a un ente público y su afectación a un uso, función o servicio público. Sin la concurrencia del elemento subjetivo de la titularidad pública, no hay dominio público ni le resulta aplicable, en su consecuencia, el especial régimen de protección propio de estos bienes. Puede consultarse GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1959: pp. 24); BALLBÉ, M. (1945: 772 y ss.); GONZÁLEZ GARCÍA (2009: pp. 67-68); ESTEVE PARDO, J. (2002: pp. 112 y ss.) FERNÁNDEZ TORRES J. R. (2009: pp. 845; 848 y ss.); JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J. (1998: pp. 303 y ss.); GÓMEZ PUENTE, M. (2006: pp 280); DARNACULLETA GARDELLA, M. (2007: pp. 50-62; 2009: pp. *in totum*), entre otros muchos.

(20) En aplicación de los artículos 251-1 y R 252-12 del Código de la Aviación civil, el estatuto de su personal se propuso por el Consejo de Administración de ADP y se aprobó por Orden Ministerial de fecha 10 de julio de 1955. La nueva ley conserva su carácter legislativo y reglamentario particular.

secuencia, la dificultad jurídica que todo ello plantea frente a su pretendida privatización.

Como apuntan LOZANO CUTANDA y VÁZQUEZ COBOS (2011: p.4), aún cuando no ha habido una delimitación legal expresa de la demanialidad de los aeropuertos, desde siempre, la doctrina y la propia jurisprudencia (21), han avalado tal condición en relación a los aeropuertos de interés general, lo cual no ha sido óbice para que autores como SANTAMARÍA PASTOR (2004: p.84), abogasen por una limitación de la técnica de la *res extracommercium*, dada la economía de mercado, «a todos los (bienes) necesarios, pero ni uno más de los necesarios».

La demanialidad de los bienes afectos a los servicios aeroportuarios en Francia no ha sido menos reconocida ni unánime que en España (22), siendo la mejor prueba de tal afirmación el hecho de que la Ley 2005-357, desde su temprano artículo 2, se vió en la necesidad de desafectar tales bienes para hacer posible su privatización. Sin embargo la cuestión, como se pasará inmediatamente a analizar, no ha estado exenta de polémica y alta discusión jurídica.

(21) Sentencia del TS de 9 de julio de 1999, confirmada por sentencias de 7 y 21 de julio de 2001, y por sentencia de fecha 15 julio 2003 dictada en recurso núm. 10058/1998 de casación para unificación de doctrina.

(22) Se atribuye a Proudhon la paternidad de la teoría que sólo reconoce una verdadera propiedad sobre los bienes patrimoniales, negándola en los de dominio público, recogiendo la tradición romana del bien de dominio público como *res nullius* y como *res omnium communitalis*. El Estado, según la teoría de Proudhon, ostenta sobre los bienes demaniales poderes de policía, guarda o vigilancia, pero no tiene el uso exclusivo, que corresponde a todos, ni la percepción de sus frutos o rentas, ni tampoco su disponibilidad, pues son bienes inalienables. Desde otra perspectiva, la escuela del servicio público francesa que había postulado la extensión del concepto de demanio a los bienes afectos a servicio público, considerará suficiente la noción de competencia para explicar las facultades de la Administración sobre ellos. No obstante la jurisprudencia francesa ha venido considerando al dominio público como una propiedad y a la Administración como titular de la misma investida de facultades y poderes propios del derecho real de dominio. A ello contribuye Hauriou, quien rechazando la teoría de la relación estatal de soberanía con los bienes demaniales, concluye que solo podría ser cierta desde una consideración o perspectiva global, es decir, para algunos géneros completos de bienes de dominio público como las carreteras, ríos, etc., pero no así para bienes concretos o partes de los mismos, los cuales podrían ser objeto de apropiación particular. Estas controversias tuvieron su reflejo en España. De la mano de Colmeiro importamos las tesis proudhonianas y por tanto se afirmó que los bienes de uso público pertenecían al dominio del estado a results de su derecho de soberanía. Posteriormente fue Fernández de Velasco quien denunció que esa concepción del dominio público como una verdadera propiedad del Código Civil, era una importación del derecho francés que contravenía nuestra tradición jurídica. La LPAP de 1964 se refirió a los bienes «propiedad del Estado que tienen consideración de demaniales». La vigente LPAP sustituyó la expresión por la menos problemática de titularidad. Sobre estas cuestiones véase MUÑOZ MACHADO, S. (2004: p. 807 y ss. y 1292 y ss.). GONZÁLEZ GARCÍA, J. J. (1998: *in totum*); SERNA VALLEJO, M. (2009: pp. 39 y ss.)

La titularidad pública del bien demanial ha planteado serios problemas a la doctrina francesa y la jurisprudencia del Consejo Constitucional.

Según la Ley 2005-357 la empresa pública ADP, S.A, de capital mayoritariamente público, actuará sujeta al derecho privado y, si bien su privatización es posible, se exigiría la modificación del marco legislativo.

La Ley reconoce asimismo la extensión del ámbito de explotación del servicio público a ADP S.A., conforme a lo previsto en sus propios Estatutos —ampliación que dependerá de lo que se decida en la asamblea general de accionista controlada por el Estado, dada su condición de accionista mayoritario—, pero le impone igualmente el cumplimiento de las tradicionales funciones del servicio público en los términos definidos en el pliego fijado por el Consejo de Estado y que reconocen al Estado su papel de controlador y su potestad sancionadora frente a ADP S.A., si ésta incumple sus obligaciones o las lleva a cabo de forma poca satisfactoria. En concreto, las misiones que se le encargan son: la explotación de los aeródromos, el ejercicio de las potestades de policía administrativa bajo la autoridad del Prefecto territorial competente, el reparto de los transportadores aéreos entre los aeródromos y los hangares de un mismo aeropuerto; la colaboración de ADP en el ejercicio de las servidumbres de la navegación aérea aseguradas por el Estado (en realidad este concurso consiste en poner a disposición del Estado determinados equipos de ADP); controlar el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan en cuanto al servicio público que desarrolla; permitir el acceso de los agentes del Estado a las cuentas y finanzas de ADP; permitir el acceso del personal del Estado y de sus establecimientos públicos al conjunto del dominio aeroportuario y el control del Estado sobre los contratos por delegación de servicio público y de actividades de policía.

Por lo que respecta a los bienes, con anterioridad a la Ley de 20 de abril de 2005, los explotados por ADP podían dividirse en 3 apartados o tipos: los bienes de dominio público propiedad de ADP; los bienes de dominio público del Estado cedidos a ADP como dotación y, en tercer lugar, los bienes que no siendo ni propiedad del Estado ni de ADP eran, no obstante, ocupados por éste último en méritos de una autorización de ocupación temporal del dominio público (23).

En aplicación del art.2 de la Ley, los tres tipos de bienes se desafectan y pasan a ser plenamente propiedad privada de ADP S.A., con la única excepción de algunos bienes afectos a determinados servicios públicos (24).

(23) Se trataba de terrenos del aeropuerto d'Étampes (propiedad del Estado) y del helipuerto d'Issy-les-Moulineaux (propiedad de la ciudad de París).

(24) Por ejemplo, para el control de navegación, policía de fronteras, aduanas o bien para sus establecimientos públicos como Météo France.

En lo concerniente a los bienes propiedad del Estado la causa de la desafectación viene dada por una razón de peso. El Estado adoptó la decisión de transferir dichos bienes a ADP S.A. Sin embargo, en cuanto persona jurídica de derecho privado que es, podía ser poseedora, pero no propietaria de bienes demaniales. De ahí la necesidad de su desafectación. No obstante la vinculación de tales bienes al servicio requería dotarlos con un conjunto de garantías, en definitiva, un conjunto de medidas especiales, que han venido a transformarlos en un *tertius genus* entre el dominio público y el privado. Este régimen especial es precisamente el que ha conducido a algunos autores a sostener la transformación del régimen de la demanialidad en el sentido de que a partir de la Ley del 2005 es posible que bienes de titularidad privada, en cuanto afectos a un servicio público, les sea aplicable el régimen exorbitante de los bienes de dominio público. Y es que si nos centramos en ese conjunto de garantías que la Ley les impone comprobaremos que son, como decíamos, las propias del demanio (25).

Así, en primer lugar, la Ley tiende a preservar la continuidad del servicio público confiado a ADP S.A. El Consejo Constitucional (26) consideró al respecto que la privatización de un bien, hasta ese momento perteneciente al dominio público, no podía conllevar despojarlo de las garantías legales que por exigencia constitucional resultan vinculadas a la existencia del servicio público, en la medida que éstos continúan afectos al mismo. Incluso algunos parlamentarios argumentaron que estas garantías no eran seguras, ni por tanto suficientes a los fines previstos, dado que la autoridad administrativa no podría recuperar de forma inmediata la explotación directa de los aeropuertos de Orly y Charles de Gaulle. Esta objeción, no obstante, fue rechazada por el Consejo Constitucional en la medida que el capital mayoritario de ADP S.A., era propiedad del Estado, que las condiciones de ejecución del servicio explotación aeroportuario eran definidas por el pliego aprobado por Decreto del Consejo de Estado y, más aún, que el Estado podía oponerse a cualquier cesión de ADP S.A., para la realización de obras u ocupación de terrenos por causa del buen funcionamiento del servicio público.

(25) Críticos con esta concepción subjetiva del dominio público por la pérdida de garantías que comporta para bienes afectos a servicios públicos pero de propiedad privada, como es ahora el caso de los bienes desafectados para traspasarlos a la sociedad Aena Aeropuertos SA, pues ello redundaría en perjuicio del interés general, y por tanto alineados con la solución dada en Francia con el refrendo del Cons.Const, encontramos, entre otros, MOREU CARBONELL, E. (2003: pp 465 y 466) y CALATAYUD PRATS, I. (2014: pp.18-22). Resulta igualmente interesante consultar en esta polémica PAREJO ALFONSO, L. (2013: pp 49-100); COLOM PIAZUELO, E. (2006: pp, 9); ARIÑO ORTIZ, G. (2011: pp. 658-663).

(26) Cons.const., 21 juliol, 1994, n^o 94-346 DC; AJDA 1994, p. 786; Cons const, 26 juny 2003, n^o 2003-473 DC AJDA 2003, p. 1192.

La segunda garantía se estipula a favor de ADP S.A., en cuanto se le reconoce el derecho a verse reembolsada por todas aquellas inversiones realizadas por ADP establecimiento público sobre las instalaciones aeroportuarias que conserva el Estado en la medida que no hayan sido amortizadas.

La tercera garantía asegura al Estado la preservación de sus intereses en caso de cesiones de activos. Según el art. 3 de la Ley, un convenio determinará las condiciones bajo las cuales se recuperaran las plusvalías producidas con ocasión de la venta de terrenos, otro tipo de inmuebles o el cierre del aeródromo. Se prevé que el Estado reciba una media del 70% de la diferencia existente entre el valor real del bien al momento de su atribución a ADP, incrementado con los gastos ligados a su puesta en servicio, y el precio de venta.

Según el art. 2 de la Ley los bienes propiedad de ADP afectos al servicio público son bienes demaniales. Esta calificación, según DUFAY J. (2005: pp. 177 y ss.), parece destinada a alejar la eventual aplicación de la doctrina del Consejo de Estado a las obras de la sociedad sentada en el asunto n° 229486 en fecha 11 de julio de 2001. En aquel caso el Consejo de Estado consideró que los bienes inmuebles de France Telecom, después de su desafectación y transmisión a la sociedad, dejaban de ser obras públicas y, en su consecuencia, si la sociedad desarrollaba un servicio público era una persona de Derecho privado sujeta al Derecho privado. Esta doctrina fue fuertemente contestada por una jurisprudencia que atribuye carácter público a todos aquellos bienes inmuebles que, aún perteneciendo a una persona privada, se convierten por su afectación a un servicio público en bienes demaniales.

V. LAS PRIVATIZACIONES DE TOULOUSE, NIZA Y LYON. LA LEY MACRON

1. La Privatización del aeropuerto de Toulouse-Blagnac

Mediante decreto de 11 de julio de 2014, se aprobó la cesión de las acciones del Estado en la sociedad explotadora de la concesión del aeropuerto de Toulouse. En abril de 2015 el Estado francés cedió oficialmente su 49,99% (ATB) (27) de acciones de la sociedad Aéroport Toulouse-Blagnac, la cual ostenta la concesión para la gestión del aeropuerto de la ciudad hasta el 2046, por un precio de 308 millones de euros y una opción de compra del 10,01% al finalizar los 3 primeros años, opción renovable por una sola vez por un período de 6 meses más. El otro 40% de acciones sigue en manos de las colectividades territoriales: 25% la CCI de Toulouse, 5% el Conseil Régional

(27) Asunto de 15 de abril 2015 fijando las modalidades de transferencia al sector privado de la participación ostentada por el estado en el capital de la sociedad Aéroport Toulouse-Blagnac.

Midi-Pyrénées, 5% el Conseil Départemental de la Haute-Garonne y 5% restante la Communauté Urbaine Toulouse Métropole.

En esa cesión o venta, el Estado ha mantenido su titularidad respecto al suelo y las infraestructuras aeroportuarias.

La licitación la ganó el consorcio chino Symbiose (28) con una oferta que superó en unos aproximadamente 50 millones de euros a las de sus directos competidores ADP y Vinci y se materializó a través de la sociedad francesa CASIL Europe cuyo Presidente, el Sr. Poon Ho Man, desapareció misteriosamente en junio de 2015 bajo acusaciones de corrupción en el affaire de la compañía aérea *China Southern Airlines* y la sociedad de leasing de aviones *China Aircraft Leasing (Calc)*. El Sr. Ho Man dimitió por carta del Consejo de Administración de ATB, pero no de la Presidencia de Casil Europe.

Entre tanto, suspendido el proyecto de extensión de 5.000 m² del aeropuerto entre las terminales A y B, el nuevo grupo inversor promueve un proyecto con el que pretenden transformar el aeropuerto en un Hub destinado a las compañías chinas para su turismo destinado al Sur de Francia y de Europa, triplicando el tráfico de pasajeros de los actuales 7,5 millones a los 18 previstos para el 2046.

Muchas son las voces que se han alzado y desde luego lo que el Estado pretendía que se erigiese en un modelo de cesión de su participación pública en las sociedades concesionarias de la gestión de los aeropuertos regionales, ha puesto en crisis el modelo de privatización y se ha visto envuelto en una maraña judicial.

Inicialmente los contrarios a la privatización presentaron un recurso ante el Consejo de Estado contra la resolución del Ministro de Finanzas de 4 de diciembre de 2014 declarando a Symbiose adjudicatario del 49'99 % de la participación del Estado sobre el capital de la sociedad concesionaria de la gestión del aeropuerto sacado a licitación y contra el acto de la cesión firmado el 7 de abril de 2015. El Consejo de Estado, mediante su resolución de fecha 27 de octubre de 2015, se declaró incompetente en favor del tribunal administrativo de París. La guerra judicial se ha abierto y parece que aún le falta por recorrer un largo camino (29).

(28) Symbiose agrupa los fondos de inversión de Hongkong *Friedmann Pacific Asset management* y el grupo público *Shandong High Speed Group* especializado en la construcción y gestión de infraestructuras de transporte.

(29) El Tribunal de Grande Instance de Toulouse (TGI) acordó que la sociedad ATB gestora del aeropuerto debía facilitar a sus opositores una copia del pacto de accionariado entre el Estado y Casil Europe al tiempo que autorizaba a dichos oponentes a enviar a un alguacil para seguir el desarrollo de su asamblea general. Sin embargo el pasado 6 de septiembre ATB interpuso un recurso ante el propio TGI contra tal decisión, el cual ha sido estimado, mediante resolución de fecha 20 septiembre de 2016, y, en su consecuencia, la

2. La privatización de Niza y Lyon. La Ley Macron

La venta por el Estado de su participación mayoritaria en el capital de las sociedades gestoras de los aeropuertos de Niza y Lyon ha sido autorizada por el art. 191 de la Ley n° 2015-990 de 6 de agosto de 2015 Por el Crecimiento, la Actividad y la Igualdad de Oportunidades Económicas (*Pour La Croissance, L'activité Et L'égalité Des Chances Économiques*) conocida como Ley Macron.

Obsérvese bien, sin embargo, que conforme al régimen analizado en epígrafes anteriores —puesto que la Ley Macron no comporta una ruptura ni transformación del régimen impuesto por las Leyes 2004-809, de 13 de agosto de 2004 y 2005-357, de 20 de abril, sino que en el capítulo del transporte y de las empresas públicas se inserta y en este sentido abunda, profundiza y desarrolla pacíficamente sus determinaciones— el Estado concedente no se desprende de las infraestructuras aeroportuarias ni del suelo, que sigue en manos públicas, sino única y exclusivamente se abre a la inversión privada el capital de la sociedad concesionaria encargada de la explotación de los aeropuertos.

El Estado, en su consecuencia, conserva sus poderes de control sobre la actividad (inversiones, calidad del servicio, medioambiente, horarios, etc.) a fin de asegurar que la concesionaria respeta las funciones y necesidades del servicio público y además lo hace respetando los objetivos de interés general que lo envuelven, siendo buena prueba de ello que entre las funciones de regulación que se reserva el Estado se halla la prerrogativa de aprobar anualmente las tarifas.

La venta debe llevarse a cabo a través de un proceso de licitación ajustado a las Directivas comunitarias sobre contratación (abierto, transparente y no discriminatorio), bajo el control de la Comisión de Participaciones y Transferencias (*Commission des Participations et Transferts*), que es la autoridad independiente encargada de supervisar las operaciones de cesión del Estado. Se trata de asegurar que el Estado valore al máximo su patrimonio sin perjudicar los intereses del resto de accionistas públicos locales (CCI y colectividades territoriales) integrando en el Pliego aquellos criterios industriales y sociales que convengan a los segundos. En fin, el Estado vendedor será el mismo encargado de garantizar y velar para que en cada procedimiento de licitación, los potenciales interesados presenten ofertas con un proyecto industrial, social y territorial que sea coherente con los intereses del aeropuerto y de sus accionistas públicos locales.

El Estado tomó buena cuenta del descontento de sus socios territoriales en la cesión de su participación en la sociedad gestora del aeropuerto de Toulouse,

decisión anulada, dado que el tribunal entiende que desde un punto de vista civil y comercial el pacto de accionariado no puede ser revelado.

criticada, entre otras muchas razones por haberse adjudicado al mejor postor, al margen, por ejemplo, de aspectos tan importantes como la experiencia. De ahí que, primero en la Ley Macron, y después en los pliegos de las nuevas licitaciones (epígrafe 2.2.1 del pliego), se hayan considerado los aspectos técnicos y, muy especialmente, la experiencia en la gestión de aeropuertos.

Así, conforme al art. 191 de la Ley Macron que venimos comentando, los candidatos deberán contar con experiencia como gestores de aeropuertos o ser accionistas de una sociedad gestora de aeropuertos (30) y respetar las obligaciones del cesionario relativas a la preservación de los intereses esenciales de la Nación en materia de transporte aéreo, así como aquellos intereses territoriales concernientes al desarrollo económico y turístico (31) y, finalmente, las obligaciones del cesionario para garantizar el desarrollo del aeródromo convenidas con la administración local donde radica la infraestructura y los entes territoriales accionistas de la misma (32).

La venta de las participaciones del Estado, evidentemente, no afectan al resto de accionistas (administración local y cámaras de comercio). Consiguientemente los Pliegos incluyen un pacto de accionariado con los titulares del 40% de acciones restantes. De esta forma los accionistas locales se ven especialmente protegidos: no sólo pueden sumarse al proceso de cesión total o parcial de sus acciones, sino que también pueden pronunciarse sobre el contenido de las ofertas de los licitadores, siendo relevante el hecho de que también dispondrán de una minoría de bloqueo sobre la futura adquisición. Pasan así a ostentar un papel importante tanto en el procedimiento mismo de licitación, como posteriormente en su ejecución.

VI. REFLEXIONES CRÍTICAS

Francia inició en el año 2004 y 2005 la transformación de su modelo aeroportuario aprobando sucesivamente dos leyes: la Ley n^o 2004-809, de 13 de agosto de 2004, y la Ley n^o 2005-357, de 20 de abril. En ellas se sentaron las bases de la reforma legal y se facilitaron los instrumentos y los medios para abordar una profunda reforma de su modelo de gestión aeroportuaria que diez

(30) *«en tant que gestionnaire d'aéroport ou actionnaire d'une société gestionnaire d'aéroport»* Ley Macron, art. 191

(31) *«les obligations du cessionnaire relatives à la préservation des intérêts essentiels de la Nation en matière de transport aérien, ainsi que ceux du territoire concerné en matière d'attractivité et de développement économique et touristique».* Ley Macron art. 191

(32) *«les obligations du cessionnaire afin de garantir le développement de l'aérodrome en concertation avec les collectivités territoriales sur le territoire desquelles il est installé ainsi qu'avec les collectivités territoriales actionnaires».* Ley Macron art. 191.

años después continua, y no precisamente, según hemos podido comprobar, de una forma pacífica.

La reciente privatización de las sociedades concesionarias de la gestión de los aeropuertos regionales de Toulouse, Niza y Lyon, como consecuencia de la venta del paquete de acciones mayoritarias que tenía el Estado, no está resultando jurídicamente pacífica y ello a pesar que desde el mismo marco legal del año 2004 y 2005 la previsión existía (33), lo cual nos conduce a plantearnos la siguiente cuestión: ¿se contesta y judicializa porque el marco se demuestra, ahora que se lleva a la práctica en este punto, inadecuado o insuficiente? O ¿se contesta y judicializa por el concreto ejercicio de la operación, al margen del marco normativo?

En mi opinión, no es posible dar una respuesta unívoca ni lineal.

El modelo francés tiene problemas jurídicos. La reforma normativa se llevó a cabo con decisión, pero se dejaron abiertos flecos y cuestiones que ahora están planteando o propiciando problemas, que exigen una profunda reflexión sobre el modelo mismo de privatización. Las potestades que se reservó el Estado y la no privatización de las infraestructuras y del suelo —sino tan sólo de la sociedad concesionaria de la gestión— coadyuvan en la garantía de protección del interés público y general. Ahora bien, unas concesiones de décadas, como las que ahora ostentan dichas sociedades gestoras, en una materia tan sensible en tantos aspectos para los intereses locales y regionales (y también nacionales) como lo es la gestión aeroportuaria —con efectos económicos, territoriales, sociales, turísticos, medioambientales etc.— requieren un modelo de privatización que no quede al albur de la aprobación de un pliego de condiciones. El marco normativo, en mi opinión, debía haberse desarrollado y profundizado, cuando menos, en este conflictivo y difícil aspecto.

Ese vacío puede haber cohonestado a la crítica.

Se acusa al Estado de haber privatizado pensando en el presupuesto estatal y sus necesidades (hoy especialmente acuciantes en un gobierno tremendamente contestado por los recortes), pero no en los intereses territoriales, turísticos, económicos, sociales etc., de las colectividades donde se asienta la infraestructura. En méritos de las previsiones sobre la privatización contempladas en la legislación del año 2004 y 2005 las colectividades territoriales (CCI y entes regionales y locales) pueden llegar a quedar en una situación minoritaria frente al inversor privado que adquiere la parte mayoritaria del

(33) En España aún cuando está prevista la posibilidad de que los aeropuertos operen de forma individualizada en régimen de concesión o por una sociedad filial con autonomía, esa posibilidad, a diferencia de Francia, aún no se ha utilizado. En este caso las críticas vienen dadas desde algunos sectores que acusan a Aena Aeropuertos SA de seguir operando en una posición de abuso. Véase CASAMITJANA OLIVÉ (2014: p. 226)

Estado. Esa situación, que se veía posible pero lejana y que posiblemente se alcanzaría en cómodos plazos —ventas parciales del total del accionariado estatal—, ha llegado de pronto y en una unidad de acto. En un año y poco el Estado se ha vendido su total participación mayoritaria de tres aeropuertos importantísimos del panorama aeroportuario francés, y lo ha hecho, según sus críticos, más preocupado por sus finanzas que por los intereses que representan los socios minoritarios —los representantes públicos regionales y locales— con lo que en la licitación se han priorizado los intereses económicos del Estado a los de la gestión aeroportuaria en general y los accionistas minoritarios públicos en particular.

El Estado, por toda respuesta, ha intentado tranquilizar a sus socios públicos mejorando la privatización con dos acciones. En la Ley Macron ha introducido el requisito de la experiencia (necesario, pero insuficiente) para la privatización de las empresas concesionarias de los aeropuertos de Niza y Lyon y ha elevado el protagonismo de los entes territoriales en el proceso de licitación a través de los pliegos de condiciones. No parece que con estas tímidas medidas se sienten unas bases sólidas que solucionen los problemas jurídicos, sociales económicos y territoriales que está planteando la privatización de las sociedades gestoras de los aeropuertos regionales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2011): *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, Iustel, Madrid, pp. 972.
- BALLBÉ, Manuel (1945): «Concepto de dominio público», en *Revista Jurídica de Cataluña* n° 5, pp. 25-73).
- BEYRÉ Pierre (2007-2008): *Le changement du régime de gestion des aéroports régionaux français Une privatisation à deux échelles qui va bouleverser le secteur aérien*. Mémoire de 4^{ème} année. Université Lyon 2. Institut d'Etudes Politiques de Lyon (pp. 51)
- BRACONNIER, Stéphane. (2006): «La loi N° 2005-357 du 20 avril relative aux aéroports. La régulation économique à l'épreuve du service public», en *Revue Juridique de l'Entreprise Publique. Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz CJEG*, 57^e, n° 627, pp. 1-12.
- BRISSON, Jean-François (2005): «L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aeroportuaires», en *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n° 33, Paris.
- CALATAYUD PRATS, Ignacio (2014): «El nuevo régimen jurídico de los aeropuertos: una privatización incompleta», *Revista General de Derecho Administrativo* n° 37, pp.1-44.

- CASAMITJANA OLIVÉ, Cristina (2014): *Análisis jurídico de la competencia en el mercado aeroportuario español*. Tirant lo Blanch. 1º ed. Valencia. pp 246.
- COLOM PIAZUELO, Eloy (2006): «Las cosas públicas y su régimen jurídico. Exámen de la noción de cosa pública y su clasificación desde una perspectiva subjetiva» en *Justicia Administrativa* Número Extraordinario 1, pp. 7-46.
- DARNACULLETA GARDELLA, Mercedes, «Afectación desafectación y Mutaciones demaniales», en J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (Dtor.), *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*. Iustel. Madrid 1º ed. 2007.
- (2009): *Infraestructures aeroportuàries, federalisme i autonomia política: un estudi comparat dels reptes de la gestió aeroportuària a Espanya i Alemanya* (ESP): Institut d'Estudis Autonòmics.
- DUFAU, Jean (2005): «Le changement de statut d'Aéroports de Paris», *JCP/ La semaine juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 27, pp. 1077 y ss.
- DUGLET Perrine, LEGRIN Florence: *Décentralisation et création des sociétés aeroportuaires: le renouveau des aéroports français*, Direction Générale de l'Aviation, Civile, Paris, 2007.
- DUPERON Olivier: *Transport aérien, aménagement du territoire et service public*, L'Harmattan, Paris, 2000.
- ESTEVE PARDO, J.: *Régimen Jurídico de los Aeropuertos. Servicio Público y Explotación Comercial*, Tirant-lo Blanch, Valencia, 2001.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel (2008): «Aeropuertos Regionales y libre competencia: En busca de un ansiado equilibrio mediante la aplicación de las directrices de 2005 (análisis de las decisiones y jurisprudencia comunitarias)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 4, pp. 257-288.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «El régimen jurídico de los aeropuertos» en *Derecho de los Bienes Públicos*, Dtor. GONZÁLEZ GARCÍA, J., Tirant lo Blanch. 2º ed., Valencia, 2009
- GARCÍA-TREVUJANO FOS, José A. (1959): «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública*, n° 29 (1959), pp. 11-57.
- GÓMEZ PUENTE, M.: *Derecho Administrativo Aeronáutico (Régimen de la Aviación y el transporte aéreo)*, Iustel, 1º ed., Madrid, 2006.
- GONNOT François-Michel (2003) (dir.): *Rapport d'information sur l'avenir du transport aérien français et la politique aeroportuaire*, Commission des Affaires Economiques, del'Environnement et du Territoire, Assemblée Nationale, Paris.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (1998): *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid.

- (2009): «Notas sobre el régimen general del dominio público», en GONZÁLEZ GARCÍA, J. (Dtor.), *Derecho de los Bienes Públicos*, Tirant Lo Blanch, 2^a ed., Valencia, pp. 67-108.
- GUEUSQUIN Hervé (2005): *La concurrence économique dans le transport aérien*, Mèmoire, Université Paris, XIII Villetaneuse, París.
- GUITARD Jean-François (2002) (dir.): *Le Livre Blanc des grands aéroports régionaux français*, Comité d'Actions Pour la Mise en Place de Sociétés Aéroportuaires, UCCEGA, Nice.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS, F.J.: *Obras Públicas e Iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y VÁZQUEZ COBOS Carlos (2011): «Reforma y privatización parcial del sector aeroportuario», en *Diario La Ley*, n^o 7554, sección tribuna, pp. 1-7.
- MOLIN Bénédicte (1998): *Eléments pour une prospective du transport aérien européen*, Rapport final, Laboratoire d'Economie des Transports, DATAR, Lyon.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2003): «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», en *Revista de Administración Pública*, n^o. 161, pp. 435 y 477.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, Tomo I, Madrid, Thomson-Civitas, p. 1354.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2013): «La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las administraciones y el dominio público», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA A. (Dtors.), *Derecho de los Bienes Públicos*, Madrid, Aranzadi, 2^a ed., Vol. I, p. 2142).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004): «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», en CHINCHILLA (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson-Civitas, pp. 43-110.
- SERNA VALLEJO, Margarita (2009): «Los bienes públicos, formación de su régimen jurídico», en Julio V. González García (Dtor.), *Derecho de los Bienes Públicos*, Valencia Tirant lo Blanch, 2^a ed, pp. 39-63.

BALANCE NETO ENERGÉTICO. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EE. UU. (*) (**)

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ

SUMARIO: I. EL BALANCE NETO ENERGÉTICO. CUESTIONES DE INTERÉS: 1. Concepto. 2. Marco jurídico– II. LA REGULACIÓN DEL BALANCE NETO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA: 1. Sobre el balance neto individual y compartido. 2. En relación a las figuras de autoconsumo tipo 1 y tipo 2 reguladas en el RD 900/2015. 3. Aspectos de carácter económico.– III. GENERACIÓN DISTRIBUIDA Y NET ENERGY METERING EN ESTADOS UNIDOS: 1. Regulación de la generación distribuida. 2. Net Energy Metering. 3. Mecanismos implementados para promover la generación distribuida renovable: A) Depreciación acelerada y de bonos. B) Net Metering Agregado. C) Community Net Metering. D) Plataforma de sistemas de distribución. E) Crédito Fiscal por Inversión. F) Programas de préstamo y alquiler de sistemas de generación distribuida.– IV. CONCLUSIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Caminamos hacia un modelo energético basado en la autosuficiencia energética y la generación distribuida, esto es, acercar el centro de producción al punto de consumo. Así, con la finalidad de promover el autoconsumo eléctrico renovable, aparece la figura del sujeto autoprodutor en una modalidad de suministro-producción con balance neto, de manera que la energía que sobre al autoconsumidor no se pierda. El objeto del presente estudio es analizar la regulación legal de esta modalidad de autoconsumo con balance neto, desde los primeros intentos de configuración hasta su regulación actual en el Real Decreto de autoconsumo de octubre de 2015.

Además, incluyo en el presente algunas medidas sobre balance neto, también conocido como Net Metering, y generación distribuida implementadas actualmente en determinados territorios de Estados Unidos, con la finalidad de discernir acerca de si aconsejan o no ser importadas por el legislador español en el desarrollo de la producción distribuida y para el cumplimiento eficiente de los objetivos comprometidos a nivel comunitario.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 1 de diciembre de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 20 de enero de 2017.

(**) El acceso a parte de la bibliografía y documentación utilizada en este trabajo ha sido posible gracias a una beca del plan propio de la Universidad de Almería para la realización de una estancia internacional en el Sturm College of Law de la University of Denver (Colorado, EE. UU.)

Palabras clave: balance neto energético; autoconsumo energético; energías renovables; generación distribuida.

ABSTRACT: We walked towards an energy model based on energy self-sufficiency and distributed generation, that is, bringing production center to the point of consumption. In this regard, in order to promote renewable electricity consumption, the figure of prosumer appears in a mode of supple-production with net metering, getting that surplus power not miss. The purpose of this paper is to analyze the legal regulation of this type of self-sufficiency with net metering, from the first attempts to set up to the current policy included in the Royal Decree about energy self-sufficiency (october 2015).

In addition, I include some measures on net metering and distributed generation implemented in certain US territories, in order to discern if it should be imported by Spanish legislator. All this contributes to the development of distributed generation and for the efficient fulfilment of the objectives committed in the European Union.

Key words: net energy metering; energy self sufficiency; renewable energy; distributed generation.

I. EL BALANCE NETO ENERGÉTICO. CUESTIONES DE INTERÉS

Desde hace varios años asistimos a un cambio de paradigma, en lo referido a la forma de generación de energía eléctrica, que conduce a convertirnos en autoconsumidores por medio del uso de tecnologías renovables económica y técnicamente viables (los paneles fotovoltaicos instalados en el tejado de nuestra casa serían buen ejemplo de ello). El usuario eléctrico pasará de ser un agente pasivo que sólo consume energía de la red, por medio de un suministrador, a adoptar una posición proactiva que le convierte en consumidor y generador de energía al mismo tiempo, esto es, en prosumidor. Se abandona, así, la forma convencional de producción de energía eléctrica de carácter centralizado y unidireccional, para dar paso a un nuevo modelo de generación distribuida que, progresivamente, vaya integrándose en la red como un elemento de producción, eficiencia y gestión, y no como una simple conexión necesaria para recibir electricidad (1).

Esta forma de generación individual de electricidad para consumo propio requiere de un mecanismo tecnológico conocido como sistema de autoconsumo, que convierte al consumidor en la misma persona física o jurídica que genera la electricidad consumida (2). En el momento presente, los tecnólogos elaboran

(1) Se trata de la figura del *Prosumer* (en inglés), para referirnos al usuario que ostenta la posición del productor (*producer*) y del consumidor (*consumer*); Quienes tendrán relaciones de interdependencia respecto de las *utilities*. Véase RITZER, DEAN y JURGENSON (2012: pp. 379-398).

(2) La combinación de tecnologías, sobre todo fotovoltaicas, y los avances en materia de almacenamiento de energía invitan al consumidor a asumir ese papel protagonista que le

sus proyectos sobre autoconsumo fotovoltaico, dotados de mayor viabilidad que hace unos años, y estos son realizables en viviendas, industria, oficinas o edificios públicos de las distintas Administraciones; veremos, en adelante, que el autoconsumidor podrá verter la energía que le sobre a la red cuando la que necesita es menor que la que produce en un momento determinado del día (por ejemplo, por la mañana, cuando la instalación fotovoltaica está a pleno rendimiento en una vivienda donde no hay consumo, por encontrarse los adultos trabajando, los hijos en el colegio...) o, de otro lado, podrá coger energía de la red general cuando su producción no alcance los kW que requieren sus aparatos de consumo (por ejemplo, por la noche, cuando los aparatos de consumo —vitrocerámica, aparatos de refrigeración, termos eléctricos— funcionan vivamente y la irradiación solar que llega a la placa fotovoltaica es nula). A esta interacción con la red se denomina autoconsumo con balance neto energético.

Encontramos varias modalidades de autoconsumo definidas en la ley (3). Así, la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico (4) recoge las distintas figuras en su artículo nueve; que serán desarrolladas por el Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía con autoconsumo y de producción con autoconsumo (5).

De un lado, tenemos el *autoconsumo instantáneo o sin acumulación*, definido en el artículo 9.1.a) LSE y desarrollado como modalidad de suministro con autoconsumo —tipo 1— por el real decreto de autoconsumo, cuando la electricidad producida se consume íntegramente por los aparatos de consumo localizados en la red interior a la que se conecta la instalación de producción (la energía va de nuestra placa solar a los electrodomésticos, sin que exista energía excedentaria que se vuelque a la red); de otro, hablamos de *autoconsumo parcial, diferido o balance neto* (en inglés, *net energy metering*), definido en el artículo 9.1.b) y c) LSE y desarrollado como modalidad de producción

permita producir su propia energía, minorando notablemente su dependencia respecto a las grandes plantas de producción y, en la medida de lo posible, de las redes de transporte y distribución de electricidad. Vid. GALÁN SOSA (2016: pp. 130-132).

(3) Ante la inminencia de un nuevo «paquete de invierno de energía», esto es, la puesta en marcha de Directivas sobre Eficiencia Energética, Eficiencia Energética en Edificios y Energías Renovables (aún pendientes de pasar por el filtro del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo). En este sentido, ya se está anunciando un nuevo marco jurídico para la figura del autoconsumo.

(4) BOE núm.310, de 27 de diciembre de 2013. En adelante LSE.

(5) BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2015. Reglamento de autoconsumo que, tras un largo período en borrador y varios informes y dictámenes negativos a cargo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y Consejo de Estado, fue aprobado el pasado 9 de octubre de 2015.

con autoconsumo —tipo 2— por el reglamento de autoconsumo, cuando la electricidad generada no se consume totalmente en la red interior a la que está conectada la instalación de producción (de manera que se inyecta a la red de distribución el excedente que no se ha consumido) (6).

Sin olvidar que el artículo 9.1.d) LSE deja la puerta abierta a «*cualquier otra modalidad de consumo de energía eléctrica proveniente de una instalación de generación de energía asociada a un consumidor*».

En definitiva, tratamos de ofrecer un análisis del marco jurídico del balance neto en España, abordando, en gran medida, el Real Decreto 900/2015, el cual responde a la necesidad de diseñar concreciones de carácter económico, administrativo y técnico que estaban, hasta la entrada en vigor del reglamento, pendientes de aprobación. Además, incluimos un capítulo que permitirá al lector observar las especificidades propias de otros ordenamientos jurídicos y, más concretamente, de algunos estados federales de EE. UU. pioneros en la materia (como Colorado, California o New York); considerando, así, la oportunidad de que la configuración del *Net Energy Metering* (balance neto energético) en otros países sea implementada en el ordenamiento jurídico español.

1. Concepto

El balance neto es aquel instrumento a través del cual se gestiona la eventual energía sobrante del autoconsumo de electricidad. En esta modalidad de autoconsumo, parcial o diferido, el tránsito de energía entre el *prosumer* y la red de distribución es bidireccional, ya que se coge de ésta cuando la demanda supera la producción y se vierte cuando la producción supera las necesidades de consumo. Es precisamente el carácter intermitente de la energía renovable, véase la energía eólica y, sobre todo, la fotovoltaica, lo que invita a utilizar este mecanismo de gestión de energía excedentaria sobrante que otorga al usuario autoconsumidor derechos de consumo diferidos que se proyectan sobre la factura eléctrica en forma de compensación (7).

(6) En todo caso, se trata de un autoconsumidor, el régimen de autoconsumo instantáneo o de balance neto, que decide estar conectado a la red. De otro lado, el autoconsumidor que decide desconectarse de la red (podríamos hablar, si se quiere, de la modalidad de autoconsumo aislado tipo 0), esto es, el aislado que se aventura a dimensionar su instalación y prescindir del respaldo que le ofrece la red general, estará exceptuado del ámbito de aplicación del RD 900/2015, como así lo dispone el apartado 2 del artículo 2 en relación a «(...) las instalaciones aisladas y los grupos de generación utilizados exclusivamente en caso de una interrupción de alimentación de energía eléctrica de la red eléctrica de acuerdo con las definiciones del artículo 100 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica».

(7) ORTIZ GARCÍA (2013: pp. 254-258).

El avance tecnológico que impera en los tiempos que corren ofrece dos tipos de instalación para sistemas de autoconsumo con balance neto, que siempre aconsejan estar conectados a la red de distribución, al menos, en baja o media tensión; garantizando (la red) un cierto respaldo al autoconsumidor, en la medida en que las características de ésta ofrecen tensión sin fluctuaciones, frecuencia sin variaciones y una continuidad o disponibilidad permanente necesaria para que su instalación sea viable desde un punto de vista técnico (8). De un lado, el *balance neto individual*, esto es, familiar y, de otro, el *balance neto compartido*, vecinal o municipal. El balance neto, en principio, supone que el autoconsumidor genera parte de la energía que consume en el mismo lugar, red interna, donde la produce; pero, en ocasiones, por diversas razones (por ejemplo, por falta de espacio suficiente para instalar placa solar), el lugar de consumo y producción no es coincidente, necesitando de una línea directa que conecte la instalación de producción con los aparatos de consumo que están fuera de la red interna donde se encuentra la instalación (9). Estos mecanismos, insisto, son viables desde un punto de vista tecnológico-ingenieril, pero analizaremos si la legislación ofrece la cobertura jurídica necesaria para que sean realizables, o si, por el contrario y como veremos *infra*, nos encontramos con un problema de carácter regulativo que pudiera obstaculizar la implementación de esta forma de producción con autoconsumo.

El balance neto, como forma de generación distribuida, presenta ventajas evidentes sobre la generación de electricidad convencional. Desaparecen las pérdidas en la red por la proximidad entre instalación producción y aparatos de consumo, lo que favorece el ahorro energético y reduce las emisiones nocivas, permitiendo la autonomía energética, destacadamente, renovable. Estas ventajas, junto a la viabilidad técnica de instalaciones renovables como la fotovoltaica, deben quedar reflejadas en el precio de la paridad de red, entendida ésta como la coincidencia entre el coste de producción de un kWh en un punto de consumo y el precio del mismo kWh suministrado por la red general en ese mismo punto de consumo (10).

En este orden de cosas, podemos afirmar que la generación distribuida tiene grandes ventajas y es viable tecnológicamente (sobre todo la fotovoltaica), pero no debemos olvidar que el usuario tendrá que encontrar el punto en que sea más barato producir y consumir energía generada localmente en

(8) De lo contrario, el autoconsumidor asumiría el elevado riesgo que supone la variabilidad de la energía renovable, pudiendo quedarse sin energía cuando no hay suficiente radiación solar o cuando hay poco viento. A propósito de las garantías de seguridad y calidad de suministro que ofrece la red, vid. VILLAR ROJAS (2009: pp. 555-579).

(9) Cosa distinta es que la titularidad jurídica de la instalación de producción y de los aparatos de consumo receptores de energía sí lo sean.

(10) DÍAZ MARTÍNEZ (2012: pp. 38-41).

su red interior que abastece por el suministro que le proporciona la red convencional. Y, en este contexto, la regulación económica juega un papel esencial, debiendo, en consecuencia, potenciar el avance ingenieril en materia de autoconsumo renovable, mitigar las posibles trabas administrativas que se proyectan sobre el usuario y fijar con precisión los requisitos técnicos y peajes de acceso a la red. Todo ello en armonía con una actuación controladora eficiente e imparcial a cargo del ente regulador, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En definitiva, la generación distribuida aconseja integrar, dentro del sistema y la gestión de las redes, a las pequeñas instalaciones de producción con autoconsumo de electricidad, siendo necesario examinar la incidencia de éstas sobre la operación de la red de distribución a la que están conectados para, consecuentemente, emplear los instrumentos que faciliten su correcta y segura implantación; todo ello con finalidad principal de alcanzar un modelo de generación distribuida basado en la venta de energía sobrante o excedentaria y en el autoconsumo instantáneo, fomentando la producción en instalaciones a pequeña escala y en un mismo emplazamiento físico (11).

2. Marco jurídico

La regulación legal del autoconsumo comienza su andadura con el *Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia* (12). Se trata de una norma que define una serie de condiciones económicas, técnicas y administrativas básicas para la conexión a las redes de distribución de las instalaciones de producción eléctrica de pequeña potencia; específicamente, producción que no debía ser superior a 100 kW para energías renovables y 1.000 kW para cogeneración, biomasa y biogás. El Real Decreto persigue la simplificación en la tramitación de solicitudes de acceso y conexión a la red de distribución por parte de instalaciones de pequeño tamaño, facilitando la penetración del autoconsumo; tramitación impulsada por el titular de la instalación (artículos 4 y 5), esto es, del promotor o propietario del inmueble (13).

(11) CALVO VÉRGEZ (2016: pp. 1-4).

(12) BOE núm.295, de 8 de diciembre de 2011. BOE-A-2011-19242.

(13) Sobre la figura del titular de la instalación, cabe destacar la modificación, introducida por el Real Decreto-Ley 13/2012, de las definiciones de productor y consumidor previstas en la LSE (art.9). De manera que, tras la modificación, los productores acogidos a formas singulares de suministro (modalidades de autoconsumo) no tendrá la condición de productores o «*autoproductores*», en la medida en que no venden electricidad excedentaria (otra cosa es que perciban derechos de consumo diferidos) y, por tanto, no estarán sometidos a las obliga-

Por otro lado, la Disposición adicional segunda del citado Real Decreto dispuso un mandato normativo de regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas para el balance neto que cristalizó en el *Proyecto de Real Decreto por el que se establece la regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas de la modalidad de suministro de energía eléctrica con Balance Neto* y que, a pesar de haber sido informado favorablemente por la Comisión Nacional de la Energía (actualmente CNMC), no llegó a aprobarse. En general, valoró positivamente el planteamiento del proyecto de Real Decreto sobre esta modalidad de suministro-producción con balance neto porque promueve la producción distribuida y contribuye al cumplimiento eficiente de los objetivos energéticos y medioambientales fijados a nivel comunitario. Aunque también, en su informe, hay que significar algunas consideraciones específicas como: definir esta nueva figura de *prosumer* en una norma con rango de Ley y acotar pormenorizadamente un régimen de derechos y obligaciones; aplicar el pago de tarifas de acceso por energía consumida procedente de la red de distribución, como así se contempla en el proyecto, pero clarificando que este pago también se hará en calidad de generador, cuando vierte energía excedentaria, en la medida en que también en este momento se está utilizando la red; revisar la estructura de estas tarifas de acceso y sus términos fijo y variable, para garantizar la sostenibilidad económica del sistema; precios pactados libremente entre consumidor y comercializador, y no sometidos a un precio máximo fijado por el Ministerio; utilizar un valor unitario de la energía consumida-vertida dependiendo del momento en que se produzca el intercambio, dando así una base económica al balance neto; que la potencia instalada sea siempre menor o igual a la contratada, rechazando la alternativa de cancelación de los excedentes hiperanuales por resultar más complejos de gestionar desde un punto de vista administrativo.

En definitiva, son consideraciones, algunas de ellas, que han sido tenidas en cuenta por el ejecutivo en la configuración del vigente Real Decreto de autoconsumo de 2015.

En sentido cronológico, y dentro este proceso normativo, toma protagonismo el *Real Decreto 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (14)*, por medio del cual se crea, dentro del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, el registro administrativo de autoconsumo de energía eléctrica. Este registro surge para recabar toda la información relativa a los consumidores, y sus instalaciones asociadas, acogidos a modalidades de suministro con autoconsumo.

ciones jurídicas del resto de productores (constituirse en empresa, darse de alta en Impuesto de Actividades Económicas, declaraciones de IVA o contratar comercializador para que le oferte la producción energética —aunque sí tendrá que contratarlo para que gestione el excedente—).

(14) BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013. BOE-A-2013-7705.

Unos meses después, fue significativa la aprobación de la *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico* (15). La norma recoge la figura del autoconsumo en su artículo 9, para referirse al «consumo de energía proveniente de instalaciones de generación conectadas en el interior de una red de un consumidor o a través de una línea directa de energía eléctrica asociada a un consumidor». Y, además, hace una distinción de las distintas figuras de autoconsumo, a las que ya nos hemos referido. Los principales objetivos que perseguía la LSE son la sostenibilidad técnica y económica del sistema eléctrico en su conjunto y la obligación de este tipo de instalaciones de autoconsumo de contribuir a la financiación de los costes y servicios del sistema en la misma cuantía que el resto de consumidores; aunque el apartado tercero del citado artículo, y su Disposición Transitoria Novena, incluyeron una serie de excepciones para casos en que el autoconsumo supusiera una reducción de costes para el sistema, así como establecer reducciones, transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2019, para las instalaciones de cogeneración.

Posteriormente, el *Real Decreto-ley 9/2015, de 10 de julio, de medidas urgentes para reducir la carga tributaria soportada por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras medidas de carácter económico* (16), modificó el apartado tercero del artículo 9 LSE, estableciendo que, de forma excepcional y siempre que quede garantizada la seguridad y sostenibilidad económica y financiera del sistema, se podrán establecer (con las condiciones definidas por el Gobierno) reducciones de peajes, cargos y costes para determinadas categorías de consumidores de baja tensión de la modalidad de suministro con autoconsumo. Aunque, en todo caso, la potencia máxima instalada de generación y contratada de consumo no podrá ser superior a 10 kW. Asimismo, se trató de beneficiar a consumidores de pequeña potencia en territorios no peninsulares cuando supusieran una reducción de los costes de dicho sistema insular, pero no se llegó a configurar ningún tratamiento jurídico específico para estos.

Por último, y en aras de garantizar la sostenibilidad técnica y económica del sistema por exigencias de la propia LSE (17), el Gobierno aprueba el *Real Decreto 900/2015 por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica*

(15) BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013. BOE-A-2013-13645.

(16) BOE núm. 165, de 11 de julio de 2015. BOE-A-2015-7765.

(17) Vid. el apartado 5 del artículo 9 LSE, disponiendo que «El Gobierno establecerá las condiciones administrativas y técnicas para la conexión a la red de instalaciones con autoconsumo. Asimismo el Gobierno establecerá las condiciones económicas para que las instalaciones de la modalidad b) de producción con autoconsumo vendan al sistema la energía no autoconsumida».

con autoconsumo y de producción con autoconsumo (18). La normativa trata de garantizar que este tipo de instalaciones de autoconsumo contribuyan a la financiación de los costes y servicios del sistema en la misma cuantía que aquellos que no tienen posibilidad de acogerse a esta modalidad de producción local de energía (19). Y es en este punto donde tratamos de centrar todo el foco de atención, en las condiciones y especificidades que se proyectan sobre la modalidad de autoconsumo con balance neto o diferido. Por la energía compensada, el autoconsumidor tendría que pagar el coste del peaje de acceso a la red de distribución cuando la utiliza como servicio de almacenamiento (verter el excedente) y, de otro lado, cuando la utiliza como servicio de aprovisionamiento de energía (cuando reclama energía del sistema porque no produce nada o es insuficiente), sin olvidar el coste del servicio del balance neto, esto es, la gestión de esos excedentes a cargo del comercializador.

El reglamento persigue que el autoconsumidor pague por los servicios que le presta el sistema, ya que, aunque es admitido por la jurisprudencia el beneficio que el autoconsumidor comporta para el sistema, también lo es que éste se beneficia del mismo y que, por tanto, debe contribuir a sus costes; lo que justifica que sea el Estado quien deba establecer esta obligación para todos aquellos consumidores sujetos a las distintas modalidades de autoconsumo (20).

(18) BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2015. BOE-A-2015-10927. Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

(19) Vid. GONZÁLEZ RÍOS (2014a: pp. 1634-1637) y GONZÁLEZ RÍOS (2014b: 157-188).

(20) Vid. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 60/2016, de 17 de marzo de 2016 (Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel), sentencia en la que se examina el recurso de inconstitucionalidad, de carácter competencia, formulado por el Parlamento de Cataluña contra los artículos 9, 40, 43.5, 46, 51, 52.4 y la disposición final segunda de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Disponiendo en su fundamento jurídico tercero que «[...] Dicha regulación persigue integrar este modo de producción y consumo de electricidad en el sistema eléctrico, así como prever el establecimiento por vía reglamentaria de un régimen económico de las distintas modalidades de autoconsumo, determinando la contribución de la energía autoconsumida a la cobertura de los costes y servicios del sistema eléctrico. Por un lado, define el régimen básico de la actividad de uno de los sujetos que interviene en el sistema eléctrico, definición que ha de responder a unas características homogéneas en un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional, y, por otro, establece una serie de criterios generales respecto al régimen económico aplicable al mismo, extremos ambos que tienen por finalidad garantizar un desarrollo ordenado de la actividad compatible con la sostenibilidad económica y técnica del sistema en su conjunto, uno de los objetivos fundamentales de la Ley del sector eléctrico. Se trata, entonces, de una cuestión que se sitúa en el ámbito de la ordenación básica de las actividades de suministro de energía eléctrica y del establecimiento de su régimen económico, para lo que los títulos de los arts. 149.1.13 y 25 CE proporcionan fundamento competencial adecuado [...]».

II. LA REGULACIÓN DEL BALANCE NETO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Este repaso conceptual permite observar las distintas modalidades de autoconsumo que la tecnología nos brinda y que, además, a día de hoy, devienen económicamente viables (21). Sin embargo, todo este avance económico-ingenieril carece de sentido si la regulación no ofrece la cobertura jurídica necesaria, es decir, si no se legisla para promover la implementación de mecanismos de generación distribuida, sobre todo a nivel doméstico.

En este sentido, corresponde ahora tratar aquellos aspectos más controvertidos y que pueden constituir verdaderos obstáculos al autoconsumo con balance neto.

1. Sobre el balance neto individual y compartido

En primer lugar, y con respecto a la figura del *balance neto individual*, decir que será legalmente viable, pero siempre que no exista una conexión por línea directa (modalidad del artículo 9.1.c) LSE); ya que la instalación de producción no podrá ser conectada de forma simultánea a la red y, a través de línea directa, a los aparatos de consumo. En otras palabras, o el autoconsumidor está conectado a la red de transporte o distribución, para verter el excedente, o a los aparatos de consumo del consumidor a través de línea directa (22).

De otro lado, habrá que referirse al *balance neto compartido o vecinal* (que puede emplearse entre hogares o empresas conectados por línea directa, por ejemplo, si una empresa tiene una instalación fotovoltaica y decide compartir su electricidad con otras empresas). Pues bien, en este punto el nuevo reglamento de autoconsumo remite (23) al Real Decreto 1699/2011, y específicamente

(21) A mayor abundamiento puede consultarse BLANCO SILVA y LÓPEZ DÍAZ (2009: pp. 27-42).

(22) Así, el artículo 69.2 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, dispone que «La conexión a las redes de transporte o distribución requerirá la autorización de la Administración competente y el cumplimiento de los requisitos de acceso a dichas redes. Ello supondrá la pérdida de su calificación de línea directa, integrándose en el sistema general y quedando sometida a las condiciones de acceso de terceros a las redes previstas en el presente Real Decreto». Vemos, por tanto, como la instalación conectada hace que pierda su consideración de línea directa.

(23) Artículo 5.2.c) del RD 900/2015, que dispone «2. Las instalaciones de producción acogidas a la modalidad de autoconsumo tipo 2 deberán cumplir, en función de sus características técnicas, lo siguiente: c) las instalaciones de producción deberán cumplir los requisitos técnicos contenidos en la normativa del sector eléctrico y en la reglamentación de calidad y

a su artículo 13.2, el cual exige que el titular de la instalación de producción sea el mismo que de los aparatos de consumo a que está conectados por línea directa o, en otras palabras, que tanto para los equipos de consumo como para las instalaciones de generación a que estuvieran conectados, el titular de la red interior tiene que ser el mismo (por lo que no tendría cabida que la instalación solar de una vivienda esté conectada a los aparatos de consumo de otra vivienda y titularidad de otra persona; sólo tiene cabida un tipo de generación mancomunada para aparatos de consumo de un edificio, por ejemplo para el ascensor, la luz del portal, etc). Por tanto, esta modalidad de balance neto vecinal no puede implementarse porque el titular de instalación de producción y de aparatos de consumo sería distinto. Además, encontramos otra exclusión de esta modalidad de balance neto compartido operada por el Real Decreto 1699/2011, en su artículo 2.4, que dispone que «*Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente real decreto las agrupaciones de instalaciones que compartan líneas o infraestructuras de evacuación (...)*».

En definitiva, una modalidad de autoconsumo vecinal o planta común de generación colectiva (como si de una cooperativa se tratase), supondría un gran incentivo y daría grandes oportunidades a hogares y empresas; hay que caminar hacia una normativa que contemple las instalaciones de generación mancomunadas por varios consumidores.

2. En relación a las figuras de autoconsumo tipo 1 y tipo 2 reguladas en el RD 900/2015⁽²⁴⁾

También, para la modalidad tipo 1 de *autoconsumo instantáneo*, se establece un límite de potencia contratada de 100 kW, aunque el real decreto no motiva en ninguna de sus disposiciones por qué una instalación que supere esa cantidad no puede acogerse al mecanismo de autoconsumo más simplificado, sobre todo en lo referido a cuestiones burocráticas administrativas. También, la Disposición Adicional Cuarta obliga al *prosumer* a producir como máximo la cantidad contratada, y no más (por ejemplo, alguien que consume 4 kW, podrá producir, como máximo, 4 kW); aunque esta medida sí parece acertada (25).

seguridad industrial que les resulte de aplicación, en particular el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, para instalaciones de producción incluidas en su ámbito de aplicación y el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos».

(24) A mayor abundamiento sobre las distintas figuras de autoconsumo, Vid. DEL GUAYO CASTIELLA, DOMINGO LÓPEZ y LEIVA LÓPEZ (2017: 119-130).

(25) Como así lo aconsejó la Comisión Nacional de Energía en sus consideraciones particulares sobre la propuesta de Real Decreto por el que se establece la regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas de la modalidad de suministro de energía

Además, y este es el punto más interesante, en esta modalidad el autoconsumidor pierde el excedente, es decir, lo «regala» al sistema. No habrá ningún tipo de remuneración o derechos de cobro diferidos y, por tanto, se desincentivan otras medidas complementarias de ahorro energético, como son los aparatos de consumo eficientes (si un usuario autoconsumidor, que contrata 4 kW y produce, como máximo, esa cantidad, decide emplear otra medida de ahorro como es instalar aparatos de consumo eficientes; se encuentra con que ha ahorrado 1 kW, que le sobra, y éste lo va a regalar al sistema) (26).

En la modalidad de producción con autoconsumo, tipo 2, para más de 100 kW de potencia contratada, el legislador sí contempla un régimen de balance neto, pero enumera una serie de requisitos que deben cumplir si quieren acogerse a esta modalidad (27), además de incluir obligaciones ligadas a la figura del productor tradicional, es decir, constituirse en empresa, darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas o hacer declaraciones trimestrales de IVA. Se crea una figura empresarial de autoconsumidor que decida verter su energía excedentaria; lo que no parece muy atractivo para el usuario que tiene que afrontar una cuantiosa inversión con la esperanza de obtener una tasa de retorno razonable (8 o 9 años). Además, se echan en falta criterios de tarificación horaria en tiempo real en términos de precio de mercado mayorista (que reflejen el precio de la electricidad en cada momento del día, que será muy distinto por la mañana, cuando más se produce, a por la noche, cuando más se demanda).

eléctrica con Balance Neto. *Informe 3/2012 de la CNE*. Informó acerca de la necesidad de que la potencia instalada (como generador) fuese siempre menor o igual a la potencia contratada (como consumidor); considerando la alternativa contenida en el Real Decreto, de cancelación de los excedentes hiperanuales, como administrativamente más compleja y de menor transparencia.

(26) ORTIZ GARCÍA (2013: pp. 262-263).

(27) Vid. la Disposición Adicional Segunda del reglamento de autoconsumo, que dispone «Los consumidores de energía eléctrica conectados en alta tensión que realicen una actividad cuyo producto secundario sea la generación de energía eléctrica y que (...) dispongan en determinados momentos de energía eléctrica que no pueda ser consumida en su propia instalación, podrán ser autorizados excepcionalmente por la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a verter dicha energía a la red siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) Que presenten certificado del gestor de la red a la que estén conectados acreditativo de haber obtenido los permisos de acceso y conexión para verter energía eléctrica de conformidad con lo previsto en la normativa de aplicación en materia de acceso a las redes de transporte y distribución; b) Que presenten un proyecto de las medidas de ahorro y eficiencia a adoptar indicando la incidencia en su consumo de energía eléctrica. No serán considerados sistemas de ahorro y eficiencia energética, a efectos de la presente disposición, aquellos que incluyan la instalación de un generador o una batería o sistema de almacenamiento de energía eléctrica».

Y, por último, la imposibilidad de que, para este tipo 2 en su modalidad de conexión por línea directa, exista balance neto; ya que o se está conectado a los aparatos de consumo por línea directa o a la red para verter sobrante, pero no tiene cabida ambas cosas. Optar por una opción excluye la otra y, por tanto, supone una limitación a este mecanismo del balance neto.

3. Aspectos de carácter económico

En otro orden de cosas, y desde la panorámica de la sostenibilidad económica del sistema eléctrico (28), el autoconsumidor deberá soportar peajes de acceso a la red, costes del sistema y costes de respaldo a la energía autoproducida (29).

Sobre los costes de la red, el autoconsumidor deberá abonar los peajes de acceso a la red de transporte y distribución como contribución a sus costes y serán abonados por el uso real que se haga (viertan o no) en función de la potencia contratada y energía circulante. De otro lado, deberá soportar otros costes del sistema estrechamente ligados a decisiones políticas (déficit tarifario, moratoria nuclear, subvenciones a renovables, entre otras) y, por consiguiente, un amplio sector critica que sean consecuencia de la deficiente política energética en esta última década. También hay quien considera que estos costes deberían soportarse fuera de la factura y, por tanto, con cargo a PGE.

Por último, el *prosumer* deberá soportar el coste por el respaldo que le ofrece el sistema al que se encuentra conectado. Se trata de otros servicios del sistema eléctrico que incluyen *pagos por capacidad* y *servicios de ajuste del sistema*. Los primeros incluyen, a su vez, incentivos a la inversión, que promueve la instalación de nueva capacidad para el mantenimiento de equilibrio entre producción y demanda a largo plazo, e incentivos a la disponibilidad, enfocados a promover el equilibrio entre generación y demanda en el medio plazo. Y, de otro lado, los servicios de ajuste del sistema, que cumplen la finalidad de asegurar el equilibrio entre la oferta y la demanda en tiempo real, a cargo del operador del sistema (Red Eléctrica Española) y del operador del mercado (OMIE) (30).

(28) Son varios los autores que se han pronunciado acerca de estas cuestiones relativas a la sostenibilidad económica del sistema. Vid. MENDOZA LOSANA (2016: pp.29-46), así como también ARCELUZ OGANDO, CALLEJA MEDIANO, MUÑOZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE MIERA (2013: pp. 28-34).

(29) Siempre que no decida prescindir de la red, en cuyo caso no tendría que soportar cargos ni peajes.

(30) Informe de la CNMC sobre el proyecto de Real Decreto por el que se establece la regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo. De 8 de julio de 2015. Expediente IPN/DE/011/15.

Además, en esta categoría de costes de respaldo encontramos el viralmente conocido como «*impuesto al sol*», contenido en el artículo 18 del reglamento de autoconsumo. Y que es, quizá, la parte más controvertida de la normativa, ya que el consumidor deberá pagar en función del autoconsumo horario, es decir, por los que kW que produce y que le sobran. Aunque también hay que significar que el reglamento exonera a tres colectivos: a los autoconsumidores de sistemas insulares y, hasta el 31 de diciembre de 2019, a aquellos con instalación menor o igual a 10 kW y a las instalaciones de cogeneración.

Sin olvidar, naturalmente, que aquellos que se abastezcan de forma autónoma, esto es, sin conectarse a la red como respaldo, no tendrán que soportar ningún cargo; ya que al mantenerse aislados no aprovechan una infraestructura de red que, consecuentemente, genere la necesidad de contribuir a sus gastos de mantenimiento (31).

Todo lo descrito, unido a una excesiva y desincentivadora carga burocrática para autoconsumidores y, sobre todo, para realizar la inscripción en el Registro administrativo de autoconsumo de energía eléctrica, refleja cómo la normativa vigente, lejos de incentivar el autoconsumo renovable, obstaculiza que empresas y, sobre todo, pequeños autoconsumidores se aventuren a realizar inversiones en instalaciones de generación distribuida.

III. GENERACIÓN DISTRIBUIDA Y NET ENERGY METERING EN ESTADOS UNIDOS.

1. Regulación de la generación distribuida

Se observa que, para el año 2014, el nivel de desarrollo renovable en Estados Unidos ha sido muy alto, aunque su contribución a la generación neta no supera el 12% (en Reino Unido, por ejemplo, es del 16%); nada que ver con el aproximadamente 40% que supone la energía verde en nuestro país. De otro lado, el nivel de penetración de energía verde, que en España fue del 3,6%, registró sólo un 0,5% en EE.UU. (siendo punteros los Estados de California y Nueva York, con un nivel de penetración del 3% y 2%, respectivamente). Cuando hablamos de crecimiento renovable nos referimos, sobre todo, al desarrollo de tecnología fotovoltaica. Así, el tercer trimestre del año 2015 ha sido el octavo consecutivo en que se ha instalado más de 1 GW, llegando a la cifra de 22.390 MW. De manera que más de la mitad de esta potencia total ha sido instalada entre 2014 y 2015; lo que refleja la gran velocidad

(31) RODRÍGUEZ BAJÓN (2015: pp. 2-3) y BLASCO HEDO (2015: pp. 35-37). ORTIZ GARCÍA (2013: pp. 254-258).

con la que se están instalando MW de energía fotovoltaica en EE. UU., sobre todo por la disminución del precio de este tipo de instalación renovable (32).

Consecuentemente, los números contribuyen a una efectiva implementación de mecanismos de generación distribuida (sobre todo con tecnología fotovoltaica) en el sentido definido SUPRA, tanto a nivel doméstico como industrial. En este sentido, la *Energy Information Administration* (EIA) entiende que la generación distribuida fotovoltaica (a la que denomina *small scale photovoltaics*) es aquella menor de 1 MW, inmediata al punto de consumo y conectada a la red de distribución.

En EE.UU., al igual que sucede en Reino Unido, no se identifica una legislación única en lo referido a generación distribuida; a nivel federal solo se localiza legislación en materia de crédito fiscal a la inversión (33), aunque a finales de 2016 se producirá un recorte generalizado en las bonificaciones a la industria solar. Sin embargo, para 2017, está en marcha una propuesta legislativa orientada a implantar un nuevo sistema de deducciones fiscales a las inversiones que podría mitigar notablemente la presión fiscal de futuras instalaciones. También, a nivel federal, se identifica un marco general de fomento de energías renovables y eficiencia energética, parte del cual se proyectará sobre la energía solar fotovoltaica y, también, sobre la generación distribuida solar. Además, observando toda la regulación federal que atañe al sector fotovoltaico, vemos que existen otros instrumentos, además del *tax credit*, de apoyo a la generación distribuida, como son: certificados energéticos, *Feed-in-Tariff*, *Net energy metering* y subvenciones estatales (34).

Por tanto, tenemos que acudir a la normativa interna de cada estado federal, lo que conduce a afirmar que solo existe política sobre Generación

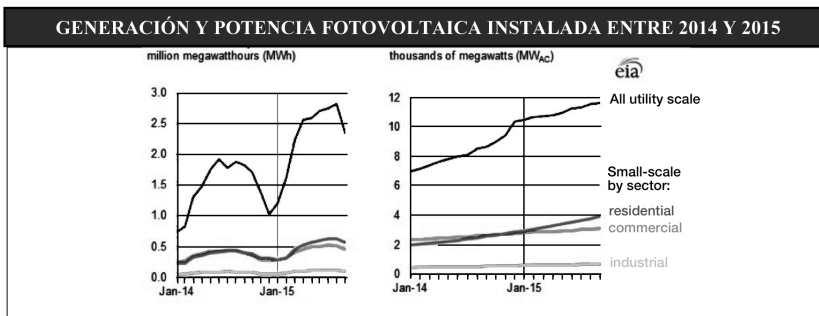
(32) Datos ofrecidos por *European Photovoltaic Industry Association* (EPIA). *Global market Outlook for photovoltaics 2014-2015*.

(33) Me refiero al Solar Investment Tax Credit (ITC), creado por *The Energy Policy Act of 2005* (P.L. 109-58). Cuya última reforma de 2015 la localizamos en *The Omnibus Appropriations Act* (P.L. 114-113), incluyendo una extensión del ITC para el sector residencial y comercial para proyectos completados hasta final de 2023. También, en sector eólico, identificamos el Renewable Electricity Production Tax Credit (PTC), creado por *The Energy Policy Act of 1992*. Sobre el que se han practicado hasta seis reformas en los sucesivos años, siendo la última incluida en *The Consolidated Appropriations Act*, en diciembre de 2015.

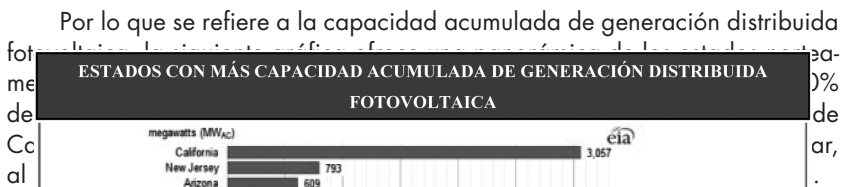
(34) Aunque, a diferencia de lo que sucede en Europa, donde el principal instrumento de fomento del sector fotovoltaico es el *Feed-in Tariff* (FiT), en EE. UU. son muy pocos los estados que lo recogen. En vez de este mecanismo europeo, se crea un incentivo basado también en la producción, pero alternativo al FiT, en el que se combinan la Cartera de Renovables (*Renewable Portfolio Standards —RPS—*) y los Certificados de Energías Renovables (*Renewable Energy Certificates —REC—*). Se trata de mecanismos que promueven la producción renovable, obligando a las *utilities* a que un porcentaje de su electricidad tenga origen verde, lo que deben acreditar presentando el correspondiente certificado.

Distribuida a *state level*, y no tanto a *federal level*. Y en lo que a *Net Metering* se refiere, encontramos normativa de fomento de este mecanismo hasta en 41 estados (aunque con muchas variantes); entendido como un acuerdo de facturación por medio del cual la *utility* concede al consumidor un crédito (los ya mencionados «derechos de consumo diferido») que equivale al montante de kW de generación eléctrica que éste haya generado de forma excedentaria y, por ende, que haya volcado a la red. De manera que el consumidor verá reducida su factura eléctrica a final de mes.

Destacadamente, entre 2011 y 2015, las instalaciones fotovoltaicas acogidas al mecanismo del *Net Metering* se han llegado a multiplicar por cinco, hasta llegar a superar los 9 GW de potencia instalada. Así, en el mes de septiembre de 2015, había instalados 20 GW fotovoltaicos en EE.UU., de los cuales 12 GW corresponden a plantas *utility-scale* (véase grandes instalaciones fotovoltaicas, de más de 10 MW, en California) y aproximadamente los 8-9 GW restantes provienen de generación distribuida (pequeñas plantas). El siguiente gráfico ilustra lo descrito.



Source: Energy Information Administration (EIA). Electric Power Monthly, October 2015.



Source: *Energy Information Administration* (EIA). *Electric Power Monthly*, October 2015.

2. Net Energy Metering

En EE.UU. el *Net Metering* empieza a tomar forma con la *Public Utility Regulatory Act* de 1978 y recibe un gran impulso gracias a la *Energy Policy Act* de 2005. Actualmente son más de 40 estados los que aplican este sistema, aunque cada uno presenta sus propias especificidades; tratándose, en la mayoría de los casos, de instalaciones de microgeneración de gran proximidad al punto de consumo, aunque también habrá algunos estados donde el modelo de balance neto es más amplio.

En este sentido, son varios los estados que permiten instalaciones de producción en una escala de megavatio. Un ejemplo de ello es Nuevo Méjico, que permite hacer balance neto hasta un máximo de 80 MW. Otro ejemplo destacado es el estado de Colorado, donde, incluso, existe la figura del Jardín solar comunitario (en inglés, *Community Solar Gardens*), la cual permitirá a varios titulares adscribir su balance neto a la producción de una misma planta solar, aunque no se encuentre próxima a sus respectivos puntos de consumo de electricidad. Y, como ejemplo relevante y exitoso, encontramos el caso de California, donde habrá consumidores domésticos que reciben 40 céntimos de euro/kWh durante las horas punta de verano (medio día), que es cuando sus placas solares funcionan a pleno rendimiento. En California, el *Net Metering* es aplicable a la tecnología solar, eólica, biogás e hidrógeno para instalaciones de producción de menos de 1 MW (con la excepción del biogás, que permite hasta 10 MW), para lo que la energía fotovoltaica representa más del 80% de la potencia acogida a esta modalidad de balance neto y, a su vez, un tercio de toda la potencia fotovoltaica de California (más de 1.000 MW) se encuentra sujeto a este régimen de balance neto (35).

En el año 2008 el *Interstate Renewable Energy Council* dio traslado de una serie de encuestas a las *utilities* de todo EE.UU., para que detallasen cómo se habían adecuado al nuevo sistema de *Net Metering* y, así, lograr mejoras prácticas. La gran mayoría de estados declaraban haber superado fácilmente los obstáculos de carácter técnico, pero, sin embargo, encontraban dificultad a la hora de gestionar sistemas de facturación o tramitaciones de nuevas instalaciones, lo que habitualmente implicaba grandes dilaciones.

Por medio de este mecanismo del *Net Metering*, los prosumidores, que además de consumir de la red también generan su propia electricidad mediante tecnología renovable (sobre todo fotovoltaica), podrán depositar su energía sobrante en la red y obtener derechos de crédito por ello. Se trata de créditos

(35) DÍAZ MARTÍNEZ (2012: pp. 38-41).

que compensarán, en su caso, la electricidad que el *prosumer* consuma de la red cuando, en otro tramo horario dentro del mismo período de facturación, su instalación de producción (placa solar) no tiene un rendimiento suficiente como para cubrir la demanda energética de sus aparatos de consumo; ya que, de lo contrario, el consumidor debería pagar a precio fijado por comercializadora en mercado minorista. Algunos autores afirman que este mecanismo constituye un incentivo indirecto. En otras palabras, se trata de un acuerdo de facturación por medio del cual la *utility* entrega al *prosumer* un crédito cuyo montante equivale a los kW que éste hubiera generado en excedente y que haya volcado a la red, y que podrá deducir de su factura eléctrica (36). Como ya se ha mencionado, este mecanismo no se define a nivel federal, sino que hay que acudir a leyes estatales que, en la mayoría de los casos, serán objeto de desarrollo por medio de normas administrativas emanadas de la Comisión Estatal de Servicios Públicos (*Public Utility Commission*) de cada estado. Son pocos los estados que no han regulado aún el balance neto, véase Alabama, Misisipi, Tennessee o Dakota del Sur. En California, por ejemplo, se realiza una liquidación anual del balance neto entre la electricidad excedentaria que se vierte a la red y la electricidad consumida de ésta, de manera que los créditos obtenidos y sobrantes a final de año podrán ser utilizados por el *prosumer*, bien para cobrarlos o para mantenerlos y utilizarlos al año siguiente (37).

En España, sin embargo, es una materia regulada reglamentariamente, por medio del Real Decreto 900/2015. Quizá el legislador español debiera importar el formato estadounidense y dejar en manos de una Comisión de este tipo, y no unilateralmente al ejecutivo, el desarrollo reglamentario del *Net Metering*, el cual, a su vez, debería definirse de forma más precisa en una norma con rango de ley (38).

En este sentido, cada estado federal tendrá que definir el cliente que puede ser elegible para un sistema de *Net Metering*, lo que podrá estar condicionado al tipo de *utility* o comercializadora con la que tenga contratado el suministro. Además, identificarán el tipo de tecnología que podrá acogerse al sistema de balance neto (normalmente fotovoltaica), la potencia máxima ins-

(36) HEETER, GELMAN and BIRD (2014: pp. 1-7).

(37) El texto legal vigente que regula el *Net Metering* en California es el Assembly Bill (AB) 327 de 2013 (sobre *electricity: natural gas: rates: net energy metering: California Renewables Portfolio Standard Program*) que, a su vez, está complementado por el *Net Surplus Compensation* regulado por el Assembly Bill (AB) 920 de 2009 (sobre *Solar and wind distributed generation*).

(38) Ya que la Ley del Sector Eléctrico solo se refiere al *Net Metering* en su artículo 9, disponiendo que «*Asimismo el Gobierno establecerá las condiciones económicas para que las instalaciones de la modalidad b) de producción con autoconsumo vendan al sistema la energía no autoconsumida*».

talada permitida (39), la cantidad máxima de generación distribuida acogida a *Net Metering* marcando un porcentaje de la demanda pico de cada *utility* o, incluso, la propiedad de los certificados energéticos necesarios (40). En los últimos años, las variantes del *Net metering* han dado lugar a alteraciones conceptuales. De manera que al balance neto definido hasta ahora se denomina *Net Metering Convencional*, donde la *utility* lleva a cabo un acuerdo de facturación con un único contador, esto es, con su propietario-consumidor individual; y, de otro lado, surgen otras figuras que permiten que la instalación de generación acogida a balance neto se conecte a varios contadores (a varios consumidores propietarios de éstos), dando lugar a nuevas figuras que veremos en adelante: *Aggregated Net Metering*, *Virtual Net Metering* y *Community Net Metering*. Así, los consumidores que no tienen capacidad técnica o económica para instalar un sistema de autoconsumo también podrán beneficiarse de este mecanismo del balance neto.

3. Mecanismos implementados para promover la generación distribuida renovable

A continuación, observamos los diversos mecanismos implementados en la configuración del *Net Metering* y demás instrumentos destinados a promover la generación distribuida en EE.UU., referenciando aquellos Estados donde ya se están aplicando.

A) Depreciación acelerada y de bonos

Se trata de incentivos a la inversión en instalaciones fotovoltaicas identificados en el código tributario de EE. UU. y que persiguen acelerar la depreciación de activos. El *Modified Accelerated Cost Recovery System* (MACRS) realiza una clasificación de todos los activos, y en función del que se trate, se fija el número de años en los que se va a recuperar la inversión realizada y el porcentaje del coste del activo que se va a depreciar cada año. Este mecanismo incluye, a su vez, la depreciación acelerada (*accelerated depreciation*), que permitirá deducir el coste de un sistema de generación fotovoltaico de forma más rápida, es decir, un incentivo de carácter fiscal proyectado, por tanto, sobre los impuestos, en vez de sobre las amortizaciones y los préstamos. De otro lado, también, encontramos la depreciación de bonos (*bonus deprecia-*

(39) Los Estados con límite de potencia de instalación de generación más elevado son California, New York, Arizona y New Jersey.

(40) Esto último cada vez resulta de mayor importancia, ya que las *utilities* son las primeras interesadas en cumplir con el *Renewable Portfolio Standard* (RPS); por lo que la propiedad de los certificados energéticos (*Renewable Energy Certificate*, RCE) son esenciales.

tion), que será aplicada al impuesto sobre la renta recaudado a nivel federal, y que, por ende, permite practicar deducciones durante los primeros años de vida útil de la instalación solar (41).

B) Net Metering Agregado

Este mecanismo permite el *Net Metering* a un propietario que disponga de varios puntos de consumo en la misma propiedad o en propiedades adyacentes. Véase, por ejemplo, un parque tecnológico con varios edificios o un campus universitario con diversos edificios departamentales.

Para la primera opción, un propietario con varios contadores en una misma propiedad, la legislación española no pone ninguna traba; es el denominado balance neto individual y será viable siempre y cuando no existan líneas directas.

Sin embargo, para el caso de que el propietario opte por conectar su instalación de producción a diversos puntos de consumo, encontrándose alguno de ellos en una propiedad adyacente, la legislación obliga a que exista una conexión por línea directa (por ejemplo que conecte la placa fotovoltaica sita en el tejado de un edificio con los aparatos de consumo de otro edificio) y, en consecuencia, optar por ello impide la implementación de un sistema de balance neto (42).

Por lo que, en EE.UU., la conexión directa no impide que el propietario de una instalación de producción vierta también su energía sobrante a la red y, por tanto, se acoja a la figura del *Net Metering* (43).

Este mecanismo del *Net Metering Agregado* (*Aggregated Net Metering*) está habilitado por la normativa de estados como: Colorado, California, Nevada, New Jersey, New York, Maine, Arkansas, Minnesota, Washington, Delaware, Connecticut, Maryland, Oregon, Rhode Island, Utah o West Virginia. Aunque cada normativa estatal establecerá sus propias especificidades dependiendo del tipo de consumidor que se acoja al sistema *Net Metering*, a la distancia existente entre contadores y a la tecnología de producción instalada (44).

(41) DUVIVIER (2011: pp. 41-66).

(42) Sobre esta cuestión, el legislador dispone que, o se está conectado a los aparatos de consumo por línea directa o a la red de distribución para verter la energía excedentaria. Por tanto, optar por una opción excluye la otra. Vid. lo dispuesto en el artículo 69.2 del Real Decreto 1955/2000 cuando se refiere a la «(...) pérdida de su calificación de línea directa (...)»

(43) Vid. ANAYA y POLLIT (2015: pp. 484-496).

(44) National Conference of State Legislature (2014). Net metering: Policy overview and state legislative update. Retrieved from <http://www.ncsl.org/research/energy/net-metering-policy-overview-and-state-legislative-updates.aspx>.

C) *Community Net Metering* (45)

Este mecanismo aparece aún como proyecto piloto, esto es, en fase de implementación. Se trata de un sistema que permite que varios usuarios compartan un único sistema de *Net Metering*, al margen de dónde se encuentren ubicados. Por tanto, el titular de la red interior donde se encuentra la instalación de generación no necesariamente tiene que ser el de la red interior donde se localicen los aparatos de consumo (lo que permitiría, en el ámbito doméstico, que el propietario de una vivienda produzca electricidad y ésta llegue a los aparatos de consumo de sus vecinos). Es también denominado *community-based renewable energy, community solar* o *neighborhood net metering*. En definitiva, EE. UU. trata de implantar un modelo de producción de planta común o mancomunada que puede suponer un gran incentivo para que empresas y hogares inviertan en instalaciones de autoconsumo.

Son varios los estados en los que está autorizado, al menos en programas piloto, este sistema; véase California, Colorado, Massachusetts, New York, Maine, Washington, Vermont, Rhode Island, Minnesota, Illinois o Delaware.

En este orden de cosas, se observa cómo la normativa española camina en el sentido opuesto. El balance neto compartido o vecinal no es legalmente viable; pues la normativa vigente sobre autoconsumo, en su remisión al Real Decreto 1699/2011, impide que el titular de la instalación de producción sea distinto al de los aparatos de consumo a que estaría conectado, caso de estar en otra red interior, por línea directa. Así, quedan expresamente excluido del ámbito de aplicación de la normativa sobre autoconsumo «*las agrupaciones de instalaciones que comparan líneas o infraestructuras de evacuación*».

También, identificamos la figura del *Virtual Net Metering*, para complementar las política solar comunitaria de algunas zonas, aunque éste solo está autorizado en unos pocos estados (Connecticut, Pennsylvania, West Virginia, New Hampshire y California); se trata de una variante del *Net Metering* que permite que un grupo de consumidores compre y comparta un sistema de generación, sin necesidad de que éste esté conectado a sus aparatos de consumo o contadores, y logren sendos beneficios derivados de la producción eléctrica. Se trata de varios consumidores que comparten un huerto solar o una planta solar comunitaria. De esta forma, los usuarios obtendrán una serie de créditos, a los que pueden dar lugar la electricidad producida por la instalación, que podrán reducir el montante de sus facturas individuales por la electricidad que consumen de la red.

(45) *Sustainable Energy in America*. Factbook (2016). Bloomberg New Energy Finance. pp. 85-108.

D) Plataforma de sistemas de distribución

Es una herramienta impulsada por la *Public Service Commission* del estado de Nueva York en 2014, en su propuesta «*Reforming the Energy Vision (REV)*», la cual nace con el propósito de promover mecanismos de generación distribuida y de contribuir activamente al desarrollo de otros objetivos, definidos a nivel estatal y federal, de carácter medioambiental.

Este instrumento, en inglés conocido como *Distribution System Platform*, persigue simplificar la actual planificación del sistema eléctrico y aquellas operaciones asociadas a la red, promoviendo los recursos de energía distribuida en un grado de integración eficiente y precisa (46).

E) Crédito Fiscal por Inversión

Este mecanismo se conoce, en inglés, como *Investment Tax Credit* (ITC). Se trata de operaciones a las que se pueden acoger los contribuyentes, tanto doméstico como comercial, para deducir el montante del impuesto. El crédito que recibirán será por valor del 30% de coste total del sistema de generación, caso de ser impuesto a nivel federal. De otro lado, el crédito fiscal por inversión en impuestos estatales será por valor que determine el estado en cuestión, pudiendo variar sustancialmente y preverse para ámbito doméstico y comercial, o solo para alguno de ellos.

A nivel federal destaca, en el campo de la producción fotovoltaica, el *Solar Investment Tax Credit* (ITC). Mientras que en el sector eólico encontramos el *Renewable Electricity Production Tax Credit* (PTC).

F) Programas de préstamo y alquiler de sistemas de generación distribuida (47)

Los primeros son conocidos en EE.UU. como *Loan Programs* y pueden localizarse a nivel estatal, local o, incluso, de *utilities*. Se trata de concesiones de préstamos con un tipo de interés bajo con la pretensión de facilitar la financiación en la compra de equipos de energía renovable y eficientes. No se trata de incentivos en efectivo directos, esto es, no reducen sustancialmente el precio de la instalación o aparatos de energía, sino que ayudan a su adquisición

(46) Me refiero al concepto de *Distributed Energy Resources* (DER), entendido como una extensión del concepto de *Distributed Generation* en el que destaca, además de la producción asociada a la figura del *prosumer*, la respuesta de la demanda (*demand response*) y los sistemas de almacenamiento de energía. Cuestión ésta última que se encuentra inmersa en un continuo proceso de avance tecnológico, vid. CHEVALIER (2015: pp. 24-25).

(47) *Sustainable Energy...*, op. cit., pp. 3-37.

extendiendo el coste de los aparatos durante un período de tiempo determinado (normalmente no excede de 10 años). También, como ayuda a la adquisición de instalaciones de producción distribuida, existe un tipo de financiación, conocida *Property Assessed Clean Energy* (PACE) e implementada en más de 25 estados, que permite a algunas entidades (estatales, condados, pueblos o ciudades) conceder al propietario de un bien inmueble un crédito que deberá restituir pagando, durante aproximadamente 20 años, un impuesto a esta propiedad más elevado. Se prevé, para esta modalidad, que esta carga fiscal se traspase, caso de enajenación del bien, al eventual comprador de esta vivienda.

Sobre los mecanismos de alquiler de sistemas de generación distribuida, conocidos como *Power Purchase Agreement* (PPA), existe un promotor de este proyecto de Leasing que instala un sistema de generación distribuida en el edificio, vivienda o industria que se trate a los cuales debe proporcionar electricidad. A cambio esta empresa recibirá un pago determinado. El cliente (por ejemplo, el propietario de una vivienda de planta baja con un sistema de producción alquilado) solo pagará al promotor por la energía producida por el sistema de generación (por lo general, a precio inferior al de mercado), pero no asume el riesgo sobre la intermitencia o variabilidad del nivel de producción de la instalación de producción (por ejemplo, la variabilidad de una placa solar); por lo que si la instalación de producción alquilada no cubre la demanda, el cliente (dueño de la casa) podrá acudir a su comercializador para cubrir sus necesidades.

IV. CONCLUSIONES FINALES

El sistema eléctrico español evidencia un aumento notable del número de instalaciones de generación distribuida en los últimos años. Se trata de una alternativa al modelo tradicional centralizado que acerca, cada vez más, física y virtualmente, la generación al consumidor. En este sentido, es necesaria una relación de complementariedad entre un modelo y otro, algo que solo se podrá alcanzar desde una regulación apropiada y precisa de las nuevas instalaciones de generación distribuida.

Sin embargo, el legislador español no parece caminar hacia una armonización entre un sistema y otro, obstaculizando, en muchos casos, la implementación de tecnologías de generación distribuida, autoconsumo y balance neto.

PRIMERA.— La razón de ser de estos obstáculos presenta un carácter eminentemente económico, y encuentran su motivación en la necesidad de garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico. Es por ello que el legislador ha pretendido que los usuarios que sigan siendo agentes pasivos (aquellos que continúan sujetos al sistema tradicional de suministro de electricidad) paguen por el uso de la red y que, de otro lado, aquellos que se

conviertan en autoconsumidores, y por ende usen menos la red, tengan que pagar el correspondiente peaje de respaldo por su energía producida.

El legislador trata de garantizar que todos los usuarios eléctricos, autoconsumidores o no, respalden la red eléctrica, esto es, que paguen cuotas por la conexión y uso de la red. Máxime si se tiene en cuenta que la eventual energía sobrante del autoconsumidor (cuando produce energía pero sus aparatos de consumo no demandan) debe ser absorbida y/o guardada por la red, lo que supone un coste al sistema. De lo contrario, aquellos que no puedan (o no quieran) autoconsumir pagarán un sobrecoste por el déficit generado a consecuencia de la no contribución a la sostenibilidad económica del sistema por parte del autoconsumidor que no paga peaje.

Entendemos, así, que los estados que opten por no definir cuotas, en concepto de uso de la red en su normativa interna, estarían indirectamente concediendo subsidios al tipo de consumidor que se trate; Incluso parte de la doctrina afirma que no pagar por el uso de la red se aproxima a ilícitos como la evasión de impuestos.

De otro lado, hay quien afirma que, caso de no existir estos peajes, el autoconsumidor elude contribuir al mantenimiento de la red, dado que las tarifas están diseñadas para recaudar, sobre todo, de la energía consumida, esto es, el término energía de la factura eléctrica. Debemos entender esta afirmación como parcialmente válida, ya que, aunque aceptando que no crear un peaje de respaldo supondría no contribuir al mantenimiento de la red, las tarifas no están solo diseñadas para recaudar por la cantidad consumida en el término energía (donde el autoconsumidor ve reducida notablemente su factura) sino que también se recaudan costes fijos (ayudas extrapeninsulares, déficit tarifario...) en el término potencia de la factura, también denominado término fijo, por estar conectado y tener un contador.

No se crea la tarifa de respaldo porque el sistema pudiera devenir en quiebra ante la no participación del prosumidor en la parte variable o término energía de la factura, sino que se configura porque la cantidad recaudada en el término fijo del autoconsumidor resulta insuficiente para sufragar los cuantiosos costes del sistema.

Por tanto, este peaje aparece como un instrumento necesario para garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico, pero que, desafortunadamente, ha sido económica y jurídicamente mal diseñado, en la medida en que se aplica sobre la cantidad de energía autoproducida; En este punto, quizá, subir la parte fija de la factura eléctrica podría ser una alternativa viable al peaje de respaldo.

SEGUNDA.— También encontramos obstáculos de carácter técnico que son objeto principal de estudio. Así, son numerosos las modalidades de autoconsumo y *Net Metering* que aconsejan ser importados del sistema estadounidense,

véase el *Net Metering Agregado*, *Community Net Metering* o *Virtual Net Metering*. Nuestro marco normativo necesita ser configurado con instrumentos que potencien decididamente el autoconsumo y, destacadamente, su modalidad con balance neto energético.

TERCERA.– Tampoco se entiende que el legislador establezca un límite de potencia, no fundamentado en la norma, pues para la modalidad de autoconsumo instantáneo (límite de potencia de 100 kW) quedarían excluidas grandes instalaciones, cuando éstas son las que tienen las condiciones más favorables para invertir en sistemas que ajusten la producción a la demanda de electricidad con la máxima precisión (ya que para esta modalidad no hay *Net Metering* y se pierde el excedente).

CUARTA.– Destacar la conveniencia de establecer tarifas horarias que valoren la energía excedentaria vertida a la red al precio de mercado mayorista en cada momento, de manera que el autoconsumo se desarrolle libremente y pagando el precio correcto (en el ámbito doméstico, la energía no tiene el mismo precio por la mañana, cuando la demanda es menor, que por la noche). Optar por otra cosa, nuevamente, supondría conceder subsidios, esto es, un traslado de la renta de aquellos que no pueden autoconsumir a la del *prosumer*. Por lo que la energía sobrante debe someterse a una valorización en tiempo real a precio de *Pool*, ya que, de lo contrario, la red recibe energía barata y la devuelve a un precio mayor; lo que constituiría un privilegio para el autoconsumidor que no podrán tener aquellos que no quieren o puedan invertir en instalaciones de autoconsumo.

QUINTA.– Es necesario un pacto de Estado que camine hacia un sistema de generación distribuida solidario con el medio ambiente y sin obstáculos técnicos que impidan su implementación. Sin embargo, sí considero necesario el empleo de tarifas que aseguren la sostenibilidad económica del sistema, pero complementadas con otras medidas de carácter fiscal como deducciones en el IRPF (al igual que las ya existentes, por ejemplo, por adquisición de primera vivienda) u otras modalidades de desgravación fiscal. Es esencial que se impulse la inversión en autoconsumo renovable, y otros instrumentos como el *renting* de instalaciones, para aquellos que no estén dispuestos a asumir el riesgo que suponen las cuantiosas inversiones necesarias. Véase los incentivos basados en la producción (*Renewable Portfolio Standards* y *Renewable Energy Certificates*) definidos en la legislación de muchos estados de EE. UU., que se conceden a cambio de que las *utilities* tengan un porcentaje de producción de carácter renovable; aconsejan ser aplicados a instalaciones de generación distribuida para fortalecer la inversión.

No tiene cabida que, en la Europa de las subvenciones y la pasividad ante el necesario cierre de carbón, la factura de gas y electricidad cada vez sea mayor; mientras que, en países como EE. UU., están consiguiendo desarrollar

renovables, avanzar en la independencia energética, exportar petróleo y gas (por medio de *fracking*) y reducir lo máximo posible su exposición al carbón, a la vez que la factura que paga el usuario eléctrico se ve reducida.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, Karim Lourdes y POLLIT, Michael (2015): «The role of distribution network operators in promoting cost-effective distributed generation: lessons from the United States of America for Europe», en *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, núm. 51, pp. 484-496.
- ARCELUZ OGANDO, José, CALLEJA MEDIANO, Miguel Francisco, MUÑOZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel y SÁENZ DE MIERA, Gonzalo (2013): «Autoconsumo y balance neto: análisis, experiencia regulatoria internacional y para España», en *Cuadernos de energía*, núm. 38, pp. 22-34.
- BLANCO SILVA, Fernando y LÓPEZ DÍAZ, Alfonso (2009): «Estudio de viabilidad de una instalación fotovoltaica de coste 50.000 euros en España», en *PECVNIA Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales* (Universidad de León), núm. 9, pp. 27-42.
- BLASCO HEDO, Eva (2015): «Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 51 (noviembre), pp. 35-37.
- CALVO VÉRGEZ, Juan (2016): «A vueltas con la nueva regulación del autoconsumo eléctrico y con la aplicación del llamado «impuesto al sol»: algunas consideraciones», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2016, pp. 1-4.
- CHEVALIER, Marc (2015): «¿Revolucionará Tesla la energía?: El fabricante estadounidense de coches eléctricos se diversifica con la fabricación de baterías de uso doméstico», en *Alternativas económicas*, núm. 28, pp. 24-25.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, DOMINGO LÓPEZ, Enrique y LEIVA LÓPEZ, Alejandro (2017), «Régimen jurídico del auto-consumo en España. A propósito del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre», en *Riesgo Regulatorio en las Energías Renovables II*, ed. Aranzadi, pp.119-130.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Tomás (2012): «Generación distribuida, balance neto y redes inteligentes», en *Cuadernos de Energía*, núm. 34, pp. 38-41.
- DUVIVIER, K.K. (2011): *The Renewable Energy Reader*, Carolina Academic Press, pp. 425.
- GALÁN SOSA, Jorge (2016): «El «prosumidor» como nuevo sujeto en el sector eléctrico: propuestas de mejora para la regulación del autoconsumo de energía eléctrica», en *Revista Práctica de Derecho*, núm. 190, pp. 127-166.

- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2014a): «La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas», en *Revista Vasca de Administración Pública* (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), núm. 99-100, pp. 1623-1649.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2014b): «El autoconsumo eléctrico: hacia un marco normativo propio», en José Francisco ALENZA GARCÍA (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, ed. Aranzadi, pp. 157-188.
- HEETER, Jenny., GELMAN, Rachel and BIRD, Lori (2014): *Status of the Net Metering: Assessing the Potential to Reach Program Caps*, National Renewable Energy Laboratory (Denver, CO), pp. 1-7.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel (2016): «Trabas al autoconsumo de energía eléctrica», en *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, pp. 29-46.
- National Conference of State Legislature (2014). Net metering: Policy overview and state legislative update. Retrieved from <http://www.ncsl.org/research/energy/net-metering-policy-overview-and-statelegislative-updates.aspx>.
- ORTIZ GARCÍA, Mercedes (2013): «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el «derecho al sol»», en Fernando GARCÍA RUBIO (dir.) y Lorenzo MELLADO RUIZ (dir.), *Eficiencia energética y derecho*, Madrid, Ed. Dykinson S.L., pp. 235-286.
- RITZER, George, DEAN, Paul and JURGENSON, Nathan (2012): «The Coming of Age of the Prosumer», en *American Behavioral Scientist*, Vol. 56, núm. 4, pp. 379-398.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, Santiago (2015): «Exagera que algo queda: autoconsumo eléctrico y el “impuesto al sol”», en *Diario la Ley*, nº. 8649, pp. 2-3.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 60/2016, de 17 de marzo de 2016.
- VILLAR ROJAS, Francisco (2009): «El acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad», en Fernando BECKER ZUAZUA, Luis María CAZORLA PRIETO, Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, José Manuel SALA ARQUER (coord.), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi, pp. 555-579.

LA COMUNICACIÓN DE LA NULIDAD DE LAS LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES A LOS DECRETOS LEGISLATIVOS A LOS QUE SE INCORPORAN(*)

HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CASO DE LA POLÉMICA.– III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1. Los Decretos Legislativos. 2. Los textos refundidos.– IV. LAS DOS GRANDES OPCIONES: LEY NULA O REGLAMENTO VÁLIDO: 1. La comunicación de la inconstitucionalidad. 2. La degradación reglamentaria. 3. El control del reglamento por los principios generales del Derecho. 4. La exclusividad del Tribunal Constitucional en el control de la inconstitucionalidad de la Ley.– V. LA TERCERA VÍA: LA PROTECCIÓN CAUTELAR DEL RECURRENTE EN SEDE ORDINARIA EN TANTO QUE SE RESUELVE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: 1. El papel de las medidas cautelares. 2. Medidas cautelares negativas. 3. Medidas cautelares positivas.– VI. Y VUELTA AL CASO DE ESTUDIO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional español 22/2015, de 16 de febrero, ha traído a la actualidad administrativa cuestiones importantes sobre legislación delegada, Derecho autonómico y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Ante la cuestión de si la declaración de inconstitucionalidad de la Ley debe comunicarse al texto refundido que la recoge, caben dos respuestas. La primera, que el Tribunal Constitucional aplique la extensión de efectos de la sentencia, opción por la que no se decantó en este caso. La segunda, que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad en el marco del proceso en que se recurra un acto de aplicación del texto refundido. En este último caso, exploraré la posibilidad de la adopción de medidas cautelares en tanto que la cuestión de inconstitucionalidad se resuelve, que permitan al Órgano Judicial de Primera Instancia inaplicar el texto refundido hasta que haya sentencia constitucional sobre la cuestión.

Palabras clave: legislación delegada; declaración de inconstitucionalidad; textos refundidos; medidas cautelares.

ABSTRACT: The judgement of the Spanish Constitutional Court number 22/2015, of 16th February, has taken important questions into the latest administrative news, about delegated legislation, regional Law and effects of unconstitutionality of Law. Before the

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de julio de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de enero de 2017.

question if declaration of unconstitutionality might be communicated to the consolidated texts, two answers are possible. Firstly, the application by the Constitutional Court of the mechanism of extension of effects, a decision which the Court avoided in this case. The second one, the proposition of a question of unconstitutionality in the frame of the proceeding which reviews the administrative act applying the consolidated text. In this latter case, I will explore the possibility of adopting cautionary measures meanwhile the question of unconstitutionality is resolved. This would allow the Judge of the case to unapply the consolidated text until the constitutional judgement on the main question is decided.

Key words: delegated legislation; declaration of unconstitutionality; consolidated texts; cautionary measures.

I. INTRODUCCIÓN

La legislación delegada es uno de los grandes problemas del Derecho público moderno. Probablemente no se trata sino de una manifestación más del difícil equilibrio de poderes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, pero en cualquier caso es evidente que el Ejecutivo no es el órgano que representa al pueblo soberano, y por lo tanto sus normas, incluso aunque se les reconozca fuerza de Ley, deben estar sometidas a sistemas de control que no se limiten al ámbito de la discusión política, como sucede con las Leyes parlamentarias.

Si a todo esto se añade el control de la constitucionalidad de la Ley (al que por supuesto están también sometidas las Leyes parlamentarias), y la apertura a un control por parte de los Tribunales ordinarios que consagran los artículos 82.6 de la Constitución y 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los decretos legislativos están sometidos a un importante cerco jurídico que los diferencia de la genuina Ley parlamentaria. Estos razonamientos son igualmente válidos para las Leyes del Estado y para las Leyes de las Comunidades Autónomas. Pues bien, este es también el caso de la Ley inconstitucional del caso que estudiaré en las siguientes páginas.

El caso que examino en el presente trabajo presenta la confluencia de diversos problemas que se plantean reiteradamente en el derecho español, y en particular en la jurisprudencia constitucional, pero que no siempre tienen una solución definitiva. Por citar los tres más importantes, aquí concurren, de un lado, el problema de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un tributo, especialmente sobre las liquidaciones firmes; de otro, el problema del papel del Tribunal Constitucional como legislador negativo en el juicio de la constitucionalidad de las Leyes, y si lo ostenta en exclusiva; y por último, el problema de la comunicación de la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional de una Ley al Texto Refundido en que se integra, cuando éste no ha sido impugnado. En este trabajo trataré de aportar una solución a este último problema teórico, aunque proponiendo también una solución a un

caso concreto. Por lo tanto, comenzaré por exponer el problema del supuesto, abstrayéndome después al aspecto doctrinal.

La Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente, de la Comunidad Autónoma de Extremadura (1) estableció un tributo sobre instalaciones que incidieran en el medio ambiente, conocido popularmente como la «ecotasa extremeña». La STC 179/2006, de 13 de junio (2), declaró inconstitucional esta norma por la identidad del hecho imponible gravado con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI).

Esta Ley, sin embargo, había sido previamente reformada por la Ley 8/2005 de la misma Comunidad Autónoma (3), que alteraba el hecho imponible del tributo, por lo que no le alcanzó la inconstitucionalidad. Sin embargo, sometida a una segunda cuestión de inconstitucionalidad, los artículos 2a), 6 y 8 de esta última Ley 8/2005 son declarados inconstitucionales por la STC 22/2015, de 16 de febrero (4), por solapamiento con el Impuesto de Actividades Económicas (IAE).

Tarde, sin embargo, porque la Ley 8/2005 incluía en su Disposición Adicional segunda el mandato al Gobierno extremeño de elaborar un Texto Refundido de tributos propios de Extremadura. Para cuando llegó la declaración de inconstitucionalidad, la Ley 8/2005 ya había sido derogada por la aprobación del Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de tributos propios de Extremadura (5). Esta norma incluye, aún hoy, las disposiciones declaradas inconstitucionales de la Ley 8/2005, pero jamás ha sido impugnada, ni objeto de cuestión de inconstitucionalidad, y aunque es mencionada en la STC 22/2015, no es objeto de declaración de inconstitucionalidad en sí misma. La inconstitucionalidad de estos preceptos incorporados al Decreto Legislativo 2/2006 está lejos de ser obvia, y de hecho está suscitando las dudas de los contribuyentes sujetos a este tributo.

El objetivo que se propone en el presente trabajo no es simplemente ofrecer una solución al caso expuesto. El caso será el *leitmotiv* del trabajo, además del amarre de su relevancia y actualidad. Y, por supuesto, se ofrecerá una solución al supuesto de hecho. Pero al socaire del caso, se desarrollará un trabajo de

(1) Publicada en el DOE de 28 de junio de 1997.

(2) STC, Pleno, 179/2006 de 13 Jun. 2006, Rec. 1219/2005, Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto.

(3) Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de Reforma de Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicada en el DOE de 31 de diciembre de 2005.

(4) STC, Sala Segunda 22/2015 de 16 Feb. 2015, Proc.4538/2013, Ponente: Asua Batarrita, Adela

(5) Publicado en el DOE de 23 de diciembre de 2006.

investigación tanto jurisprudencial como doctrinal sobre las relaciones entre Ley parlamentaria y Legislación delegada. Jurisprudencial, porque se analizarán los casos similares (pero no iguales) que se han presentado con anterioridad ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal Supremo, cómo se han resuelto y qué efectos se ha dado a las sentencias. Y doctrinal, porque se abordará el problema de las relaciones entre las fuentes desde un punto de vista dogmático, se fundamentará la teoría que subyace a la doctrina constitucional sobre el asunto, y se ofrecerá una reflexión que justifique la solución aportada, tanto para el caso concreto como con carácter general.

II. EL CASO DE LA POLÉMICA

Como explicaba más arriba, el caso comienza con la entrada en vigor de la Ley autonómica extremeña Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente. Bajo la ambiciosa declaración de intenciones con que comienza su exposición de motivos («*Es signo de civilización y progreso en el mundo moderno la defensa del medio ambiente*»), en esta norma creaba un tributo autonómico, aparentemente extrafiscal, llamado Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente. Impuesto que, por cierto, se llamó popularmente «ecotasa extremeña», por su similitud con la célebre «ecotasa balear» (Ley del Parlamento de las Islas Baleares 12/1991, de 20 de diciembre, declarada también inconstitucional por la STC 289/2000 (6)).

Los artículos 1.1 y 2.1 de la Ley extremeña 7/1997 establecían su naturaleza y hecho imponible:

«Artículo 1. Naturaleza y objeto del Impuesto

1. El Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente es un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava los elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades que incidan sobre el medio ambiente en los términos previstos en la presente Ley. [...]

Artículo 2. Hecho imponible

1. Constituye el hecho imponible del Impuesto la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, de los elementos patrimoniales situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que se encuentren afectos a la realización de las actividades que integran el objeto del tributo. [...]».

Sobre esta norma planteó la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura cuestión de

(6) STC Pleno 289/2000, de 30 de noviembre, Recurso de Amparo núm. 838/1992, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer.

inconstitucionalidad, argumentando la posible identidad del hecho imponible del impuesto con el del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), establecido entonces en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre. A esta misma tesis se adhería la Fiscalía, y se oponían la Abogacía del Estado, la representación letrada de la Junta de Extremadura y de la Asamblea Legislativa de Extremadura.

El Tribunal Constitucional en pleno declaró en su Sentencia 179/2006, la inconstitucionalidad de la Ley en su conjunto, asumiendo el argumento de la identidad del hecho imponible del impuesto que creaba con el hecho imponible del IBI. La conclusión no fue fácil. Por un lado, el Tribunal Constitucional tuvo que admitir que la declaración de inconstitucionalidad sólo se extendía al caso objeto del litigio en el marco del cual se plantea la cuestión de inconstitucionalidad y aquéllos cuyas liquidaciones hubieran sido impugnadas, pero no los casos de liquidaciones firmes. Por otro, resulta relevante que la norma en el momento de enjuiciamiento de su inconstitucionalidad, ya había sido derogada por la Ley extremeña 8/2005, de 27 diciembre, de Reforma de Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que reformaba precisamente el hecho imponible del impuesto.

Sin embargo, en su voto particular, el magistrado ARAGÓN REYES argumentó que, aunque concurría con el fallo de la inconstitucionalidad (a diferencia de los otros tres votos particulares a la Sentencia), disenta de la fundamentación, pues la identidad del impuesto extremeño no debió buscarse según él con el IBI, sino con el Impuesto de Actividades Económicas. Este es un matiz interesante, porque precisamente el segundo fallo de constitucionalidad va a fundamentarse en este mismo argumento, que el magistrado adelantó.

Efectivamente, la Ley extremeña 8/2005 fue el *«fruto del acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación de la Administración general del Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura, en su reunión celebrada el día 13 de abril de 2005, publicado en el “BOE” núm. 40, de 16 de febrero de 2006 y en el que se incluía, como anexo, el propio texto de la norma ahora impugnada»*, tal y como exponía la representación letrada de la Junta de Extremadura en la sentencia que ha declarado inconstitucional esta segunda Ley, la STC 22/2015 (Antecedente de Hecho nº 11). Es decir, que la Comunidad Autónoma de Extremadura, reaccionó frente a la impugnación de la Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente, reformándola para prevenirse de una posible declaración de inconstitucionalidad, que finalmente llegó.

Evidentemente, no fue suficiente. La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea la cuestión de inconstitucionalidad 4538/2013, en esta ocasión argumentando el solapamiento del hecho imponible de la nueva Ley con el Impuesto de Actividades Económicas,

regulado entonces en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre. En particular, son preceptos impugnados los artículos 2, 6 y 8 (7). Frente a estos cambios, el Tribunal Constitucional negó que el cambio supusiera una modificación sustancial del tributo (8).

Pero he aquí que esta vez vuelve a haber un problema. La Ley extremeña 8/2005 también está derogada, como lo estaba la Ley extremeña 7/1997 cuando se dictó la STC 179/2006. Pero en esta ocasión la norma que la deroga no es una nueva Ley de la Asamblea Legislativa de Extremadura, sino un decreto legislativo, un Texto Refundido ya previsto en la propia Ley extremeña 8/2005 en su disposición adicional segunda.

Como en la declaración de inconstitucionalidad de la STC 179/2006, el Tribunal Constitucional declara susceptibles de ser revisadas aquellas situaciones no firmes, pero no resuelve el problema de la aplicación del decreto legislativo. Por un lado, no opta por la posibilidad de la extensión de efectos de la declaración de inconstitucionalidad al Texto Refundido (una solución adoptada en otros supuestos con naturalidad, como explicaré más abajo). Por otro, tampoco adopta una solución alternativa. En realidad, solamente menciona el decreto legislativo de pasada, sin aspirar a pronunciarse sobre su constitucionalidad (*vid. FJ 1 in fine*). Aunque efectivamente esta es la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, como demostraré más abajo, en algunos casos ha llegado más lejos, pronunciándose sobre la validez de los preceptos en el decreto legislativo, o al menos sobre la citada *extensión de efectos*.

De momento, baste decir que aunque el Texto Refundido introduzca algunas modificaciones, el impuesto sigue en vigor, a través de los preceptos equivalentes a los impugnados en el Decreto Legislativo 2/2006, de 12 diciembre,

(7) «Artículo 2 Hecho imponible

Constituye el hecho imponible de este Impuesto la realización por el sujeto pasivo, mediante los elementos patrimoniales afectos señalados en el artículo anterior, de cualquiera de las siguientes actividades:

a) Las actividades de producción, almacenaje o transformación de energía eléctrica... [...]

Artículo 6 Base imponible para actividades relacionadas con los procesos de producción de energía eléctrica.

La base imponible para el supuesto de la letra a) del artículo 2 de esta Ley estará constituida por la producción bruta media de los tres últimos ejercicios expresada en Kw/h».

(8) «Pues bien, dicho lo anterior, debe además resaltarse que la redacción del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente ahora impugnada, resultado de las modificaciones introducidas por la citada Ley 8/2005, no supuso una modificación sustancial del tributo, teniendo un alcance limitado, como de hecho se afirma en la propia exposición de motivos en términos inequívocos: «la modificación acordada con el Estado y que se recoge en la presente norma no supone una alteración de los elementos esenciales del tributo, aunque sí una necesaria clarificación técnica en cuanto a su redacción y una simplificación en la determinación de la base imponible» (FJ 3 in fine).

por el que se Aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Tributos Propios (artículos 12, 13, 17 y 19).

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Expuestos los hechos, el *quid* de la cuestión puede verse descarnadamente. Hay un problema en el caso concreto, evidentemente, que es la inconstitucionalidad de los preceptos del Decreto Legislativo extremeño 2/2006, de 12 de diciembre, y cuál debería ser el tratamiento de las liquidaciones impugnadas que se rijan por aquella norma después de la declaración de inconstitucionalidad de su predecesora. Al fin y al cabo, la mera lectura de los artículos citados del Decreto Legislativo extremeño 2/2006 sugiere la identidad del impuesto vigente con el de Actividades Económicas.

Sin embargo, abstrayéndonos del caso concreto existe un problema mayor. Cuestiones tributarias aparte, la gran pregunta es ya manifiesta: ¿debe comunicarse la inconstitucionalidad de la Ley al Texto Refundido en que se integra? Para proponer una solución es necesario hacer una reflexión, siquiera breve, sobre el propio concepto de delegación legislativa, y en concreto el tipo delegación legislativa que autoriza al Poder Ejecutivo adoptar un Texto Refundido, pues el problema de fondo en la delegación legislativa es siempre una tensión entre legislativo y ejecutivo (construcción teórica que es indiferente de que la delegación se produzca en el seno de una Comunidad Autónoma).

A estos efectos, mi reflexión partirá de la premisa de que los decretos legislativos son normas formalmente reglamentarias, a las que se reconoce fuerza de Ley en virtud de la delegación, adoptada mediante procedimiento adecuado. Esta es mi opinión la tesis mayoritaria en la doctrina española, asumida también por el Tribunal Constitucional, como parece quedar claro en su jurisprudencia, que explicaré más tarde. El análisis, aunque genérico, se centrará en los textos refundidos, prestando menor atención al problema de los textos articulados.

1. Los Decretos Legislativos

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (9) sitúan los Decretos Legislativos en el marco general de las relaciones entre Ley y Reglamento. Como es bien sabido, la norma general del sistema de relaciones entre Ley y Reglamento se basa en los principios de jerarquía, reserva de Ley, congelación de rango o derogación

(9) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2011: 262 y ss.

por norma de igual rango. Este esquema de relaciones puede ser alterado por la propia Ley, y desde luego por la Constitución, mediante la técnica de la delegación legislativa, permitiendo al Reglamento la derogación de la Ley o la regulación de materias inicialmente de la reserva. Se trata siempre de un mecanismo *ad casum* que jamás supone una abrogación de la Ley de su posición. Es, en definitiva, un ejemplo más de relaciones entre Ley y Reglamento. En este contexto puede situarse, sin ir más lejos, la propia potestad reglamentaria del art. 97 CE, que para estos autores es un ejemplo de legislación delegada (como explícitamente se le llama en Inglaterra, por ejemplo) en la medida en que los Reglamentos ejecutivos no hacen más que ejecutar la Ley, un fenómeno genuino de delegación o habilitación de la Ley sobre el Reglamento.

En España, la historia de las delegaciones legislativas es tan relevante que, de hecho, ha sido el método por el que se han elaborado todos nuestros grandes textos. Comenzó con la Ley de 1 de enero de 1845 y nunca cesó, siendo protagonista de las grandes obras legislativas de la Restauración, al principio como una autorización casi en blanco al Gobierno para regular una materia y más tarde en la forma de Leyes de Bases o autorización condicionada.

En este mismo contexto se sitúa, en lo que ahora nos interesa, la delegación legislativa del artículo 82 de la Constitución, claramente deudor del Derecho italiano. Este precepto responde al tipo de delegación de mayor incidencia sustancial en el sistema de fuentes (además, muy habitual en la práctica). Se trata de aquél fenómeno de delegación legislativa en el que la Ley (en este caso, la propia Constitución) reconoce al Reglamento fuerza de Ley, ostentando eficacia derogatoria sobre la Ley parlamentaria anterior en la misma materia. Hay que hacer notar que no por ello el Reglamento se convierte en Ley, ni mucho menos, sino que mantiene su naturaleza de norma emanada de la Administración, lo que explica que mantenga la denominación de Decreto (aunque sea con el subtítulo de «legislativo»).

Sobre este tipo de normas, se han planteado históricamente dos doctrinas. Para la doctrina francesa y sus seguidores la delegación legislativa supone una atribución o transferencia de la potestad legislativa a la Administración, de forma que las normas que ésta dictara serían Leyes en sentido pleno. Sería un supuesto de transferencia constitucional de poderes, una carta blanca a la Administración para legislar. En un primer momento, se analiza desde la perspectiva de la relación de mandato civil, como transferencia de poder, que evoluciona hacia transferencia de potestad; pero ambas teorías son inaceptables, la primera por su inadaptabilidad al Derecho público, y la segunda porque la propia teoría clásica de la potestad determina su intransmisibilidad.

GARCÍA DE ENTERRÍA critica durísimamente esta última tesis, exponiendo que la potestad legislativa es una función del legislador, y por lo tanto una obligación de actuar, no una facultad disponible. Además, tal interpretación sería clara-

mente inconstitucional, tanto para las delegaciones legislativas concretas como por supuesto para aquellas de carácter general. El autor es partidario de una segunda teoría, según la cual el Reglamento sería un «*instrumento jurídico que desarrolla y complementa la Ley*», en expresión de la STC de 30 de noviembre de 1982 (10). En otras palabras, una habilitación (*Ermächtigung*) para ejercitar la potestad reglamentaria que tiene atribuida, pero con un efecto mayor de lo normal en las normas de la Administración; en el supuesto máximo, el del art. 82 CE, con fuerza de Ley.

Pues bien, al fenómeno reconocido en el artículo 82 CE lo llama este autor «delegación recepticia». Efectivamente, lo identifica con la técnica del reenvío normativo, recepticio o material, a través de la cual el órgano reenviante quiere y asume el contenido del acto al cual se reenvía. El Reglamento rellena el contenido de la Ley formal, constituyendo un texto articulado. También puede explicarse por la técnica de determinación *per relationem* del contenido de la voluntad legislativa, de manera que el contenido de la voluntad se deja al arbitrio de un tercero, la Administración. Eso sí, estos procesos se producen con límites, de manera que el Texto Refundido está sometido a los límites que establezca la propia Ley de delegación.

Además, hay que tener en cuenta que la delegación legislativa en España contempla dos supuestos distintos: los Textos Refundidos y los Textos articulados de Leyes de Bases, según el contenido que haya determinado la Ley de delegación (distinción esta confusa, que procede de SANTI ROMANO y fue adoptada por la Constitución Italiana y por la Sentencia de su Corte Costituzionale de 17 de abril de 1957 (fj-n. 54). En atención al caso de estudio, me centraré en el segundo grupo, el de los Textos articulados o refundidos.

2. Los textos refundidos

Se corresponden con el art. 82.2 CE. Dice GARCÍA DE ENTERRÍA que la refundición es una operación técnica carente de labor creativa, lo cual es especialmente cierto cuando la delegación se circunscribe a la formulación de un texto único, pero no cuando aspira a «*regularizar, aclarar y armonizar*» los textos, pues su alcance en estos casos puede ser mayor. Es la Ley de delegación la que asigna fuerza de Ley a estos productos, so pretexto de garantizar la sustitución de la Ley anterior.

La delegación legislativa se agota con la publicación del Real Decreto Legislativo (lo que por cierto no sucede con las bases, que según SANTAMARÍA PASTOR continúan en pleno vigor tras la delegación). CARLASSARE CAIANI, citado

(10) STC, Pleno, 71/1982 de 30 Nov. 1982, Rec. 86/1982, Ponente: Arozamena Sierra, Jerónimo.

por SANTAMARÍA PASTOR, ha propuesto que el texto articulado se califique de «novación» de las normas que refunde, en lugar de derogación, porque no tiene auténtica eficacia derogatoria de las normas a las que sustituye: se trataría, en realidad, de las mismas normas refundidas en un segundo texto, que dejan de tener eficacia por sí solas, salvo para un fin concreto: el control de la observancia de los límites de la derogación en el Texto Refundido y su interpretación (11).

En nuestro caso de estudio, es el Estatuto de Autonomía de Extremadura el que recoge la figura de la Delegación Legislativa en su artículo 22 (12). Debo notar ya que el último inciso de este precepto puede llegar a ser clave, porque precisamente es la ratificación del Texto Refundido o articulado por el Poder Legislativo lo que garantiza su inmunidad ante los Tribunales ordinarios. Este será un argumento más para residenciar el control de la constitucionalidad del Decreto Legislativo extremeño 2/2006 ante el Tribunal Constitucional, en los términos que explicaré más abajo.

Hecho este repaso general, conviene aclarar mi posición. En mi opinión, el decreto legislativo es una norma reglamentaria a la que se atribuye fuerza de Ley, pero a la que no puede reconocérsele el carácter de Ley formal equivalente a la Ley parlamentaria. GARCÍA DE ENTERRÍA, que cree entrever esta distinción en la antigua Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1959, la fundamenta en la obra del italiano SANDULLI, que distinguió entre fuerza de Ley y valor de Ley. La fuerza de Ley sería la «*particular potencia que es propia de los pronunciamientos legislativos*», mientras que el valor de Ley sería la posición formal de Ley en el ordenamiento, que sólo puede tener la Ley parlamentaria (o, en su caso, Leyes de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas), pues son la única expresión de la soberanía popular (arts. 1.2 y 66 CE) (13). Sin entrar una discusión teórica sobre esta distinción

(11) L. CARLASSARE CAIANI, 1961: 93 y ss.

(12) «Artículo 22. Potestad legislativa.

1. *La potestad legislativa de la Comunidad Autónoma reside en el Pleno de la Asamblea, que podrá delegarla en las Comisiones en los términos y condiciones que establezca el Reglamento de la Cámara, salvo en los casos en los que este Estatuto exige una mayoría cualificada o en las Leyes de presupuestos.*

2. *Con las mismas limitaciones, el Pleno de la Asamblea podrá delegar expresamente en la Junta de Extremadura la potestad de dictar normas con rango de Ley, denominadas decretos legislativos, sobre materias determinadas y con los fines, objetivos, alcance, prohibiciones, plazos y formas establecidos en los artículos 82 y 83 de la Constitución.*

3. *Sin perjuicio de los controles parlamentarios adicionales que pudieran establecerse en la Ley de delegación, los textos articulados o refundidos se someterán, antes de su entrada en vigor, a una votación de totalidad en procedimiento de lectura única en la Asamblea».*

(13) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981: 39 y ss.; J.A. SANTAMARÍA PASTOR, 1991: 649; A. SANDULLI, 1957: 269 y ss. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 1995.

(que surge en el marco de la doctrina italiana, cuya Constitución de 1947 sí reconoce esta diferencia entre *fuerza de Ley* y *valor de Ley* en sus artículos 76 y 77), expresa bien cuál es el papel de los decretos legislativos en general, y especialmente de los textos refundidos en derecho español.

De su naturaleza reglamentaria formal deriva el hecho de que la delegación legislativa pueda ser controlada por los Tribunales ordinarios (como ya dice con carácter general el artículo 82.6 de la Constitución, *sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales*), y de ahí también que se someta al procedimiento de elaboración de los Reglamentos (especialmente, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado, artículo 21.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

Por eso, no debe sacarse de contexto la expresión que emplea la Constitución para los textos refundidos, *la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*, (tomada de la Disposición transitoria primera de la Ley General Tributaria de 1963). No se trata tanto de un supuesto más complejo que el de la formación de un texto único, sino que, como ha dicho el Tribunal Constitucional *la naturaleza y contenido propios de la refundición que carece técnicamente de capacidad innovadora, con lo que la controversia [sobre la constitucionalidad de la Ley parlamentaria refundida] puede trasladarse prácticamente en los propios términos a sus disposiciones* (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 3).

Discrepo por tanto de posiciones como las de DE OTTO (14), o VÍRGALA FORURIA (15), o la más tardía de HERREROS LÓPEZ (16). En términos generales todos vienen a reconocer a los decretos legislativos rango de Ley desde su publicación, sin posibilidad de ser degradados a rango reglamentario los preceptos que puedan calificarse de *ultra vires*. La conclusión suele ser que el único control posible de los decretos legislativos es el del Tribunal Constitucional, a pesar de la expresión explícita del artículo 82.6 de la Constitución.

Pero en el caso de estudio, es evidente que no tenemos un Reglamento *ultra vires*, porque el Decreto Legislativo extremeño 2/2006 se dictó plenamente dentro de los límites de la delegación legislativa. La nulidad por inconstitucionalidad de la Ley extremeña 8/2005 implica, y esta es la mejor solución, la nulidad de los mismos preceptos en el decreto legislativo. Pero esa nulidad por inconstitucionalidad no es un mero problema de *ultra vires* sino que requiere

(14) I. DE OTTO PARDO, 1987.

(15) E. VÍRGALA FORURIA, 1999.

(16) J. M. HERREROS LÓPEZ, 2005: 2185.

un nuevo control de constitucionalidad. Esto es así porque, como explicaré más abajo, la STC 22/2015 no aplica el mecanismo de la extensión de efectos. Además, en todo caso media la ratificación necesaria de la Asamblea Legislativa de Extremadura que prevé el artículo 22.3 de su Estatuto de Autonomía. El problema en definitiva, es de pura constitucionalidad, y no de mera legalidad, y debe ser revisado por tanto por el Tribunal Constitucional.

IV. LAS DOS GRANDES OPCIONES: LEY NULA O REGLAMENTO VÁLIDO

1. La comunicación de la inconstitucionalidad

Por lo pronto hay que comenzar reafirmando la tesis que vengo sosteniendo: el decreto legislativo es una norma reglamentaria a la que el procedimiento de delegación legislativa iniciado por las Cortes Generales atribuye fuerza de Ley. Por otro lado la teoría del *ultra vires* tampoco resulta aplicable, y lejos de reafirmar la degradación del decreto legislativo a rango reglamentario o de someter el problema a los Tribunales ordinarios, sólo sirve para reafirmar que el problema es de constitucionalidad de fondo del decreto legislativo: efectivamente, si el Decreto Legislativo a sido fiel a los límites de la delegación, habrá recibido los preceptos inconstitucionales de la Ley delegante. Todo lo cual dirige la cuestión sólo y exclusivamente ante el Tribunal Constitucional.

Es un punto de partida común que el decreto legislativo que aprueba un Texto Refundido deroga las Leyes que refunde. Esto es claro en el caso del decreto legislativo extremeño 2/2006, cuya disposición derogatoria afirma:

«Disposición Derogatoria única. Derogación normativa.

1. A la entrada en vigor de este Decreto Legislativo quedarán derogadas, con motivo de su incorporación al Texto Refundido que se aprueba las siguientes

Normas:

[...]

– La Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente, de 29 de mayo, de Medidas Fiscales sobre la Producción y Transporte de Energía que incidan en el Medio Ambiente.

[...]».

Por otra parte, insisto en que el alcance de la expresión *«regularizar, aclarar y armonizar»* no es interpretado por la mayoría doctrina en el sentido de que el Texto Refundido, aunque no se limite a reproducir el texto de las Leyes refundidas, sea una nueva Ley. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, a quienes citaba más arriba afirman: *«en el caso de los textos refundidos la labor que*

se confía al gobierno es, podríamos decir, puramente técnica y no creadora: sistematizar y articular en un texto único una pluralidad de Leyes que inciden sobre un mismo objeto (art. 82.2 de la Constitución), sin alterar la regulación material que de esta pluralidad de normas resulta» y «la labor refundidora que la Ley encomienda la administración, a pesar de no ser esencialmente creadora, aporta siempre un novum importante, sin el cual no tendría sentido la delegación legislativa, y es que el Texto Refundido sustituye, derogándolas, a las Leyes en el refundidas que a partir de ese momento a dejan de ser aplicables» (17). Es decir, el Texto Refundido, incluso en el caso de la regularización, aclaración o armonización, no supone una nueva Ley, sino como mucho un juicio de valor sobre las normas que deroga. Esta tesis ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. En la relación jurisprudencial de casos previos similares a éste que hago más abajo pueden encontrarse multitud ejemplos (18).

Por otra parte la sentencia suscita el problema de la relación entre la Ley refundida una vez derogada y el decreto legislativo. Efectivamente, la Ley derogada sigue teniendo una especie de vigencia a efectos del control sobre el Texto Refundido, y también a efectos de su interpretación. Según GARCÍA DE ENTERRÍA (19) ambas cuestiones están relacionadas. Según él, uno de los aspectos sustanciales de la refundición es precisamente la interpretación de los textos que se refunden, un presupuesto de la refundición, pero que no agota su contenido, porque que como ya hemos dicho la refundición es también un juicio de fondo. Por eso dice el autor que el Texto Refundido no es una Ley que formule una interpretación auténtica. Pero precisamente, la interpretación de la Ley original refundida será un parámetro de control de la legalidad del Texto Refundido. El motivo por el que introduzco estos aspectos en la argumentación es porque quiero resaltar la relación íntima entre la Ley original y el Texto Refundido, como ha dicho la citada STC 61/1997 (20).

(17) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, 2011: 268.

(18) Por poner uno, la formulación ya clásica de la STC 61/1997 es que:

«Al fin y al cabo, la Ley de delegación, desde un punto de vista sustantivo o de contenido material, solo puede ser derogada por el Texto Refundido en la medida en que, por lo que aquí interesa, haya incorporado los textos legales que deba refundir, sin que tampoco pueda olvidarse que, aun habiendo sido derogada, habrá de actuar siempre —mientras siga vigente el Texto Refundido— como parámetro para medir las eventuales extralimitaciones en que haya podido incurrir la refundición [FJ 2].».

(19) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1971: 132, nota al pie.

(20) «Conviene notar que, en el presente caso, nos encontramos ante una norma (la Ley 8/1990) que se halla derogada precisamente en la misma medida en que es sustituida por el T.R.L.S., que, como tal Texto Refundido, carece técnicamente de capacidad innovadora, con lo que la controversia competencial puede trasladarse, prácticamente en sus propios términos, a sus disposiciones, como así ha ocurrido efectivamente [FJ 3].».

A estas alturas, resulta obvio que la relación entre las Leyes extremeñas 8/2005 y el resto de la refundidas en el Decreto Legislativo extremeño 2/2006 no era simplemente la derogación de la Ley anterior por la posterior. Al contrario, incluso después de la derogación, en el caso de la delegación legislativa en la modalidad de textos refundidos, la norma originaria tiene plenos efectos sobre la refundida, y eso sucedía con la Ley 8/2005 respecto del decreto legislativo 2/2006. Expresado en términos más explícitos, podría decirse que si el decreto legislativo 2/2006 debe ser interpretado a la luz de la Ley 8/2005, la nulidad de algunos preceptos de esta última obviamente implica su nulidad en el decreto legislativo.

En su mejor doctrina el Tribunal Constitucional ha adoptado en sus fallos la doctrina de la extensión de efectos del artículo 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que extiende los efectos de la Sentencia de inconstitucionalidad a los respectivos decretos legislativos. Así lo hicieron las SSTC 196/1997, 81/2003 y 194/2000. Sin embargo, la misma previsión no se adoptó en la sentencia 22/2015 (21). De ahí el problema: la Ley extremeña 8/2005 ha perdido toda su vigencia por la declaración de inconstitucionalidad, pero el decreto legislativo extremeño 2/2006, que la incorpora, sigue vigente, y sin ser impugnado, porque aunque el Tribunal Constitucional reconoció conocer de su existencia en la sentencia no lo mencionó a efectos del fallo.

Tampoco puede descartarse como escenario posible a efectos teóricos que el Tribunal Constitucional aprecie que el ejercicio sutil por parte del legislador reglamentario de su potestad de *regularizar, aclarar y armonizar* haya dado lugar a una norma suficientemente diferente en el decreto legislativo como para ser declarado constitucional. En mi opinión esto es improbable, porque como vengo argumentando, la facultad de *regularizar, aclarar y armonizar* es en realidad muy estrecha y limitada. Sin embargo, incluso en ese caso la declaración de la constitucionalidad sólo puede quedar en manos del Tribunal Constitucional, lo que refuerza mi argumento: una vez que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el decreto legislativo al declarar la inconstitucionalidad de la Ley, aunque se comunique la inconstitucionalidad, es necesario acudir al Tribunal Constitucional para declararla.

(21) Como estudio jurisprudencial, es necesario referirse al menos a las siguientes sentencias: STC, Pleno, Sentencia 61/1997 de 20 mar. 1997, Rec. 2477/1990 Ponente: Ruiz Vadillo, Enrique; STC, Pleno, Sentencia 194/2000 de 19 Jul. 2000, Rec. 1404/1989 Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carles; STC Pleno 289/2000, de 30 de noviembre, Recurso de Amparo núm. 838/1992 Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer; STC, Pleno, Sentencia 81/2003 de 28 abr. 2003, Rec. 2718/1996 Ponente: Gay Montalvo, Eugeni.; STC, Pleno, Sentencia 113/2006 de 5 abr. 2006, Rec. 1438/2000 Ponente: Pérez Vera, Elisa.; STC, Pleno, 179/2006 de 13 jun. 2006, Rec. 1219/2005 Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto.

Otra cosa serán las medidas que el Juez de lo contencioso-administrativo puede adoptar en su caso para proteger los intereses del recurrente en tanto que el recurso se resuelve, y esa será la materia a la que dedique buena parte del presente trabajo.

2. La degradación reglamentaria

Aunque rechazo esta posibilidad —que además no es admisible en el caso concreto, porque como es bien sabido el artículo 31.3 CE exige rango de Ley para la creación de tributos— es necesario abordarla sobre la teoría. El razonamiento sería el siguiente: de conformidad con la doctrina del *ultra vires*, y partiendo de que el decreto legislativo es siempre un Reglamento (fundamentos ambos de la teoría que yo vengo sosteniendo), un precepto del Texto Refundido que no tuviera fundamento en la Ley ordinaria que autoriza la refundición, tendría rango reglamentario. Esta teoría es admisible porque el decreto legislativo está sometido al mismo procedimiento de elaboración que cualquier otra norma reglamentaria y por lo tanto es admisible como Reglamento, en el que el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria, puede crear las normas de este rango que considere oportuno. Además, esta teoría permite el control del decreto legislativo por los Tribunales ordinarios. Esta no deja de ser la formulación clásica de la doctrina del *ultra vires*.

Pues bien, en el marco del problema de la inconstitucionalidad de la Ley después incluida en el Texto Refundido, la teoría operaría de la siguiente manera: la declaración de la nulidad de la Ley supone la inexistencia de la norma. Por lo tanto, si la norma que integró el Texto Refundido no existía (precisamente porque era inconstitucional y nula), el Texto Refundido no tiene fundamento legal, por lo menos no en los preceptos declarados inconstitucionales. Por lo tanto los preceptos pueden ser válidos, pero sólo como normas reglamentarias.

Esta opción sin embargo es inadecuada para el supuesto de la comunicación de la inconstitucionalidad de la Ley nula. Para argumentar esto es necesario recurrir, por un lado, a dos argumentos que excluyen ésta posibilidad con carácter general, y después a otros dos de carácter particular, que la excluyen en el caso.

En primer lugar hay un problema permanente sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Como vengo diciendo, en lo que respecta a las liquidaciones, la mayoría de las sentencias de inconstitucionalidad (y así lo hace el también la STC 22/2015) declaran sus efectos sólo frente a los procedimientos no firmes en los que la norma sea aplicación. Este régimen puede considerarse incluso demasiado simplista, al menos a la luz de las complejas teorías con las que el Tribunal Constitucional alemán ha intentado

resolver el problema de la aplicación de Leyes inconstitucionales en el ámbito tributario (22).

Bien es cierto que esta lógica es difícil de trasladar a la teoría de las fuentes del derecho, pero lo importante es que el Tribunal Constitucional renuncia a los plenos efectos de una inconstitucionalidad *ex tunc*, aunque ésta sería la teoría más pulcra desde el punto de vista teórico de la nulidad. El hecho es que la norma existía, al menos aparentemente, en el momento en el que se aprobó y publicó. El propio Tribunal Constitucional acepta los efectos de la norma inconstitucional sobre los procedimientos firmes, por lo que no debería ser un problema admitir los efectos de la norma sobre el procedimiento de elaboración del Texto Refundido (que al fin y al cabo es un procedimiento de elaboración de un Reglamento). Es decir, que se puede reconocer fuerza de Ley al decreto legislativo incluso en los preceptos de la Ley refundida que son, según la sentencia constitucional, nulos y por tanto inexistentes. Además, la fuerza de Ley se le reconoció al decreto legislativo a través de la norma delegante (en este caso la disposición final 2ª de la Ley extremeña 8/2005), que no se ha declarado inconstitucional.

Por otra parte, y como ya he defendido más arriba, el gran problema es la comunicación de la inconstitucionalidad, porque el Texto Refundido es sustancialmente la misma norma. Lo que tenemos es un problema de la relación de un precepto con fuerza de Ley con la Constitución, no un mero problema de ajuste del decreto legislativo a la Ley delegante. Por eso no puede reducirse al problema a una cuestión de *ultra vires* —que, eso sí, dejaría en manos de los Tribunales de lo contencioso-administrativo la declaración de inconstitucionalidad del Reglamento, y si es inconstitucional la Ley, ¿cómo no va a serlo el Reglamento? A pesar de la nulidad sobrevinida de la Ley 8/2005, no se puede decir simplemente que el caso se limita a un problema de fidelidad del decreto legislativo 2/2006 a la norma que refunde, porque lo que hay es un auténtico problema de constitucionalidad del contenido correctamente refundido del decreto legislativo, que es al fin y al cabo una norma con fuerza de Ley.

Estos problemas los planteo con carácter general, pero en el supuesto concreto del Decreto Legislativo 2/2006 hay dos argumentos más que permiten rechazar definitivamente esta teoría. El primero de ellos es que, como vengo diciendo, el artículo 22.3 del Estatuto de Autonomía de Extremadura más arriba transcrito exige que los decretos legislativos, tanto Textos Refundidos como Leyes de Bases, sean ratificados por la Asamblea Legislativa de Extremadura en una votación sobre conjunto del texto en un procedimiento de lectura única. Bien es cierto que este es el procedimiento legislativo más simple, y probablemente sea el más favorable a los intereses de ejecutivo, pero no deja de ser un pro-

(22) P.M. HERRERA MOLINA (1996).

cedimiento de elaboración de auténticas Leyes parlamentarias, expresión de la voluntad popular. Por lo tanto, en la medida en que haya sido aprobada por la Asamblea Legislativa de Extremadura, esta norma será inatacable por los Tribunales ordinarios, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se niega a comprobar la adecuación del Código Civil a su respectiva Ley de bases por haber sido aprobado en su momento por las cortes generales (23).

El segundo argumento es mucho más sencillo y llano. Se trata, pura y simplemente, de la reserva de Ley para establecer tributos que impone el artículo 31.3 de la Constitución. Por lo tanto, los preceptos dentro del decreto legislativo podrían ser válidos como norma reglamentaria, pero violarían la reserva de Ley material de la potestad tributaria. Evidentemente el resultado de esta teoría sería insatisfactorio: el impuesto no solamente sería inconstitucional, sino de hecho completamente nulo, y además esa nulidad podría ser declarada por los Tribunales ordinarios, pues no sería más que una norma reglamentaria revisable por ellos.

Pero por encima de todo esto, el gran argumento es de índole práctica. Y es que en casos similares, el propio Tribunal Constitucional, como demostraré en el siguiente epígrafe al hablar de los precedentes, ha resuelto problemas parecidos, incluso con tributos u otras materias sometidas a reserva de Ley, extendiendo los efectos de inconstitucionalidad decreto legislativo, y no degradándolo a norma reglamentaria.

3. El control del reglamento por los principios generales del Derecho

Por último, no quiero dejar de mencionar una de las técnicas fundamentales de control de la potestad reglamentaria en Derecho español. Hablar aquí del control de la potestad reglamentaria por los principios generales del derecho parece algo desubicado: por un lado, el decreto legislativo es una norma con fuerza de Ley, por lo que no parece coincida con el objeto de control por los principios generales del derecho, que se enfoca a la elaboración de normas reglamentarias con rango inferior a la Ley. Por otro, ya he dicho reiteradamente que sólo el Tribunal Constitucional debe ser competente para analizar la constitucionalidad del decreto legislativo, cosa que hará contraponiendo esta norma con la Constitución, que efectivamente contiene algunos de los principios generales del derecho más importantes de nuestro ordenamiento, pero desde luego el control de la constitucionalidad de las Leyes no es un control comparable al de la potestad reglamentaria.

(23) Sobre el procedimiento de elaboración del Código Civil y su aprobación parlamentaria, vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, 1986: 245 y ss.

En realidad, incluyo este epígrafe como continuación natural del anterior. Efectivamente, si el decreto legislativo es una norma formalmente reglamentaria, una norma de la Administración en definitiva, aunque tenga fuerza de Ley, será necesario aplicarle los mecanismos de control de la potestad reglamentaria. Aunque ya he desechado esta teoría, creo que es necesaria como argumento de cierre sobre los mecanismos alternativos de control al que yo propongo, que es el puro control de constitucionalidad.

De todas maneras, ya que la mayoría de los principios generales reconocidos en el derecho español actual traen causa de la Constitución —cómo puede ser, sin ir más lejos, la prohibición de doble imposición, que era el *quid* de la inconstitucionalidad en la STC 22/2015—, un control por los principios generales es hoy en día en gran medida un control de constitucionalidad. El actual fundamento constitucional de este límite hay que buscarlo en el sometimiento de la Administración al Derecho (art. 103 CE) —en expresión tomada del párrafo 20 (3) de la Constitución alemana—, así como en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Este control ha de ponerse en el contexto de la sumisión de los Reglamentos a los principios generales del Derecho —fuertemente vinculado al control de la discrecionalidad— se desarrolla plenamente en Francia, donde actuando en contra de su propia tradición jurídica, la Constitución de 1958, al reconocer un ámbito material de reserva de Reglamento, vincula éstos directamente a la Constitución, eliminando el sometimiento de la potestad reglamentaria a la Ley. En España —y sin negar la influencia de la jurisprudencia francesa—, debe buscarse el origen de esta doctrina en el impulso que viven los principios generales del Derecho desde la primera mitad del siglo XX. Como ejemplo de las últimas décadas, el Dictamen del Consejo de Estado de 30 de septiembre de 1982 rechaza que el Reglamento pueda ser utilizado para un fin distinto de su propia regulación material (y en concreto, para resolver problemas puntuales) lo que confirma la STS de 15 de septiembre de 1995, y la jurisprudencia más moderna ha incluido casos como que el Reglamento parta de una apreciación inexacta de la realidad, o que sean objetivamente irrazonables o que aboquen a resultados objetivamente injustos (STS de 15 de junio de 2005) (24). Son, en todo caso y en contra de lo que pudiera parecer, un límite rígido (25).

Hecha esta introducción, bastará con detenerse los puntos fundamentales. En primer lugar el control por los principios generales del derecho está disponible para todos los Tribunales ordinarios y para el propio Tribunal Constitucional. Por lo tanto, el estudio de los principios generales del Derecho en el control del decreto legislativo tiene interés en la medida en que puede producirse tanto

(24) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, 2011:209 y ss.

(25) J. L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, 1987: 237.

mediante el control constitucional, que yo propugno, como mediante un supuesto control ordinario de un decreto legislativo devenido norma reglamentaria.

Como ya he apuntado antes la propia Constitución es fuente de principios generales, y de hecho la propia prohibición de doble imposición lo es. Este principio general tributario, que nuestro caso sería derivado de un derecho (el del artículo 31.1 de la Constitución) podría tener un papel en el control del Reglamento, sino fuera una vez más por la reserva de Ley.

Aunque una vez más la reserva de Ley frustra la aplicación de la doctrina estrictamente al caso concreto, su interés con carácter general deriva precisamente de la desconfianza que el mundo moderno experimenta frente a la Ley (26). Efectivamente, la concepción idealista de la Ley como producto racional ha sido cuestionada por la propia realidad, que convierte a la Ley en instrumento de las ideas más irracionales, hoy simple técnica organizativa, y en definitiva desconectada de la justicia. De ahí el auge de los valores materiales representados en los principios generales del Derecho frente a la Ley en sentido meramente positivo.

Toda esta reflexión, más que aportar una solución alternativa al control del decreto legislativo, aspira a poner de relieve que dentro de los mecanismos de control reconocidos en el derecho español, y en concreto dentro de control constitucional, debe incluirse necesariamente un control de valores materiales, en definitiva un control por los principios generales del Derecho, tanto sobre la cuestión principal de fondo (en el caso estudio, el problema de la doble imposición) como sobre aspectos más generales (los límites del Poder Ejecutivo y su relación con el Poder Legislativo, por ejemplo) y los propios derechos fundamentales, de manera que el control de los decretos legislativos no puede limitarse a un control de mera legalidad, ni siquiera de mera conformidad formal con la Constitución. Deben valorarse en todo caso los efectos que la norma cuestionada tiene sobre la esfera derechos de los ciudadanos, en este caso de los contribuyentes, y especialmente del recurrente del procedimiento en el marco del cual se plantea la discusión. Sirva esta reflexión para explicar que no se debe reducir la comunicación de la inconstitucionalidad de la Ley al decreto legislativo simplemente una cuestión de fuentes, sino también un problema de derechos del recurrente.

4. La exclusividad del Tribunal Constitucional en el control de la inconstitucionalidad de la Ley

Como vengo diciendo, el problema en el caso de estudio no es el *ultra vires*. No se trata de la fidelidad del decreto legislativo a la Ley delegante, que

(26) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1971: 220.

no está en cuestión. Se trata de la inconstitucionalidad de fondo de la norma con fuerza de Ley. En este sentido, el problema no es otro que el del control de la constitucionalidad de las Leyes. Esto es así y se expresa con toda claridad en el artículo 27 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

El mecanismo de impugnación puede ser tanto un recurso directo de inconstitucionalidad como una cuestión de constitucionalidad. La cuestión, sin embargo, es el mecanismo adecuado para ser planteado en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo, porque es el que permite al Tribunal Constitucional revisar la constitucionalidad de la norma en aras de la resolución del caso concreto. En otras palabras, cuando se impugne una liquidación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la que se haya aplicado decreto legislativo 2/2006, el mecanismo adecuado para su declaración de inconstitucionalidad no puede ser una extensión de efectos adoptada por el propio órgano judicial de lo contencioso-administrativo. El motivo es muy simple y se deriva de lo que ya expliqué analizar las resoluciones del Tribunal Constitucional que son precedentes del caso: la extensión de efectos es un mecanismo en manos del Tribunal Constitucional en virtud de lo que dispone el artículo 39.1 de su Ley orgánica, *cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*. Es, por lo tanto, un mecanismo fuera del alcance de los Tribunales ordinarios.

La única solución en manos del órgano judicial ordinario es el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Sobre esto la doctrina española tradicional (27) ha dicho que cuando la duda sobre la constitucionalidad la Ley sea razonable el Juez ordinario planteará la cuestión de inconstitucionalidad. De algún modo, una cierta doctrina ha venido diciendo que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad es obligatorio si la duda existe, y no disponible para el Juez ordinario, que sólo podrá rechazar la cuestión sino tiene dudas sobre la constitucionalidad de la Ley que va aplicar. En este sentido, es defendible que debería existir un cierto control del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por parte del Juez ordinario.

Quiero aclarar cómo último punto, que existe una última solución: el recurso de amparo frente a una sentencia que aplicara el decreto legislativo. Los inconvenientes de este mecanismo son evidentes: por un lado, desde un punto de vista material, el recurso amparo requerirá que se haya violado un derecho fundamental recurrible, lo que no siempre ocurre (y desde luego no el del art. 31.1 CE). Por otra parte, asumiendo un punto de vista puramente procesal, se admiten muy pocos amparos en el Tribunal Constitucional español,

(27) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1971: 181.

que tardará años en resolver y que se plantean habitualmente problemas de ejecución.

V. LA TERCERA VÍA: LA PROTECCIÓN CAUTELAR DEL RECURRENTE EN SEDE ORDINARIA EN TANTO QUE SE RESUELVE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. El papel de las medidas cautelares

El desarrollo de la justicia cautelar en el procedimiento contencioso-administrativo es uno de los grandes éxitos del Derecho público español reciente. No merece la pena detenerse aquí en un análisis teórico sobre las medidas cautelares, porque no es ni el momento ni el lugar.

Sí que merece la pena recalcar que las medidas cautelares, hoy positivizadas, se han abierto paso en nuestro derecho a través de casos en los que la protección que ofrecía al recurrente una sentencia sobre el fondo que llegaba tarde, en el marco de un proceso largo y tedioso, era palmariamente insuficiente. Se podrían citar, como los grandes clásicos los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Del País Vasco de 21 de marzo de 1991, magníficamente estudiados por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien por cierto observo la influencia en el desarrollo de nuestras medidas cautelares de la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con especial referencia la sentencia *Factortame* (28).

Por eso, más que hacer una especie de introducción teórica sobre las medidas cautelares, resulta de interés a este trabajo destacar ese proceso evolutivo, hoy ya consolidado, para demostrar que en el supuesto de estudio merece la pena dar un paso más. La tutela cautelar es a priori una opción a disposición de cualquier recurrente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, pero en la práctica la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que las medidas cautelares se aplicarán restrictivamente, de manera que solamente accederán a la tutela cautelar supuestos de hecho en los que concurren destacadamente los requisitos de *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e interés público.

Ahora bien, en el caso presente, esta doctrina debe ser superada. En un caso en el que la norma de aplicación es sustancialmente la misma que una declarada previamente inconstitucional, el *fumus* es un requisito fácil de identificar. Por otro lado, el propio contenido económico de la pretensión de los sujetos del impuesto que establece el Decreto Legislativo 8/2006 de la

(28) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2006).

Comunidad Autónoma de Extremadura la situación económica en que el pago del impuesto puede situarles, y lo que no es menos importante, la cuestionable solvencia del administración como deudora (29), especialmente de tan grandes cantidades de dinero, justificarán la adopción de la medida cautelar. De todos estos argumentos, voy a centrarme en el argumento del *fumus* que es, como se verá, el de mayor peso para justificar la adopción de la medida cautelar, hasta el punto de poder convertirla prácticamente en automática.

2. Medidas cautelares negativas

Las medidas cautelares negativas fueron las primeras admitidas por la jurisprudencia, y son las más habitualmente adoptadas. En el supuesto de estudio las medidas cautelares negativas que se podrían adoptar son diversas, aunque la más obvia de ellas es la suspensión de la liquidación amparada en el decreto legislativo cuya constitucionalidad se cuestiona.

Esta solución sin embargo es insuficiente. Como ha podido comprobarse en los casos de las sentencias, hay ocasiones en las que ni siquiera sería eficaz la suspensión por sí sola, porque la pretensión es la devolución de las cantidades ya pagadas, o las que la Administración ya se ha cobrado con los diferentes mecanismos a su disposición.

Efectivamente, en ocasiones ya se han producido pagos, y la medida cautelar negativa es insuficiente. Así sucedió en el supuesto de la STC 22/2015, precisamente. Pues bien, es de suponer que el caso que se presente ante un Tribunal de lo contencioso-administrativo no sea muy diferente. La pretensión va a ser normalmente el reintegro de las cantidades ya pagadas en una liquidación no firme, y sólo en el mejor de los casos la impugnación de la liquidación sin exigencia de devolución dineraria a la Administración. Por eso no son suficientes las medidas cautelares negativas, y será necesario adoptar una medida cautelar positiva.

3. Medidas cautelares positivas

La doctrina de las medidas cautelares positivas se desarrolla a partir del Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991. Sin necesidad de entrar en aquel supuesto, basta decir que su doctrina fue acogida por la Sentencia constitucional 238/1992 (30) y posteriormente por la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De ahí, las

(29) Como comenta sin ir más lejos el propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 330.

(30) STC, Pleno, Sentencia 238/1992 de 17 Dic. 1992, Rec. 1445/1987, Ponente: López Guerra, Luis.

medidas cautelares positivas se abren camino en toda nuestra jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo.

Ejemplo evidente de la doctrina de las medidas cautelares positivas han sido las sentencias sobre la inmersión lingüística en Cataluña que se vienen produciendo desde comienzos de los años noventa, y que se han intensificado en los últimos años. TORNOS MÁS fue probablemente el primer autor en comentar esta línea jurisprudencial, hoy ya reiteradísima, a cuenta del análisis del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 1993 (31), basado en la interpretación amplia del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que ampara cualquier medida cautelar adecuada para satisfacer el derecho, ya que el objetivo de la medida cautelar nunca deja de ser garantizar la efectividad del derecho que se pretende proteger en el juicio de fondo, si finalmente llega la sentencia estimatoria. Jurisprudencia que por cierto, tiene precedentes en los modelos de justicia cautelar italiano y alemán (32).

Coincido con este autor en que lo fundamental de esta doctrina jurisprudencial es la consolidación del procedimiento contencioso-administrativo según un modelo de justicia plenaria. La protección de los derechos de los recurrentes exige imponer a la Administración una conducta que garantice no sólo la ejecución de la sentencia que se dicte sobre el fondo, sino incluso satisfacer desde el inicio del proceso, si así se solicita, la pretensión del recurrente para asegurar que una sentencia definitiva, incluso siendo ejecutable, no llegue a resultar insatisfactoria por tardía. La cuestión, como dice el autor, es que en el estudio del *periculum in mora*, el Tribunal debe plantearse no si será ejecutable la sentencia sobre el fondo, sino cómo afectará el paso del tiempo al derecho fundamental.

Esta jurisprudencia, que tiene ya años, no ha dejado de evolucionar. En un principio su fundamento recaía especialmente sobre los derechos fundamentales. En la jurisprudencia más moderna ha surgido un nuevo argumento añadido que resulta inspirador para el supuesto de estudio: el hecho de que ya haya habido resoluciones judiciales favorables sobre el fondo en otras sentencias anteriores del mismo Tribunal y en supuestos muy similares, es en sí mismo un supuesto de *fumus boni iuris* muy claro, que permite adoptar la medida cautelar positiva por sí solo (33).

(31) J. TORNOS MÁS (1994).

(32) Citadas por el propio TORNOS MÁS, VALORZI (1991) y TADDEI, 1988: 219; y los ya clásicos estudios en nuestro Derecho, pero tratando sobre el Derecho alemán, BACIGALUPO, 1992: 443, y GONZÁLEZ-VARAS, 1993: 279.

(33) La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 29 mayo 2014 Recurso de Casación núm. 3182/2013 Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez. «Este tipo de situaciones efectivamente se pueden producir por la demora en la aplicación

Este es un argumento clave, máxime en un terreno tan restrictivo como el de la justicia cautelar, y más aún la positiva. Pero esta jurisprudencia nos brinda una posibilidad sin igual: el hecho de que tengamos una sentencia que resuelve la inconstitucionalidad de la norma refundida nos ofrece una resolución previa, recaída sobre una cuestión de fondo prácticamente igual a la que es objeto del proceso.

De ahí que el Juez ordinario pueda adoptar las medidas cautelares oportunas para proteger al recurrente en tanto que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad: el *fumus boni iuris* de esta cuestión es evidente, tanto que podría justificar por sí sólo la adopción de la medida cautelar positiva.

VI. Y VUELTA AL CASO DE ESTUDIO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

A estas alturas, los hechos de la sentencia están claros: se ha impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en particular, ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, una resolución que rechaza la rectificación de autoliquidación y devolución de la cuota por aplicación de la Ley extremeña 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente, en su redacción otorgada mediante la Ley 8/2005, de 27 diciembre, de reforma de tributos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Desestimado dicho recurso el recurrente acude al recurso de casación, en el que plantea la inconstitucionalidad de dicha norma. El Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la Ley impugnada, el pero no extiende efectos al Decreto Legislativo Extremeño 2/2006, por el que se aprueba el Texto Refundido Disposiciones Legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura Materia Tributos Propios, en el que esta norma se integra.

El caso de estudio por tanto no es el de la propia STC 22/2015, sino el de cualquier recurso contencioso-administrativo que podrá interponerse poste-

del sistema que alumbra la jurisprudencia de esta Sala Tercera, tras la STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010, 31) , esencialmente en el fundamento jurídico décimo cuarto, sobre la interpretación de la « lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza » (STC citada FJ 14). Teniendo en cuenta que el paso del tiempo, y el retraso en su aplicación, curso tras curso, genera a los alumnos un perjuicio que puede ser irreparable a los efectos pretendidos en el recurso. Sobre todo, cuando se sabe, al tiempo de resolverse el incidente cautelar, y atendidos los abundantes precedentes judiciales de esta Sala, cuál será el sentido y contenido de la sentencia que ponga fin al proceso.» [y las sentencias que cita] En el mismo sentido, la STS de (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª) Sentencia de 30 junio 2014, Recurso de Casación núm. 3365/2013 Ponente: Excmo. Sr.Segundo Menéndez Pérez. En materia de tributos, vid. M.A. LUQUE MATEO (2002).

riormente contra liquidaciones que apliquen el Decreto Legislativo extremeño 2/2006. En la medida en que la Ley refundida ha sido declarada inconstitucional, los recurrentes plantearán, con todo fundamento, la inconstitucionalidad de su Texto Refundido, y por tanto la anulación de los actos que lo apliquen.

En la solución que yo propongo en este trabajo, sostengo que efectivamente se comunica la inconstitucionalidad de la Ley al decreto legislativo. Sin embargo, es evidente que ni la Constitución ni la Ley respaldan expresamente esta conclusión. Por lo tanto, no será posible que el órgano jurisdiccional se limite a aplicar una norma con rango de Ley que comunique la inconstitucionalidad, porque no existe semejante norma. El único mecanismo válido para llegar esta conclusión hubiera sido la extensión de efectos que, potestativamente, confía al Tribunal Constitucional el artículo 39.1 de su Ley Orgánica.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no adoptó la extensión de efectos en la sentencia 22/2015. Y el problema no desaparece, sino al contrario: si se hubiera adoptado la extensión de efectos, los recurrentes de las liquidaciones en vía contencioso administrativa hubieran solicitado directamente la nulidad por aplicación de una norma inconstitucional, el Decreto Legislativo extremeño 2/2006. Sin embargo, este decreto legislativo no ha sido declarado inconstitucional, por lo que los recurrentes tendrán que invocar de nuevo la inconstitucionalidad del decreto legislativo en el proceso en el que impugnen un acto que lo aplique.

Por otra parte, he mantenido la concepción del decreto legislativo como una norma reglamentaria, formalmente distinta de la Ley parlamentaria, aunque con fuerza de Ley dentro de los límites de la delegación. Esta tesis, que creo que es la que recoge la propia Constitución en su artículo 82, no permite sin embargo que el Juez ordinario se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de fondo del decreto legislativo. Es admitido que los Tribunales ordinarios pueden controlar los decretos legislativos, como establecen tanto el artículo 82.6 de la Constitución como el artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (34), pero sólo respecto del sometimiento del decreto legislativo a los límites de la delegación. Pero no pueden ejercer un control sobre la constitucionalidad del fondo de la norma, que debe quedar reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional. Afirmar lo contrario supondría simplemente cuestionar la exclusividad que el propio artículo 39.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional atribuye este órgano en la extensión de efectos de la sentencia constitucional, máxime cuando dicha extensión de efectos es potestativa para el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, la vía de actuación adecuada para el órgano judicial es la misma que cuando se impugnaron las liquidaciones a las que se aplicaba

(34) Sobre éste, vid E. VIRGALA FORURIA (1999).

la Ley del parlamento extremeño que fue declarada inconstitucional por la STC 22/2015, y también la misma que cuando se plantea cualquier duda de constitucionalidad de una Ley en el marco de un procedimiento judicial: la cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, por otra parte, cuando decida sobre esta cuestión de inconstitucionalidad tendrá que adoptar la resolución que considere más adecuada sobre el fondo. No se puede descartar completamente que la norma se declare constitucional, aunque en el supuesto del Decreto Legislativo Extremeño 2/2006, la identidad con la Ley delegante hace que esta resolución sea difícilmente imaginable.

En cualquier caso, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el Juez ordinario de lo contencioso-administrativo tiene medios suficientes para evitar la aplicación del decreto legislativo inconstitucional en el caso concreto. El mecanismo para resolver este problema del recurrente será la adopción de una medida cautelar, como muy tarde, cuando se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, y naturalmente siempre a instancia de parte. La medida cautelar adoptada podrá consistir tanto en una medida cautelar negativa, como la suspensión de la liquidación impugnada; como también en una medida cautelar positiva, que contenga una obligación de hacer contra la Administración y en favor del recurrente, como la rectificación de la liquidación o autoliquidación o el reintegro de la cuota tributaria ingresada en relación con el impuesto, tal y como se solicitaba en el procedimiento contencioso-administrativo en el que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 22/2015.

Sobre la actuación del órgano jurisdiccional ordinario, debo matizar que aunque he rechazado la teoría de la degradación del decreto legislativo que integra una Ley inconstitucional a rango de Reglamento, sí que he considerado relevante que el juzgador tenga en cuenta, al reflexionar sobre si debe plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad, que el decreto legislativo es siempre una norma del Gobierno, sometida a un proceso similar al de elaboración de los Reglamentos. Por ejemplo, a está sometida al dictamen del Consejo de Estado en virtud del artículo 21.3 de la Ley orgánica del Consejo de Estado (35).

En este sentido, creo que el órgano judicial ordinario sí que puede valorar el decreto legislativo con los métodos de análisis que se aplican a las normas de rango reglamentario, y en concreto el control por los principios generales del Derecho. No se trata ningún caso de que el control por los principios generales pueda sustituir a la declaración de inconstitucionalidad Tribunal Constitucional. Tal conclusión sería una vez más inadmisibles. Se trata sencillamente de que el órgano judicial debe valorar la adecuación del decreto legislativo a los principios generales del derecho, y especialmente los consagrados a la Constitución, como un argumento más que puede justificar plantear la cuestión de

(35) Sobre esto incide particularmente T. FREIXES SANJUÁN (1990).

inconstitucionalidad, o incluso posteriormente para adoptar la medida cautelar el que proteja al recurrente en tanto que la cuestión se resuelva. Se trata dicho de otro modo de evitar reducir el problema de los derechos del recurrente a un simple problema de adecuación del decreto legislativo a la Constitución. Los derechos e intereses legítimos de los recurrentes no pueden reducirse a un problema de fuentes del derecho, menos aún cuando la norma de aplicación es una norma emanada del Poder Ejecutivo, aunque tenga fuerza de Ley.

También sería conveniente hacer una breve referencia a los efectos que tendría la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad del decreto legislativo sobre las liquidaciones impugnadas. Aquí entraré en la parte más práctica del trabajo: habrá que resolver el problema de qué efectos tendría esta teoría sobre los intereses económicos en juego en el caso concreto. Por ejemplo, qué sucede con las deudas tributarias ya liquidadas o aún más, con las ya pagadas.

En realidad, esta tesis no es más que una manifestación de una doctrina ya consolidada en toda la trayectoria el Tribunal Constitucional, y consagrada para las sentencias firmes en el artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, citado más arriba.

Insisto en que a pesar de que el precepto se refiere a sentencia con fuerza de cosa juzgada, la jurisprudencia constitucional ha extendido esta doctrina a las liquidaciones tributarias firmes. De todas maneras, ésta no es una conclusión pacífica. FALCON Y TELLA crítica esta doctrina, que se inició en el fundamento jurídico 11 de la STC 45/1989 (36) (37).

Por lo tanto, una vez dictada sentencia por parte del Tribunal Constitucional, si el decreto legislativo es declarado inconstitucional, la solución no será diferente de la que se adoptó en la impugnación de la Ley refundida.

Sin embargo, tampoco hay que concluir que toda la reflexión de ese trabajo no aporta una solución diferente a cualquier otra cuestión de inconstitucionalidad. Que se puede comunicar la inconstitucionalidad de la Ley al decreto legislativo que la integra como Texto Refundido es en el fondo evidente: el propio Tribunal Constitucional lo ha hecho cuando ha recurrido al mecanismo de la extensión de efectos de la sentencia en la que se impugnaba la Ley refundida, cómo he demostrado con sendos ejemplos. El fundamento teórico de esta solución también lo he ofrecido, y puede resumirse en que el decreto legislativo que aprobó un Texto Refundido no tiene capacidad creativa ni innovadora, limitándose a recoger las normas que ha delimitado el la Ley delegante al determinar el objeto de la delegación.

(36) STC, Pleno, Sentencia 45/1989 de 20 Feb. 1989, Rec. 1837/1988, Ponente: Rubio Llorente, Francisco.

(37) Sobre esto R. FALCÓN Y TELLA, (1996) y (1997). Vid. también R. CANCIO FERNÁNDEZ, (2011) e Y. GARCÍA CALVENTE (2008) y C. BANACLOCHE PALAO (2000).

Otra cosa es que en el caso de estudio, aunque se puede producir la misma comunicación de inconstitucionalidad, está no ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, y tampoco se puede dejar en manos del órgano judicial ordinario. Pero el hecho de que la cuestión de inconstitucionalidad se plantee sobre un decreto legislativo que integra la norma ya declarada inconstitucional sí que plantea diferencias con cualquier otra cuestión de inconstitucionalidad: saber que la Ley refundida ya es inconstitucional nos ha servido para facilitar todo el proceso ante el Juez ordinario, por ejemplo haciendo evidente, casi indispensable, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y aportando un *fumus boni iuris* tan potente que hace casi insalvable la adopción de una medida cautelar.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Mariano (1992): «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», en *Revista de Administración Pública*, núm. 128.
- BANACLOCHE PALAO, Carmen (2000): «Declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas (RCL 1989, 835): sus efectos sobre liquidaciones firmes y no firmes». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15/2000.
- CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl C, «Los efectos que nuestro ordenamiento jurídico reserva a la declaración de inconstitucionalidad y su incidencia en la imputación temporal del devengo de operaciones de devolución de ingresos indebidos, a los efectos de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2011.
- CARLASSARE CAIANI, L. (1961): «Sulla natura giuridica deli testi unici», en *RTDP*.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1986): *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. I Vol. I. Madrid, Reus.
- DE OTTO PARDO, Ignacio (1987): *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón (1996): «El concepto de prestación patrimonial de carácter público y la necesidad de limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad respecto al art. 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos», en *Revista Quincena Fiscal* núm. 2.
- (1997): «Efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre los recursos de amparo pendientes: la peligrosa doctrina sentada por la STC 159/1997, de 2 de octubre, en relación con el gravamen complementario de la tasa sobre el juego», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 20.

- FREIXES SANJUÁN, Teresa (1990): «La legislación delegada», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 28.
- GARCÍA CALVENTE, Yolanda (2008): «De nuevo sobre las notificaciones al presentador del documento y sobre los efectos temporales de las sentencias del TC que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad», en *Revista Quincena Fiscal* núm. 12.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): *Legislación delegada, potestad Reglamentaria y control judicial*, 2ª ed. Madrid, Tecnos.
- (2006): *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas.
 - (2011): *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed. Madrid: Civitas (Vols. I y II).
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José (1993): *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (1995): *Los controles de la Legislación delegada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (1996): «Los efectos de la inconstitucionalidad en las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales)», en *Revista Quincena Fiscal* núm. 13.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel (2005): «Los controles a la legislación delegada», en *Actualidad Administrativa*, N° 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Oct. 2005, p. 2185, tomo 2, Editorial La Ley.
- LUGUE MATEO, Miguel Ángel (2002): «Las medidas cautelares positivas en el ámbito tributario», en *Tribuna Fiscal* núm. 140.
- SANDULLI, Aldo (1957): «Legge, forza di legge, valore di legge», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 2.
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Ceura.
- TADDEI, Giovanni (1988): *Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa*, Maggioli, Rimini.
- TORNOS MAS, Joaquín (1994): «Derecho a la enseñanza en la lengua materna y medidas cautelares positivas», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 81.
- (1982): «De nuevo sobre el control de los Decretos Legislativos: La declaración de nulidad por vicios de carácter procedimental, del Decreto 20 diciembre 1974 en materia de disciplina de mercado», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 32.

- VALORZI, Andrea (1991): *Tutela cautelare in proceso amministrativo*, Padova, Cedam.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis (1987): *Principios de Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Ed. Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo (1999): «De nuevo sobre los Decretos Legislativos», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 56.

UNIÓN EUROPEA

LA RECEPCIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS COMO FACTOR DE IMPULSO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y ESPEJO DE ALGUNO DE SUS PRINCIPALES RIESGOS(*)

CÉSAR CIERCO SEIRA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ INTERÉS OFRECE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS DESDE LA ÓPTICA DEL ESTUDIO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA?– II. LA CONVERSIÓN ELECTRÓNICA DE TODOS LOS PROCEDIMIENTOS Y TRÁMITES: UN MANDATO DE MÁXIMOS QUE TRAE CONSIGO EL DILEMA DE LA GRADUALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.– III. LA PERLA ELECTRÓNICA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LA VENTANILLA ÚNICA VIRTUAL: 1. Una nueva vuelta de tuerca a una vieja aspiración: el ideal de la ventanilla única proyectado sobre el control administrativo de las actividades de servicios. 2. Los rasgos fundamentales del modelo conceptual de ventanilla de servicios que se ha consolidado en España. 3. El nudo de la funcionalidad de la ventanilla de servicios. El estancamiento en el tránsito de la «ventanilla informadora» a la «ventanilla tramitadora». 4. Algunas claves para la nueva generación de ventanillas únicas de servicios que se esperan. En pos de una herramienta europea y fructífera: A) El carácter transfronterizo de las ventanillas únicas de servicios. B) La potenciación de la efectividad de las ventanillas de servicios. La importancia de medir los resultados y de introducir indicadores para ajustar el rumbo y combatir las eventuales rigideces electrónicas.– IV. FINAL.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El impacto tan profundo que ha tenido la recepción de la Directiva de Servicios en nuestro ordenamiento jurídico se ha dejado sentir igualmente en el terreno de la Administración electrónica. Las exigencias impuestas en este orden, especialmente en lo que hace a la modelación de una ventanilla única virtual de servicios, hacen de la norma comunitaria uno de los más firmes aliados en el decidido tránsito al paradigma electrónico. Por eso mismo, con la perspectiva que ofrece la experiencia acumulada en estos primeros años de puesta en marcha, conviene reparar, también, en las dificultades que han salido al paso como el *gap* operativo entre Administraciones, la presencia de ciertas rigideces electrónicas o las dificultades para crear servicios realmente transfronterizos. Dificultades que son reveladoras de algunas claves sobre las que conviene para mientes y tamizarlas en clave general a fin de que el tránsito hacia el ideal electrónico se rodee de la oportuna reflexión.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 3 de abril de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 26 de abril de 2017.

Palabras clave: Directiva de Servicios, Administración electrónica, Mercado único de servicios, Ventanilla única.

ABSTRACT: The profound impact of the receipt of the Services directive in our legal system has also been felt in the field of eGovernment. The demands imposed in this order, especially with regard to the modeling of a single virtual service window, make the Services directive one of the firmest allies in the decisive transit to the electronic paradigm. For that reason, with the perspective of the experience accumulated in these first years of implementation, it is also important to note the difficulties that have come across, such as the operational gap between public administrations, the presence of certain electronic barriers or the difficulty to create cross-border services. Difficulties that are revealing of some key issues that are needed to take into consideration so that the transit towards the electronic ideal is surrounded of the opportune reflection.

Key words: Services Directive, eGovernment, Points of Single Contact, Single Market for Services.

I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ INTERÉS OFRECE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS DESDE LA ÓPTICA DEL ESTUDIO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA?

Al volver la vista atrás y hacer balance del camino andado en la recepción de la Directiva de Servicios en España y el cumplimiento de sus mandatos en el terreno de la Administración electrónica sobresale, antes que nada, el positivo y significativo impacto que ha tenido en la pujanza de este nuevo paradigma.

Es indudable que la Directiva de Servicios ha sido y sigue siendo un formidable aliado de la transformación electrónica de nuestra Administración. No en vano hay en ella una firme apuesta por el uso de los medios electrónicos como herramienta capital en el ambicioso programa simplificador que se diseña para remover la inteligencia del qué y también del cómo en la labor fiscalizadora de la Administración sobre el mercado de los servicios. El legislador comunitario fía una parte muy importante de la revisión del modelo imperante a la transformación electrónica del entorno burocrático que envuelve a las actividades de servicio. Es más, como ha ocurrido a propósito de otros apartados de la Directiva de Servicios, también en lo relativo al impulso de la Administración electrónica el influjo de las ideas y postulados comunitarios han trascendido su genuino ámbito de aplicación. La conveniencia del salto hacia lo electrónico no sólo se ha acogido en el ramo de los servicios, sino que, en realidad, se ha interpretado como señal de algo más profundo, cual si se tratase de una idea-fuerza «enmascarada» en una Directiva y en un frente en concreto pero al cabo reveladora de un cambio que apunta a repensar con carácter general en pro de la forma electrónica de nuestra Administración. Ello

explica que esta norma se invoque y tenga plaza en el argumentario general que se ha desplegado en España para justificar la profunda transformación digital en la que estamos inmersos (1).

Con ser reconocible y significativa, la incidencia de la Directiva de Servicios en el despegue definitivo de la Administración electrónica en España en estos últimos años debe asimismo matizarse. Se trata de un fenómeno que tiene una explicación compleja y en el que confluyen muchos y variados factores, algunos, por cierto, inesperados —caso de la crisis económica, triste paladín de la reforma administrativa—. Por supuesto que el viento de Europa ha contribuido a henchir las velas. Pero la Directiva de Servicios no llegó sola desde Bruselas —piénsese, sin ir más lejos, en el impulso comunitario a la contratación pública electrónica, que afecta a otro sector igualmente estratégico en la actividad de la Administración— (2). Y otros vientos extranjeros recios

(1) Un preciso y detallado encuadre puede hallarse en Juan José Díez SÁNCHEZ y Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 153-158.

(2) Conviene tener muy presente que la Unión Europea está desarrollando una intensa actividad en relación con el paradigma de la Administración electrónica. Se ha provisto, sobre ello, de un discurso muy sólido a este respecto de manera que las iniciativas emprendidas, que son muy numerosas y de entidad, tienen tras de sí un soporte discursivo recio y consistente. Una panorámica general de los muchos frentes en los que la Unión Europea está empujando nos ofrecen, entre otros, José VIDA FERNÁNDEZ, «La Administración electrónica en la Unión Europea», en *Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie Claves de Gobierno Local*, núm. 12, 2010, pp. 13-59; y David ORDÓÑEZ SOLÍS, «La administración electrónica en el contexto de la Unión Europea: programación, legislación y financiación», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 31, 2013, pp. 23-39.

Más allá del peso específico de las iniciativas en concreto, las líneas maestras de la inteligencia y de la estrategia global de la Unión Europea en Administración electrónica se recogen hoy en la *Agenda Digital para Europa*. Es allí donde puede advertirse que, junto con otros grandes objetivos, vinculados a la pujanza del comercio digital, a la transformación del sector de las telecomunicaciones o al logro de la inclusión digital, hay lugar también para hacer hincapié en la importancia capital de que los ciudadanos y las empresas puedan interactuar fácilmente con las distintas Administraciones Públicas por vía telemática, fijándose, en consecuencia, metas ambiciosas en relación con los servicios públicos electrónicos y su uso. Líneas maestras de cuya perfiladura, por otra parte, viene ocupándose con esmero la Comisión Europea a través de una rica serie de *Comunicaciones* que bien pueden considerarse a estas alturas documentos de cabecera en la materia, comenzando por la célebre *Comunicación sobre el papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, de 26 de septiembre de 2003, COM (2003) 567 final.

La lectura de este acervo pone de manifiesto que las instituciones comunitarias ven con seria preocupación la contingencia que supondría el que la Administración electrónica quedase rezagada con respecto a las transformaciones que se producen en el seno de la sociedad; y temen por eso mismo que los servicios públicos, que son básicos en la estructuración del mercado único y, en general, del proyecto que representa la Unión, defrauden las expectativas de unos ciudadanos para los que el componente digital ha devenido en algo perfectamente natural.

también han venido a soplar felizmente en la misma dirección —en particular, tengo en mente el papel de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos—. Es más, sin falta ha de significarse que la Directiva de Servicios entra en escena en un momento en el que ya había cristalizado en España y cobrado fuerza una corriente favorable a la reforma electrónica de la Administración. De manera que no asistimos a un contrapunto abrupto que marque de repente un nuevo rumbo sino más bien a un impulso, así sea importante, que afianza una línea que a esas alturas era conocida y asumida como algo necesario en nuestro país (3).

* * *

Influencia en el despegue de la Administración electrónica española, sí, pero en combinación y sintonía con otros muchos factores, algunos de los cuales son previos y más decisivos.

Por otra parte, importa tener en cuenta que la Directiva de Servicios apenas se detiene a describir, siquiera sea de manera superficial, la manera de llevar a término los ambiciosos objetivos que fija en cuanto a transformación del entorno administrativo del mercado de los servicios en clave electrónica. Quiero decir con ello que, dejando a salvo una pequeña apertura que abre paso a la aprobación de reglas especiales comunitarias en materia de interoperabilidad, la Directiva de marras no introduce reglas sustantivas de Administración electrónica. Ni siquiera hay un tratamiento específico de temas que se dirían cruciales para la suerte de los objetivos pretendidos como son la firma electrónica o las comunicaciones electrónicas. Se dirá que nada de extraño hay en ello toda vez que a la Directiva le es natural precisamente ese papel de dirección. Sin embargo, pretendo llamar la atención de que, a diferencia de otros ámbitos, caso de la contratación pública, no hay en este caso un esfuerzo por tratar de introducir ajustes particulares para el ramo de los servicios con la finalidad de allanar el camino posterior de los Estados. Pondré un solo ejemplo: si resulta evidente que uno de los objetivos básicos es que los prestadores de servicios puedan interactuar fácilmente y *on line*

Existe, por tanto, un acervo de pensamiento europeo en relación con la significación y retos de la Administración electrónica. Acervo que, empero, supuestas las propias limitaciones competenciales de la Unión, aparece depositado en documentos pertenecientes, los más, al *soft law*. Es por ello que la Directiva de Servicios representa un hito en esta andadura en la medida en que, gracias a su fuerza normativa y a la entidad de las obligaciones que impone a los Estados, actúa a modo de catalizador de todo ese caudal de pensamiento.

(3) Acerca de la conveniencia de contextualizar la Directiva de Servicios y de advertir la presencia de otros factores proclives al desarrollo de la Administración electrónica y a la consecución de las metas que le son propias véase Alberto PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Volver a empezar (A propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración Electrónica)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Abril-2010, pp. 45-62.

con las Administraciones nacionales, ¿no debería haberse prestado entonces una atención particular a la firma electrónica en el entorno de la Directiva de Servicios? Sea como fuere, más que por crear un acervo de reglas particulares en materia de Administración electrónica, que no lo hace, la Directiva sobresale en este ámbito por el respaldo que presta a la causa al exigir una conversión electrónica de todo el entorno administrativo en derredor del establecimiento y la prestación de servicios.

* * *

Llegados a este punto, acaso piense el lector que el interés por la aportación que en clave electrónica brinda la Directiva de Servicios se va desvaneciendo y que poco es lo que depara al estudioso de la Administración electrónica esta norma, a pesar de su notoriedad. Incluso pueda pensarse, después de lo dicho, que hay algo de bluf detrás de semejante despliegue. ¿Exceso, en suma, de traza y artificio?

No sería justo, sin embargo, ir a parar al otro extremo. Estamos ante una norma de impulso de la Administración electrónica que hace muchos méritos por la apuesta tan firme que en ella se contiene a favor del empleo de medios electrónicos y por el carácter estratégico que reviste. Ese haber es inconcuso y es del todo razonable que fuese puesto en valor en las primeras glosas. Ahora bien, esto sentado, pasado el entusiasmo inicial, al volver la vista atrás y profundizar en el alcance e impacto de su recepción en España se advierte la presencia de una serie de debilidades que también conviene significar. Y no para hurgar con el dedo académico en las heridas de la Administración electrónica. Lo que pretendo en este trabajo es llevar a cabo un trayecto de vuelta: siendo que la Directiva de Servicios ha dejado de ser un futurible para convertirse en algo concreto y tangible, considero que la glosa de todas sus cualidades en este orden debe dejar paso a un análisis crítico orientado a extraer enseñanzas. Porque si la Directiva ha sido y es motor de transformación electrónica a escala general cabe aprender también de esta experiencia significativa para identificar puntos y elementos de reflexión extrapolables. Propongo al lector, en definitiva, usar la Directiva como espejo para advertir debilidades que se prestan a una lectura en clave general de Administración electrónica.

II. LA CONVERSIÓN ELECTRÓNICA DE TODOS LOS PROCEDIMIENTOS Y TRÁMITES: UN MANDATO DE MÁXIMOS QUE TRAE CONSIGO EL DILEMA DE LA GRADUALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

El programa de reforma diseñado por la Directiva de Servicios en materia de Administración electrónica se articula a partir de dos líneas de actuación que

al cabo están llamadas a confluír: por un lado, la obligación de transformar en clave electrónica la tupida red de trámites y procedimientos afectados; por otro, la creación de ventanillas únicas virtuales a través de las cuales puedan los prestadores de servicios dar un curso fácil y a distancia a sus iniciativas empresariales.

La primera de estas líneas de trabajo tiene como base el mandato contenido en el art. 8 de la Directiva. Bajo el rótulo «Procedimientos por vía electrónica», el legislador comunitario establece que «Los Estados miembros harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes». A pesar del tiempo transcurrido, he de reconocer que la relectura del precepto sigue causándome la misma impresión inicial. Choca el tono contundente que se emplea —«*harán lo necesario*»— y otro tanto ocurre en relación con la proyección omnimoda —«*todos los procedimientos y trámites*»—. Obligación de conversión electrónica en términos realmente ambiciosos, pues, que traslada a los Estados el duro envite de brindar a los emprendedores diseños procedimentales susceptibles de ser recorridos en su totalidad por cauces telemáticos (4).

Dejando a salvo las reservas y puntualizaciones hermenéuticas que cabe realizar y que tuve ocasión de exponer, es lo cierto que el legislador español, en sintonía con su decidida voluntad de exprimir la savia de la Directiva de Servicios y de servirse de ella más allá de la rama de los servicios, ha seguido a pie juntillas el mandato transcrito sin dar la más mínima muestra de incomodidad ante el desafío mayúsculo que incorpora en rigor. La Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (2009) —en adelante: Ley de Servicios— señala en este sentido que «*Todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio se podrán realizar electrónicamente y a distancia [...]*» (art. 17.4) (5). Y no sólo eso. Como muestra singular de convencimiento, el legislador español se puso metas aún más ambiciosas, ensanchando la teletramitación a fin de dar cabida a trámites no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, como los

(4) De la exégesis de este precepto me ocupé en «Administración electrónica y Directiva de Servicios», en Elisa MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2010, pp. 345-347.

(5) ¿Exceso de optimismo o abuso de la transcripción como técnica de transposición? Hace al caso recordar las críticas del Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de la Ley de servicios (Dictamen de 18 de marzo de 2009, expediente núm. 99/2009), en particular § IV (*La Transposición al ordenamiento de la Directiva de Servicios*).

tributarios y de seguridad social —que, por otro lado, están en manos de dos de las Administraciones electrónicas punteras en España— (6).

Asistimos a un mandato legal de una envergadura extraordinaria cuya puesta en práctica resulta difícil de llevar a puro y debido efecto. De hecho, hoy por hoy, aunque se ha avanzado mucho, no puede afirmarse que *todos* los trámites y procedimientos que atañen al mundo de los servicios pueden sustanciarse electrónicamente. Y he aquí que surge la pregunta central: ¿Cómo se resuelve este *gap* entre la realidad y lo que la norma escrita reclama sin ambages?

El caso es que este tipo de mandatos que hacen gala de rigidez y contundencia en la fijación de metas y objetivos son frecuentes en el tejido normativo que ha venido a recubrir en nuestros días el despliegue de la Administración electrónica. La estrenada Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015 es un buen testimonio de ello: se prevé, sin excepción, que «Los expedientes tendrán formato electrónico» (art. 70.2). Y, siguiendo la misma tónica, se impone la forma electrónica en el acto administrativo, salvo que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia (art. 36.1).

La explicación de esta inclinación de las normas que atañen a la Administración electrónica es más bien críptica aunque me atrevo a aislar algunas razones. Veo claro, por de pronto, que estos preceptos son depositarios de la confianza en las bondades de la Administración electrónica y, por extensión, de la conveniencia de allanar su camino a fin de hacer realidad la anhelada reforma de la Administración, que es, por lo demás, siempre urgente. Asimismo, es probable que haya pesado en esta posición tan firme las resistencias con las que se está encontrando el tránsito hacia lo electrónico. De manera que el dictado así de contundente buscaría vencer los ánimos resistentes, dejando claro que se trata de una mudanza irreversible. Sin olvidar, en fin, que detrás de semejante contundencia se esconde, a mi modo de ver, la voluntad de afianzar un cambio que está destinado a alterar por completo el paisaje cotidiano de la Administración. Se trata, dicho de otro modo, de cambiar la concepción de lo que en adelante habrá de entenderse por natural en la actuación de la Administración. Al elevar el tono se lanza el mensaje de que lo electrónico ha de ser entendido como la forma de hacer común o general: «en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones». En estos términos se expresa la exposición de motivos de la Ley de procedimiento administrativo común y no otra es la doctrina que

(6) Ampliación que es posible de conformidad con lo previsto en la disposición adicional segunda (*Inclusión de otros trámites en la ventanilla única*) de la Ley de Servicios.

profesa la Comisión Europea cuando apela al principio de «versión digital por defecto» (7).

Cavilaciones aparte, lo que tenemos sobre la mesa es una ley escrita que exige a la Administración que todos los trámites y procedimientos vinculados a las actividades de servicio pasen a tener forma electrónica. Lo cual trae consigo complicaciones que no son precisamente de paja porque el vértigo ante el desafío es significativo en el ánimo de muchas Administraciones, especialmente en el nivel local.

Por supuesto que pueden arbitrarse medidas para doblegar eventuales posiciones resistentes, comenzando por la repercusión de las eventuales sanciones económicas por incumplimiento del Derecho Comunitario (8). Con todo, la realidad terca es que muchas Administraciones han de resignarse por falta de medios, recursos o de voluntad, a un escenario de cumplimiento a medias —eso en el mejor de los casos— y ello va a parar a un fenómeno inquietante: ellas mismas tienden a relativizar para consigo y entre sí la intensidad y profundidad del encargo de transformación electrónica, generándose un clima de condescendencia corporativista en el que de alguna forma viene a darse por bueno el inicio de la obra y la promesa de acabarla por considerarse que, de ambiciosa, lo que importa es arrancar e ir avanzado. Expresado en otras palabras, lo que es, norma en mano, una obligación de resultado se interpreta, por consenso tácito, como si fuese una obligación de medios de carácter programático; obligación de medios, además, sometida a una gradualidad de calendario desconocido. En cualquier caso, aunque se abran las puertas para

(7) En el sentir de la Comisión, es éste un postulado fundamental según el cual «las administraciones públicas deberían prestar sus servicios en forma digital (incluida la información legible por máquina) como opción preferida (dejando otros canales abiertos para quienes estén desconectados por elección o necesidad)». Véase *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración*, COM (2016) 179 final, p. 4.

(8) La posición adoptada por el legislador español para afianzar el compromiso de los distintos niveles de Administración que ejercen labores de policía administrativa en el ramo de los servicios se ha basado en dos líneas de actuación. Por un lado, ha incorporado previsiones legales que hacen de recordatorio de los deberes adquiridos, con un llamamiento específico para las Administraciones locales (art. 70 *bis*, apartado cuarto, de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local) y para los Colegios Profesionales (art. 10 de la Ley de Colegios Profesionales). Por otro, ha previsto un procedimiento de arreglo interno de culpas y de reparto de responsabilidades cuyo desenlace puede llevar nada menos que a una compensación de deudas con la Administración estatal que se hará efectiva mediante una deducción sobre las transferencias (disposición final cuarta de la Ley de Servicios, inicialmente; hoy hay que estar a lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, donde se regula con carácter general la responsabilidad interadministrativa por incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea). Un comentario sobre tales medidas en CIERCO SEIRA (2010: 371-376).

que la inseguridad entre en tropel, se estima mejor la idea de un cumplimiento gradual difuso que la aceptación de un incumplimiento masivo, que, guste o no, es a lo que lleva la hechura gigantesca de la norma.

De esta situación se derivan a su vez no pocas disfunciones de entre las cuales me parece oportuno destacar las dos que considero más preocupantes.

A. La primera tiene que ver con la aparición de *desniveles* en el sentido de que se aprecian claras diferencias en el grado de desarrollo y cumplimiento de los objetivos de conversión electrónica impuestos desde Europa en función de las Administraciones y de los sectores. El problema de estos desniveles es que, como es fácil imaginar, ponen en jaque la virtualidad del conjunto. Y en el contexto en el que nos movemos la visión de conjunto y la interconexión de trámites y procedimientos es fundamental. Téngase en cuenta que la Directiva de Servicios pretende precisamente resolver la complejidad que trae consigo la suma de licencias, permisos, registros y trámites de diversa índole que se exigen para la prestación de un servicio. Basta con que una de esas piezas decaiga para que el conjunto se resienta. Por eso mismo, la utilidad de la ventanilla única virtual depende de que todos los pasos que confluyen en ella, al margen de la Administración responsable, admitan realmente una cumplimiento electrónica.

B. Una segunda disfunción atañe a la gestión del *incumplimiento relativo*. Es de notar que a medida que se relativiza el mandato de la norma se van al tiempo levantando obstáculos para que los instrumentos que permiten hacer frente al abandono o dejación de una Administración prosperen. Si un prestador de servicios interesado en expandir su negocio o en abrir un establecimiento en una determinada localidad topa sin más con la imposibilidad de cursar su iniciativa electrónicamente, a pesar de lo que rotundamente dicta la Ley con mayúsculas, lo cierto es que costará articular una reclamación de responsabilidad patrimonial; y ello no tanto por la prueba del daño o perjuicio sufridos sino, sobre todo, por la dificultad de reconocer una lesión antijurídica si resulta que para fijar el estándar de servicio normal hay que estar a la interpretación relativa y gradual a la que se ha hecho mención. La pescadilla, en fin, se muerde la cola. Porque, ausente la maza, efectiva como pocas, de la responsabilidad patrimonial, difícil imaginar que el ánimo de las Administraciones más desaplicadas se enderece.

III. LA PERLA ELECTRÓNICA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: LA VENTANILLA ÚNICA VIRTUAL

1. Una nueva vuelta de tuerca a una vieja aspiración: el ideal de la ventanilla única proyectado sobre el control administrativo de las actividades de servicios

El segundo gran pilar del programa de transformación electrónica que promueve la Directiva de Servicios consiste en la creación de ventanillas únicas virtuales en grado de ofrecer a los prestadores de servicios un lugar de fácil acceso desde donde realizar a distancia los distintos trámites necesarios para sustanciar su iniciativa empresarial.

* * *

Pocas palabras resuenan tanto a Administración como la de *ventanilla*. Bastar en este sentido con acudir al Diccionario de la Lengua Española para advertir que entre las acepciones de este término figura la siguiente: «En una oficina, abertura, generalmente acristalada, en una pared o tabique, que permite la comunicación entre empleados y público». Palabra, pues, cosida a estas alturas a la estampa que todos tenemos de la Administración, aunque, a decir verdad, con un importante poso negativo que está muy presente en el saber popular y que ha reflejado con lucidez nuestra literatura.

Uno de los problemas clásicos de la ventanilla ha sido —y continúa siendo— el del *reenvío*. Enviar de una ventanilla a otra de suerte que el ciudadano se ve inmerso en una travesía que le exige recalcar en múltiples puertos, en forma de ventanilla, con el fin de obtener a cada paso el trámite que ha de permitirle poner cabo a la aventura. No es de extrañar por todo ello que, desde hace tiempo, la reforma de la Administración se haya fijado entre sus ideales el de superar esta situación y que, a tal efecto, amén de suprimir las ventanillas innecesarias, se hayan ensayado muchas soluciones destinadas, de una u otra forma, a fusionar o unificar la intermediación con la Administración. Sin necesidad de salir de nuestras fronteras, han sido numerosas y variadas en España las propuestas y aun las iniciativas puestas en práctica que han participado de esta idea-fuerza, máxime después de los intensos procesos de descentralización territorial y funcional que se han vivido luego del advenimiento de la CE en 1978.

La unificación de ventanillas, sentida en toda la Administración, ha calado, sin embargo, con particular fuerza en el marco de las relaciones con las empresas. Cómo simplificar las «cargas» burocráticas que «padecen» las empresas se ha erigido en estos últimos tiempos en una necesidad primordial, vinculada derechamente por el discurso economicista al crecimiento empresarial y a la prosperidad. Y, entre las muchas recetas, la de la ventanilla única ha tenido

un amplio eco y predicamento. En España —valga la referencia a la Ventanilla Única Empresarial, que se remonta a 1999 y que todavía está en activo— y, en general, en todos los países de nuestro entorno cabe seguir el rastro. Se trata de transformar la «ventanilla» en lugar más accesible, menos árido, provisto de la agilidad y simplicidad que reclaman la actividad empresarial y, en esa línea, de reunir en un único punto la interacción del emprendedor o empresario con esa Administración de múltiples caras que asusta y hace que tantos proyectos se queden en el tintero.

* * *

El excursus anterior nos permite significar que las ventanillas únicas virtuales que nacen de la Directiva de Servicios no son, en modo alguno, una invención. El legislador comunitario tenía amplio conocimiento de la fórmula y, en consecuencia, de cuáles eran sus puntos fuertes y débiles a la luz de las experiencias estatales.

Esto sentado, la apuesta por la ventanilla única es extraordinariamente firme en la Directiva de Servicios. Se impone su implantación en cada Estado con un grado de contundencia y de exigencia en su funcionalidad que llama la atención de inmediato. Y el caso es que la preocupación y el interés singular puesto por la Comisión en su despliegue no hacen más que confirmar esa impresión inicial. Digamos que las ventanillas son la cara visible de la Directiva de Servicios, su carta de presentación en el mundo virtual (9).

2. Los rasgos fundamentales del modelo conceptual de ventanilla de servicios que se ha consolidado en España

La Directiva de Servicios obliga a que los Estados estatuyan una ventanilla única de servicios con una misión muy concreta. Ahora bien, la estructuración organizativa y el modelo de ventanilla queda a discreción de cada Estado. El apunte es trascendente en la medida en que no existe un patrón universal de ventanilla única y sí, en cambio, una rica gama de variables. De manera que cada Estado ha dispuesto de un amplio margen de maniobra para modelar la ventanilla y adaptarla a su realidad administrativa.

En el caso de España, el modelo de ventanilla única que se ha ido asentando se caracteriza por tres rasgos técnicos básicos (10). La española es una ventanilla *concentrada, publicada y gratuita*.

(9) En la página web de la Unión Europea http://ec.europa.eu/internal_market/eu-go/index_es.htm puede encontrarse una relación de las distintas ventanillas únicas de servicios creadas por cada Estado y su correspondiente enlace.

(10) La dirección electrónica de la ventanilla española es <http://www.eugo.es>.

a. En primer lugar, el modelo de ventanilla española de servicios por el que se ha optado destaca por la concentración de todos los servicios. Aunque la Directiva, habida cuenta de la vastedad del territorio abarcado y de los servicios afectados, deja abierta la posibilidad de parcelar la actividad simplificadora, dando forma así a una pluralidad de ventanillas *ratione materiae*, el legislador español se ha decantado por reunir a todos los servicios en torno a una única ventanilla. Se focalizan de este modo las energías y los esfuerzos organizativos al tiempo que, de cara al prestador interesado, se le ofrece un punto de contacto que no tiene pérdida; sea cuál sea el ramo de su industria o negocio, siempre se partirá del mismo lugar. Ahora bien, conste que no todo son ventajas. Y es que al estirarse al máximo el ámbito a cubrir por la ventanilla se multiplica también la complejidad de la integración, sin olvidar, además, que es probable que se torne más enrevesada la manera de acceder a la información y a la tramitación puesto que, ya de entrada, no resultará tan sencillo presentar y orientar al interesado por un mapa repleto de detalles.

b. En segundo lugar, la ventanilla española se caracteriza por su gestión pública. Ha sido en concreto la Administración General del Estado quien se ha hecho cargo de su implementación y quien, hoy por hoy, controla su gestión. Se trata, también aquí, de una opción que no viene impuesta desde Europa. Y no me refiero, lógicamente, al hecho del reparto competencial entre Administraciones, que es asunto interno de cada Estado, sino a la necesidad de que la modalidad de su gestión sea directa, a cargo de una unidad administrativa. De hecho, la Directiva no pone trabas a la existencia de ventanillas en manos de entidades privadas.

c. El tercer y último rasgo definitorio de la ventanilla española de servicios no es otro que su carácter gratuito. Cabe acceder a la misma, servirse de la información que se suministra y enlazar con las distintas tramitaciones sin necesidad de hacer abono de tasa alguna al respecto. Otro cosa es que, como tantas veces ocurre, esta gratuidad tenga luego contrapuntos significativos, así sea por vía indirecta, consecuencia de la necesidad de acudir a intermediarios en busca de representación y/o asesoramiento más efectivo; de reunir documentos especializados como proyectos o similares; etcétera. Es de notar que tampoco el carácter gratuito trae causa de los mandatos de la Directiva. Es dable, en otras palabras, que la ventanilla de servicios cobre por sus servicios.

* * *

Vemos que este modelo conceptual de ventanilla concentrada, pública y gratuita se ha consolidado entre nosotros. Sin embargo, no me atrevería a dar por cerrada a cal y canto esta opción. Y no ya porque se imponga la natural cautela acerca de la evolución futura de un mecanismo situado en un contexto tan dinámico como es el mercado de los servicios. Contando con

ello, es importante recordar además que, lejos de ser un modelo acabado de ventanilla impuesto desde Europa, estamos ante una concreción que es perfectamente disponible para el legislador español y que, en consecuencia, puede ser revisada en cualquier momento. En este sentido, está por ver si la nueva orientación de los *Puntos de Atención al Emprendedor* (PAE), en especial de revelarse al cabo exitosa, puede provocar por contagio una revisión de la formulación actual de la ventanilla única de servicios (11). Los Puntos de Atención al Emprendedor constituyen el nuevo instrumento aglutinador de las diferentes herramientas alumbradas en España con el objetivo común de simplificar el entorno burocrático empresarial. Pues bien, en la articulación de estos Puntos se deja expedito el camino para que tengan un formato así público que privado. De esta suerte, su gestión puede desarrollarse por Cámaras de Comercio, Asociaciones y Fundaciones sin ánimo de lucro, miembros de Colegios Profesionales y Agrupaciones de Empresas, entre otros; y, por extensión, cabe la posibilidad de que los servicios que se prestan —y que son de calado (12)— requieran contraprestación económica —dejando a salvo la tramitación del Documento Único Electrónico— (13). Coordinadas, por tanto, que se alejan claramente de las que vienen marcando el diseño de la ventanilla de servicios. El hecho de que esta ventanilla de servicios pase ahora a integrarse de manera expresa en los Puntos de Atención al Emprendedor, aunque sea «sin perjuicio de la identidad definida en el marco de la Unión Europea» (*sic*), invitará, así se inconscientemente, al cotejo y a la reconsideración de ciertas opciones (14).

* * *

(11) Nueva orientación que se ha hecho efectiva por medio del Real Decreto 127/2015, de 27 de febrero, por el que se integran los centros de ventanilla única empresarial y la ventanilla única de la Directiva de Servicios en los Puntos de Atención al Emprendedor.

(12) Repase el lector lo previsto en el art. 4 (*Servicios*) del Real Decreto 127/2015 y no tardará en advertir que los Puntos de Atención al Emprendedor revisten una potencia formidable en cuanto a las funciones que pueden desempeñar. Y es que, además de la faceta puramente informativa y de promoción, se erigen en un enlace entre el interesado y la Administración en términos procedimentales. Así, los Puntos deben ofrecer «la posibilidad de presentar toda la documentación y solicitudes necesarias», así como «de conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesado y, en su caso, recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el órgano administrativo competente». Representantes, pues, cualificados. No es de extrañar que se invoca, siendo esto así, el art. 149.1.18ª de la CE como sostén competencial (disposición final segunda).

(13) Véase el art. 4.2 del citado Real Decreto 127/2015.

(14) Véase el art. 6 (*Integración de ventanillas electrónicas*) del Real Decreto 127/2015.

Añadiré a todo ello que la idea de que la ventanilla de servicios pueda tener una gestión privada en el sentido de que se formalice la presencia de un intermediario, preparado y reconocido, que cobre por ayudar al prestador interesado a llevar a cabo sus gestiones en modo alguno me parece fuera de orden. Es más, mucho me temo que de facto es lo que ha de ocurrir en no pocas ocasiones: que se acuda a la intermediación de un profesional en lugar de interactuar directamente con la ventanilla. Revelador sería en este sentido el dato de cuántas iniciativas han atravesado la ventanilla sin el auxilio de un profesional acostumbrado a lidiar con la Administración Pública —v.gr. un gestor administrativo—. Sea como fuere, en razón de su naturaleza y de su funcionalidad de enlace, que es la que predomina, como vamos a ver, es lo cierto que la ventanilla única de servicios se presta a una gestión intermediada a través de entidades colaboradoras encargadas de la comprobación de la documentación y de dar el curso correspondiente a las distintas licencias y permisos requeridos, conectando de este modo al prestador de servicios con las Administraciones competentes (15). Que sea ésta u otra fórmula indirecta de gestión la más apropiada es asunto que habrá de ponderarse, lógicamente. No tengo a la mano datos para pronunciarme y formarme un criterio cabal. Pretendo solamente dejar apuntado que la ventanilla que nos ocupa admite la exploración de alternativas distintas a la actual en lo que hace a su diseño operativo y de funcionamiento (16).

* * *

Tirando el hilo de esta argumentación vamos a parar a otra pregunta cardinal en el futuro desarrollo de la ventanilla española: ¿vale la pena mantener a todo trance una diferenciación formal de la ventanilla de servicios? En realidad, bien apurada la cosa, no es ésta exigencia ineludible que se deduzca de la Directiva de Servicios. De hecho, hay Estados en los que tempranamente se optó por vehicular las exigencias comunitarias a través de conductos o iniciativas ya existentes, aprovechando de este modo no sólo los recursos, sino

(15) Es de notar a este respecto que la intermediación de entidades colaboradoras se está abriendo paso precisamente como posible muleta de las Administraciones locales en relación con actuaciones de pura comprobación. Demostrativo de ello es lo previsto en la disposición adicional segunda (*Habilitación a las entidades colaboradoras*) de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, a propósito de la comprobación de los requisitos y circunstancias de las declaraciones responsables y comunicaciones previas.

(16) Acerca de esta versatilidad en la configuración técnica de la ventanilla única resultan de gran interés las acotaciones de Pedro NEVADO-BATALLA, «Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 179-183.

también ciertas inercias que tanto cuesta consolidar. Tomemos, por poner un ejemplo, el caso de Italia, donde la ventanilla de servicios aparece absorbida por el *Sportello unico per le attività produttive*, creado en 1998. Siendo que en España se cuenta con instrumentos con una importante trayectoria —caso de la ventanilla única empresarial— no es insustancial tampoco preguntarse por el pro y el contra de una tal estrategia. En realidad, la creación de los Puntos de Atención al Emprendedor no son más que la manifestación de un proceso natural que busca reagrupar las iniciativas que, sin perjuicio de su especificidad, comparten el objetivo final de simplificar el entorno burocrático de las empresas. De manera que o la ventanilla de servicios se expande en su definición y abraza nuevas funciones o tenderá naturalmente a la fusión con otro tipo de instrumentos afines (*Guichet Entreprises*, en Francia; *Set up a business*, en el Reino Unido y así siguiendo).

3. El nudo de la funcionalidad de la ventanilla de servicios. El estancamiento en el tránsito de la «ventanilla informadora» a la «ventanilla tramitadora»

A. El primer estadio en la evolución de la ventanilla única pasa, sin duda, por la vertiente *informativa*. Esta faceta se ha desarrollado ampliamente en España y basta un repaso a los contenidos que ofrece la ventanilla española para apreciar las energías y el esfuerzo consumidos, teniendo en cuenta, además, las muchas y diversas fuentes de las que en efecto se nutre (17).

Es importante, de todos modos, recordar que esta funcionalidad vive presa de su propio dinamismo o, lo que es lo mismo, que la ventanilla por fuerza estará en proceso de cambio y actualización permanente so pena de convertirse en una sucursal estática que, como tal, dejaría automáticamente de ser útil. He aquí, en la necesidad ineludible de adaptación informativa constante, sin solución de continuidad, uno de los mayores retos y al tiempo uno de los mayores riesgos de un proyecto de estas características. De hecho ocurre lo mismo con otras plataformas destinadas a proporcionar información administrativa —tengo ahora en mente las nacidas con ocasión del reverdecimiento de la transparencia—. De manera que o se valora convenientemente el «coste de mantenimiento», en todos los sentidos, o se corre el riesgo de que el empuje y la inversión iniciales devengan al cabo en un armatoste inservible y aun disfuncional que pase a engrosar la nómina de «fósiles digitales» que a algunas Administraciones gusta coleccionar.

(17) En ocasiones las cifras hablan por sí solas. A tenor de la información que encontramos disponible en el Observatorio de Administración Electrónica, en 2016 el número de trámites específicos disponibles en el portal eugo.es se cifraba en 3.114.

Esto sentado, es de advertir, aun con una moderada preocupación, la presencia de algún síntoma de agotamiento en la ventanilla española. Así, por ejemplo, llama la atención que al informar sobre las distintas vías de reclamación que tienen a su alcance los usuarios de los servicios no se hayan introducido los cambios precisos de resultados de la entrada en vigor de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015. No es más que una observación puntual y anecdótica si se quiere pero me sirvo de ella para significar la importancia de mantenerse en guardia y la gravedad del compromiso que se adquiere en un plano, el informativo, que acaso se diría sencillo de cubrir. Por otra parte, traigo a colación el borrón de las vías de reclamación de los usuarios con una segunda intención. Pretendo al tiempo llamar la atención de otro peligro que acecha esta vez a la ventanilla de servicios en particular. Y es que aunque el acento se ponga, como es natural, en la información que precisan los prestadores de servicios, protagonistas de la trama, lo cierto es que el legislador comunitario concibe las ventanillas también como punto de información para los usuarios. Esta orientación debe, por tanto, estar presente y ello añade una arborescencia de complejidad en tanto que exige trabajar a la vez desde una doble perspectiva que no es coincidente y que obliga a articular redes informativas y de presentación de la información con enfoques diferenciados. El equilibrio entre estos dos lados de una misma ventanilla no es fácil de alcanzar porque hay un lado que, siquiera sea por la propia inercia del instrumento, tira más que el otro.

B. En un segundo estadio de evolución encontramos a la ventanilla asesora, aquella, esto es, en la que, sobre suministrarse información, se ofrece consejo respecto de las distintas opciones posibles con la finalidad de orientar, de una forma esta vez personalizada, el proyecto emprendedor del prestador interesado.

Esta faceta de la ventanilla, la de la asistencia personalizada, no viene impuesta por el legislador comunitario que se contenta con la indicación del itinerario burocrático a seguir conforme a la normativa y su aplicación práctica (18). Que se progrese en la línea de la tutela y orientación dependerá de cada Estado. Es más, el asesoramiento o consejo admite como tal un recorrido amplísimo cuyo grado de compromiso dependerá a su vez de la estructuración

(18) Con arreglo a la Directiva de Servicios sí es preciso que las ventanillas proporcionen información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente los trámites burocráticos exigidos, pudiendo ello traducirse, como ocurre en España, en la facilitación de una guía detallada acerca de los pasos a seguir en función del proyecto pretendido (art. 7.2) Lo que ya no es obligatorio es que, sobre ello, se facilite un asesoramiento jurídico específico. Según se puntualiza expresamente: «La obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores y los destinatarios no les exige que faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares, sino que se refiere únicamente a información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos» (art. 7.6).

que se dé a la ventanilla en cuanto a la posibilidad de que intervengan en su gestión o no sujetos privados y de que los servicios estén o no sujetos a contraprestación. Si, como ya se dijo ocurre en España, la ventanilla se articula a la manera de una genuina oficina administrativa va a ser difícil que la labor de orientación deje de moverse en un perfil bajo, de simple orientación, en la línea del derecho general a «obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar» —ex art. 53.1.ª) de la LPAC—.

El caso es que la experiencia demuestra que el grado de acompañamiento está estrechamente vinculado a la valoración de los usuarios. Las mejores prácticas acerca de otras herramientas del mismo género —como la ventanilla única empresarial— tienen a menudo detrás una explicación en forma de implicación o atención personalizada por parte de un equipo determinado de personas. A la luz de todo ello, convendría repensar cuál es el mejor contexto para que ese consejo con el que encauzar la iniciativa empresarial o dar respuesta a sus inquietudes pueda llevarse a término, lo cual permite conectar con el rol que en esta materia debiera asignarse a las Cámaras de Comercio. No en vano, del ramillete de Administraciones involucradas, es de presumir que, en razón de su naturaleza y funciones, son las mejor posicionadas para facilitar la interacción empresarial, sin olvidar que son depositarias de un rico acervo producto de su trayectoria al frente de las ventanillas únicas empresariales.

C. La nuez de la ventanilla de servicios recae en su vertiente *tramitadora*. Éste es el estado más avanzado y el que, según el sentir comunitario, debería servir para marcar la diferencia con respecto a otras experiencias similares. Pero huelga explicar que es, al mismo tiempo, el grado más complejo y el que precisa de mayor esfuerzo por parte de las Administraciones implicadas.

Tengo para mí que es esa misma complejidad la causante de una concepción del encargo por etapas, dando lugar a la graduación de su despliegue con diferentes fases o escenarios. Gracias a esta *performance* se logra, curiosamente, un doble efecto positivo: por un lado, se hace más accesible la entrada al paradigma de la tramitación integrada, conjurando el desistimiento ante la dificultad; y, de otro, se incentiva la progresión a base de marcar sucesivas etapas que pueden ir alcanzándose paulatinamente. Lo anterior no significa, claro está, que la gradualidad carezca de inconvenientes, que los tiene y de entidad, como ya se señaló, especialmente allí donde, cual sucede en nuestro caso, la progresión no viene ordenada normativamente sino que se genera espontáneamente y de manera desigual. Con todo, es llano, a mi modo de ver, que la inteligencia gradual de la ventanilla tramitadora se ha impuesto por la propia fuerza de las cosas en la agenda de los Estados y que ha sido igualmente asumida por las instituciones comunitarias.

Tenemos, así pues, una ventanilla integradora de intensidad variable, según cada Estado. Siguiendo una escala de menos a más, cabe distinguir, *grosso modo*, es decir, prescindiendo de los matices, tres grandes peldaños.

a. En un primer peldaño la ventanilla se limitaría a reunir las distintas entradas electrónicas haciendo las veces de lo que se conoce, en jerga digital, como un *portal* (19).

b. Avanzando, en un segundo peldaño, la ventanilla pasaría a desempeñar una labor de *enlace* entre el interesado y las distintas Administraciones involucradas. A tal efecto, la ventanilla, a través de su propio registro electrónico, sería capaz de recibir la solicitud y toda la documentación a librar por el interesado y, de vuelta, mediante el oportuno sistema de notificación electrónica, de comunicar las distintas decisiones, así intermedias que finales, acordadas por las Administraciones competentes respecto de la pretensión deducida (20).

c. Por último, el último escalón nos llevaría a una ventanilla *decisora*, provista de la capacidad de decidir sobre la pretensión del prestador de servicios. Claro que para llegar a semejante evolución hace falta nada menos que atravesar con tino el «avispero» del reparto competencial interno de cada Estado, algo a lo que el legislador comunitario no puede obligar y que, por tanto, deja expresamente a discreción de cada país (21).

¿En qué peldaño se sitúa la ventanilla española? Pues bien, de conformidad con lo que se anuncia en su presentación, podría considerarse que nos movemos en la parte media de la escala. No en vano, se afirma en su página *web* lo siguiente: «El portal www.eugo.es va dirigido a todos los empresarios y emprendedores que necesiten autorizaciones, inscripciones en registros, licencias, y todos aquellos requisitos administrativos o profesionales para realizar una actividad económica remunerada en España. *EUGO recoge todos esos requisitos y permite su tramitación online*». El mensaje que se lanza puede inducir a una cierta confusión si se interpretan las palabras en el sentido de que la ventanilla española puede recibir por sí misma y en un solo acto la

(19) La Ley de Régimen del Sector Público define qué ha de entenderse por Portal de internet: «Se entiende por portal de internet el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente» (art. 39).

(20) Esta intermediación admite, por supuesto, un sinnúmero de matices. En particular, me parece importante notar que en algunos países la intermediación de la ventanilla se refuerza hasta el punto de que se prohíbe a las Administraciones involucradas relacionarse directamente con el interesado de manera directa, es decir, todas las notificaciones y comunicaciones deben canalizarse, obligatoriamente, a través de las ventanillas únicas.

(21) Según se cuida de significar la propia Directiva: «La creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional» (art. 6.2).

iniciativa del interesado, con todas sus derivaciones. En rigor, nuestra ventanilla está más próxima a la idea de portal web informativo en el sentido de que reúne información y acceso a las puertas de entrada, indicando al interesado cuáles ha de franquear y a través de qué sede electrónica puede hacerlo.

* * *

La conclusión a la que me lleva este análisis de la funcionalidad de la ventanilla de servicios proyectada sobre el caso español es que queda camino por recorrer y que el principal riesgo que actualmente se cierne sobre nuestra ventanilla es el estancamiento en un formato de portal fundamentalmente informador. Tal valoración en modo alguno pretende restar valor a lo realizado hasta el momento. Pretendo simplemente poner de manifiesto que, lejos de que pueda pensarse, la ventanilla única de servicios puede dar mucho más de sí, evolucionando hacia estadios más avanzados.

Soy consciente de que salen al paso importantes inconvenientes; inconvenientes que han sido, por lo demás, identificados y analizados entre nosotros, especialmente en lo que atañe a los problemas de índole técnico y organizativo, comenzado por el asunto central de la interoperabilidad, cuyo examen aplicado ha sido desarrollado en detalle por GAMERO CASADO (22). Precisamente este autor, amén de los de orden tecnológico, ha puesto el foco en dos de los obstáculos que más frenan la transformación de nuestra ventanilla y que, parejos a los que encuentran otras ventanillas foráneas que han de desenvolverse en contextos de descentralización territorial y funcional equiparables al español, están tratando de superarse en otros Estados, lo cual nos permite asomarnos y tomar nota de posibles alternativas.

En primer lugar, está el espinoso tema competencial y, más concretamente, las dificultades para que el nivel local se integre plenamente en el horizonte virtual que la Directiva de Servicios plantea (23). Por más que se insista, a fuer

(22) Véase *in totum* Eduardo GAMERO CASADO, «El impacto de la Directiva de Servicios en la ventanilla única y en la Administración electrónica», en VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ y Belén NOGUERA DE LA MUELA (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 113-146.

(23) Acerca de la importancia de la cooperación interadministrativa como eje en la articulación de la ventanilla única de servicios española véase María Antonia ARIAS MARTÍNEZ, «La ventanilla única como instrumento para la simplificación procedimental exigida por la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 190-192; 196-197. En cuanto a las dificultades con que se encuentra el nivel local en especial véanse Valentín MERINO ESTRADA y Pilar MARTÍN FERREIRA, «La transposición de la Directiva de servicios y las entidades locales españolas», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 293-336; y M. Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ,

de ley, con rotundidad en su compromiso, apelando incluso a la repercusión de eventuales multas comunitarias, el éxito de la ventanilla única de servicios depende de que los procedimientos y trámites cuya resolución compete a las Administraciones locales, sobre todo a los municipios, puedan cursarse efectivamente *on line*. Por eso mismo, sin perjuicio de volver la vista a las Diputaciones Provinciales, cuyo papel de promoción y respaldo en el despliegue de la Administración electrónica local debiera revisarse sin falta, tal vez convendría abrir la puerta a otras estrategias, como la seguida en Italia, donde se ha decidido depositar el mando de las ventanillas en los municipios, si bien con la posibilidad de que éstos ejerza sus atribuciones no solo de forma individual, sino también de manera asociada con otros municipios o bien suscribiendo un convenio con las Cámaras de Comercio. Dicho en otras palabras, se ha optado por territorializar la ventanilla única, multiplicando su número pero, al mismo tiempo, estableciendo un punto de referencia único en cada territorio —«il SUAP [acrónimo de *Sportello unico per le attività produttive*] quale unico soggetto pubblico di riferimento territoriale per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi» (24)—. La experiencia italiana, aun con las reservas y cautelas ínsitas a cualquier comparación, apunta cuando menos una opción distinta a barajar a la hora de afrontar el problema de la implicación local en una herramienta que, caso de España, se presenta como una herramienta de cuño estatal y cuya gestión y giro recae en primera persona en la Administración General del Estado.

En segundo lugar, la tramitación integrada exige aplicarse en idear y dar forma a un procedimiento administrativo que permita absorber esa integración con naturalidad. De otro modo, la fusión no dejará de ser una quimera. Haría falta, en otras palabras, que el legislador estatal estatuyese un procedimiento especial común destinado a encauzar la suma de procedimientos o trámites conexos pertenecientes a Administraciones distintas, que es lo que ocurre con frecuencia en el ramo de los servicios. Una maniobra parecida a la que se ha llevado a cabo a propósito de la simplificación menor, que ha estrenado una tramitación común con proyección general (ex art. 96: «Tramitación sim-

«El impacto de la Directiva de Servicios en la Administración local: una reflexión general», en Vicenç AGUADO I CUDOLÀ y Belén NOGUERA DE LA MUELA (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213-244.

(24) Así se afirma taxativamente en el art. 2.1 del *Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive* (Decreto del Presidente della Repubblica, de 7 de septiembre de 2010, n. 160). Véase art. 4 (*Funzione e organizzazione del SUAP*). Para una primera aproximación resulta de suma ayuda el trabajo de Claudia TUBERTINI, «Competencias para la regulación de los servicios en un estado plurinivel: el caso de Italia», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 369-385.

plificada del procedimiento administrativo común»). La rémora a la que me refiero está también muy presente en otros Estados de nuestro entorno y en ellos podemos hallar propuestas y modelos de interés. Siguiendo con Italia, cabría extraer enseñanzas de la *conferenza di servizi*, que es el ingenio creado para dar respuesta a la integración de procedimientos conexos y cuya utilización se reclama expresamente en el ramo de los servicios (25).

* * *

Como quiera que la ventanilla única de servicios española flaquea en su remate local se han dado algunos pasos tendentes a facilitar la tramitación telemática municipal en el entorno del mercado de servicios. El más relevante de estos pasos es el cristalizado en la iniciativa «Emprende en 3» (2013) (26). Una iniciativa nacida al amparo de la Ley de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (2012) y que busca ofrecer a las entidades locales una plataforma electrónica capaz de canalizar la tramitación telemática de las declaraciones responsables de los emprendedores que deseen iniciar su actividad o trasladar su negocio de comercio minorista. En la medida en que el espacio que cubre la referida Ley de liberalización del comercio es en parte coincidente con el de la Directiva de Servicios, la iniciativa «Emprende en 3» converge con los objetivos de la ventanilla única y permite que ésta dé un salto relevante en su funcionalidad, aunque solo sea parcialmente. La iniciativa, que cuenta con el respaldo de la Federación Española de Municipios y Provincias, pasa por la adhesión voluntaria de los entes locales a un modelo electrónico común de declaración responsable que es gestionado a través de una plataforma virtual, accesible desde diferentes portales. La gestión de la plataforma no va a comprometer al ente local de manera directa pero éste sí va a adquirir a cambio una serie de compromisos —entre los que figura la prohibición de exigir documentación adicional o la de adaptar su normativa municipal para dar perfecta acogida al empleo sustitutivo de la declaración responsable— (27).

(25) Acúdase a lo dispuesto en el art. 10 (*Procedimento ordinario*) del *Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive* (Decreto del Presidente della Repubblica, de 7 de septiembre de 2010, n. 160).

(26) Aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2013.

(27) Los términos de funcionamiento se encuentran recogidos en la Resolución de 31 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen las condiciones de uso de la Plataforma Electrónica de intercambio de información denominada «Emprende en 3» (en BOE de 4 de junio de 2013).

4. Algunas claves para la nueva generación de ventanillas únicas de servicios que se esperan. En pos de una herramienta europea y fructífera

No obstante sus limitaciones, no hay razón para pensar que las ventanillas únicas de servicios vayan a dar un paso atrás. De entrada, porque en el balance realizado, pesa más el haber, según se ha cuidado de remarcar sin ambages la propia Comisión: «Los instrumentos creados («ventanillas únicas») en apoyo de la aplicación de la Directiva, actualmente operativos en la mayoría de los Estados miembros, están contribuyendo a reducir considerablemente las cargas administrativas en este ámbito» (28).

Esto supuesto, la Comisión es asimismo consciente de que queda mucho campo y espacio para la mejora. No se le escapan las sensibles diferencias existentes entre las distintas ventanillas y, de igual forma, demuestra haberse percatado de donde reside su talón de Aquiles: «muchos trámites administrativos aún no pueden realizarse en línea y cuando esta vía está disponible a nivel nacional, a menudo los usuarios establecidos en el extranjero no pueden recurrir a ella» (29). Es por ello que entre las propuestas de la Comisión figura la necesidad de avanzar «Hacia ventanillas únicas de segunda generación» —advirtiéndose la gradualidad referida *supra*—. Un salto que, por lo demás, no precisa a su entender de una modificación normativa de la Directiva de Servicios. Lo que importa es que los Estados traten, en vía aplicativa, de desarrollar todo el potencial que atesora en sí la Directiva, exprimiendo al máximo las posibilidades que brinda. Hará falta, eso sí que los Estados se replanteen la posición, tímida o cicatera, adoptada en algunos casos en la inteligencia del margen de apreciación concedido. Un llamamiento a una nueva etapa de las ventanillas que otras instituciones comunitarias, señaladamente el Consejo Europeo, han venido a respaldar de manera resuelta.

A) El carácter transfronterizo de las ventanillas únicas de servicios

Como se señaló, los mandatos de Administración electrónica que incorpora la Directiva de Servicios representan, así sea indirectamente, un fuerte estímulo de cara al progreso de este nuevo paradigma en el seno de las Administraciones nacionales. Nada hay que objetar, así pues, a que, gracias al empuje de Europa en el ramo concreto de los servicios, los Estados saquen

(28) *Comunicación sobre la implementación de la Directiva de servicios. Colaboración para un nuevo crecimiento de los servicios 2012-2015*, COM (2012) 261 final, p. 2.

(29) *Conclusión que figura en la Comunicación sobre la implementación de la Directiva de servicios. Colaboración para un nuevo crecimiento de los servicios 2012-2015*, COM (2012) 261 final, p. 13.

partido de la ocasión y avancen con carácter general en la implementación y tránsito hacia modelos operativos de Administración electrónica en ámbitos que escapen por completo del marco de la Directiva de Servicios. El caso de España no puede ser más elocuente: no hay duda de que la Directiva de marras tiene que ver en parte con la consolidación de la Administración electrónica y el espaldarazo tan firme que ha recibido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015.

Los problemas, sin embargo, no van por esa línea. Lo preocupante, con las lentes comunitarias puestas, es que el impulso simplificador de la Directiva de Servicios no trascienda el plano nacional ni siquiera en los temas estrictamente vinculados a ella. Expresado de una manera más gráfica. Bien está que al diseñar la ventanilla única de servicios se haga de ella un instrumento útil a escala nacional, puesto al servicio de los empresarios y emprendedores nacionales que quieren expandirse dentro de las propias fronteras del Estado. Ahora bien, si al final el grueso del empeño queda ahí, destinado a los nacionales, y pierde fuelle la utilidad de la ventanilla «de puertas afuera», es claro que los designios primigenios del legislador comunitario se verán frustrados. Es por ello que la Comisión insiste una y otra vez en la importancia de que las ventanillas tengan una *proyección europea real*; que aporten un valor añadido en clave europea, pensando en los prestadores de servicios extranjeros que quieren establecer o prestar sus servicios en otro país. Favorecer la expansión doméstica, sí; pero, antes que eso, facilitar y hacer posible el mercado europeo de servicios.

Que la dimensión transnacional de las ventanillas no sea modesta, anecdótica o superficial es uno de los principales riesgos a que se enfrenta el desarrollo efectivo de la Directiva de Servicios. En realidad, el legislador comunitario ya adivinó que el asunto podía acabar tomando este cariz (30). No en vano, incorporó una serie de previsiones con el fin específico de remover las brechas burocráticas que la proyección transfronteriza de seguro iba a poner sobre el tapete. En este sentido, la Directiva de Servicios incide en la simplificación de la carga documental, con reglas sobre el reconocimiento mutuo de los certificados, la aportación de originales y las traducciones (art. 5); y también deja una puerta abierta para que la Comisión apruebe normas específicas

(30) Afirmaba la Comisión Europea, en el año 2010, que «La mayor parte de los servicios públicos en línea no funcionan a través de las fronteras, lo que va en detrimento de la movilidad de empresas y ciudadanos. Las autoridades públicas se han centrado hasta ahora en las necesidades nacionales y no han tenido suficientemente en cuenta la dimensión de mercado único de la administración electrónica. Sin embargo, varias iniciativas del mercado único y varios instrumentos jurídicos (tales como la Directiva de servicios o el Plan de acción sobre contratación electrónica) se basan en la posibilidad de que las empresas interactúen y hagan negocios con las administraciones públicas por vía electrónica y a través de las fronteras». Véase *Una Agenda Digital para Europa*, COM (2010) 245 final, p. 36.

de desarrollo con vistas a facilitar la interoperabilidad de los sistema de información, así como la utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros (art. 8.3) (31). Gracias a estos resortes se han dado pasos significativos en la integración de las ventanillas, amén de toda la cobertura que proporciona el desarrollo del Marco Europeo de Interoperabilidad —clave en el devenir de la interoperabilidad en la Unión Europea—. Con todo, salta a la vista que quedan todavía muchos cabos sueltos por atar y que, aparte de la nivelación burocrática y de la convergencia electrónica, hay otros apartados sobre los que incidir. Añadiría, en fin, que, como en tantos otros temas, hay un trasfondo básico de voluntad y sentido común en esta empresa.

La insistencia de la Unión Europea en este punto está, a mi juicio, por lo demás, plenamente justificada. No es solo que la dimensión transfronteriza sea consustancial a la ventanilla única. Conviene caer en la cuenta, además, de que estamos en presencia de una iniciativa que busca visibilizar y hacer tangible la presencia del proyecto europeo en una realidad tan cotidiana como es el mercado de los servicios. Si la eficacia real de la ventanilla se diluye en el plano nacional se perderá un escaparate propicio para que la Unión Europea se haga fuerte en el día a día. Por lo demás, huelga explicar que se trata de una exigencia cosida al espíritu comunitario y que nos alerta de que, lejos de lo que pueda pensarse a primera vista, la Administración electrónica no es inmune al peligro de la fragmentación y territorialización. En el ideal de Administración electrónica que tiene en mente la Comisión para el futuro próximo figura con fuerza el principio de «escala transfronteriza por defecto», según el cual, «las administraciones públicas deberían lograr que los servicios públicos digitales pertinentes estén disponibles más allá de las fronteras y evitar que se genere una mayor fragmentación, facilitando así la movilidad dentro del mercado único» (32). Y no sólo eso, la Administración electrónica interoperable y el mercado único se conciben en el plan europeo como dos planos indisolublemente ligados: «El mercado único de la UE no puede funcionar de forma efectiva sin servicios públicos digitales transfronterizos» (33).

(31) Acúdase a la Decisión 2011/130/UE de la Comisión, de 25 de febrero de 2011, por la que se establecen los requisitos mínimos para el tratamiento transfronterizo de los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes en virtud de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior; así como a la modificación operada por la Decisión de ejecución 2014/148/UE de la Comisión, de 17 de marzo de 2014.

(32) El entrecomillado procede del *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración*, COM (2016) 179 final, p. 4.

(33) Afirmación tajante de la Comisión que ella misma no duda en justificar: «Las administraciones deberían ayudar a las empresas a operar en línea a través de las fronteras dentro del mercado único, simplificar el acceso a la información con arreglo a la legislación

B) La potenciación de la efectividad de las ventanillas de servicios. La importancia de medir los resultados y de introducir indicadores para ajustar el rumbo y combatir las eventuales rigideces electrónicas

En el discurso que rodea a la Administración electrónica suele figurar en letra gruesa la significación de las bondades asociadas a su implantación: desde el ahorro de recursos a las comodidades de la tramitación a distancia y a cualquier hora pasando por el acortamiento de los plazos, la simplificación documental o el abaratamiento del coste de tramitación. Ocurre, sin embargo, que, no pocas veces, acaso por la fuerza atractiva de este paradigma o por las urgencias de la reforma administrativa, lo mismo da, vemos como todas estas bondades se predicen cual si fuesen corolarios naturales irrefutables y aun infalibles, bajo la convicción de que la transformación electrónica traerá consigo la mejora automática en los distintos órdenes mencionados.

He advertido en otro lugar acerca del tránsito irreflexivo y acrítico que tiende a olvidar que lo electrónico es adjetivo instrumental puesto al servicio de la misión última de una Administración vicarial que ha de ser efectiva por imperativo constitucional. Ser efectiva, antes que nada; por encima, pues, de la forma del conducto que no deja de ser, con el reloj constitucional, una cosa contingente. Por cierto que algo de esta idea hay en la propia Directiva de Servicios allí donde exige que los procedimientos, aparte de a distancia y por vía electrónica, «se puedan realizar fácilmente» (art. 8.1). Aunque es en la formulación del derecho a una *buena* administración donde probablemente mejor se retrata la esencia del primer adjetivo que ha de acompañar a la Administración de hoy (34).

Si introduzco este contrapunto en el discurso no es en absoluto para pre-conizar una vuelta atrás. Lejos de mi intención está que se desande el camino hecho. Pero sí conviene mucho que la Administración electrónica pase por el tamiz y sea sometida a la conveniente revisión crítica, lo mismo que otras iniciativas tendentes a la mejora de la Administración, incluyendo, por qué no, el análisis de costes.

de la UE que afecta a las empresas y a las actividades económicas y permitir a las empresas que inicien sus actividades, se expandan y operen en otros Estados miembros a través de otros servicios públicos electrónicos de extremo a extremo». Véase *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración*, COM(2016) 179 final, p. 8.

(34) Véase la interesante exposición de Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ, «Administración electrónica y Directiva de Servicios: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena administración», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 138-218.

Desde esta perspectiva, el análisis de la ventanilla única de servicios alerta sobre la importancia de monitorizar los resultados obtenidos y de analizar empíricamente su funcionamiento. No vaya a ser que se caiga en el riesgo de la superficialidad. Hace al caso recordar algunas de las consideraciones que el Tribunal de Cuentas Europeo realizó con ocasión de su informe *¿Han sido eficaces los proyectos de Administración electrónica financiados por el FEDER?* (2011) (35). Aunque entre los proyectos analizados —correspondientes a una serie de países, España, entre ellos— no se tomó en consideración la ventanilla que nos ocupa, sí hay en él reflexiones y advertencias extrapolables, especialmente tratándose de una herramienta destinada a operar en un ámbito de orden mercantil y a incidir como tal en el comportamiento y en la actitud emprendedora de los prestadores de servicios [la creación de empresas, el comercio]. Pues bien, echaba en falta el Tribunal de Cuentas que en los proyectos de Administración electrónica se incidiese más en la medición de los resultados alcanzados y, por extensión, reclamaba una mayor atención a la *utilidad y durabilidad* de las iniciativas.

Acerca de la significación de la durabilidad y de la necesidad de reparar en los costes de mantenimiento ya hemos tenido ocasión de referirnos antes. Detengámonos, pues, en la utilidad; utilidad entendida, eso sí, desde la vertiente del usuario que no en vano es el destinatario esencial del servicio público. Y es que ocurre, a veces, como el informe acierta a destacar, que la Administración se mide a sí misma con parámetros estrictamente internos —que ponen el foco en las herramientas técnicas y organizativas que han de soportar la implementación de la Administración electrónica: tramitador, portafirmas...— de suerte que queda relegada a un segundo plano la medición de la repercusión externa y su valoración.

¿Por qué es tan importante conocer y valorar —e incluso publicitar, añadiría— los resultados a los que se llega en términos de uso ciudadano? Volviendo al caso de las ventanillas únicas de servicios, entiendo que una información estadística consistente y bien trabada vendría de molde por muchas razones (36).

(35) Se trata de un informe especial en el que el Tribunal de Cuentas Europeo examinó el gasto del FEDER en el intervalo 2000-2006 en cuatro Estados miembros, a saber: Francia, Italia, Polonia y España. De él dio cuenta ORDÓÑEZ SOLÍS (2013: 35-37), cuya pista he seguido.

(36) De acuerdo con la estadística oficial que facilita el Observatorio de Administración Electrónica, cabe apreciar con preocupación que el número de visitas al portal eugo.es se ha reducido a la mitad en los últimos seis años. Si en 2010 fueron 121.900 visitas las recibidas, alcanzándose al año siguiente el pico de 185.560; en 2016, sin embargo, la cifra fue de 60.286. Aunque es un intervalo temporal que coincide en lo esencial con los momentos más duros de la crisis económica, interesa mucho, como es lógico, tratar de dar una explicación reposada y rigurosa a este descenso tan significativo.

a. Por de pronto, conocer qué incidencia real está teniendo la ventanilla virtual y su impacto *on line* permitiría adoptar una posición cabal en torno a la conveniencia y al grado de impulso de un formato simultáneo de ventanilla *presencial*. Por lo general, hay razones de peso para que la vía electrónica se imponga y permita suprimir duplicidades en el acceso a los servicios públicos. Sin embargo, resulta fundamental conocer el suelo que se pisa antes de renunciar sin contemplaciones a los canales tradicionales. Acaso sea oportuno, por otra parte, establecer algún tipo de incentivo destinado a atraer a las iniciativas hacia la sede electrónica.

b. Una segunda razón de peso apunta a la *sencillez operativa*. El despliegue de la Administración electrónica acusa ciertas dificultades tecnológicas, especialmente en lo que hace al uso de las variantes más seguras de firma electrónica. Una iniciativa, como la ventanilla única de servicios, llamada a la interacción, va a verse afectada de lleno por estos problemas operativos y de «usabilidad». De ahí que convenga aislar sin falta las rigideces electrónicas, es decir, los factores de entorpecimiento en la interacción a partir de una representación del emprendedor tipo.

c. Por último, importa hacer acopio de resultados para cambiar el paso si hace falta. La ventanilla única debe procurar la mudanza a fin de ajustarse a las necesidades de los prestadores de servicios. Valga un ejemplo: si tenemos constancia de cuál es el origen de los usuarios acaso pueda revisarse la estrategia en la determinación de las lenguas habilitadas en la ventanilla (37). Ser capaces de dibujar el perfil del prestador de servicios que busca recalar en España mediante el conocimiento estadístico puede darnos una de las llaves para modelar con tino el futuro de las evoluciones de la ventanilla.

* * *

En íntima conexión con lo que acaba de decirse a propósito de la medición de la utilidad a través de la estadística y otras informaciones está el asunto de la publicitación de las ventanillas únicas. Conviene, por supuesto, que esta herramienta se haga presente en el mundo empresarial y que se dé a conocer a través de los medios y canales propios de este ámbito. En este

(37) El de los idiomas se me antoja uno de los indicadores más reveladores de una ventanilla única. Y ello por muchos motivos, comenzando por la disuasión que genera la idea de emprender una relación «oficial» nada menos que con una Administración foránea sin la seguridad de hacerlo con las palabras adecuadas. Más que el número, considero, claro es, que la calidad y profundidad de las traducciones constituyen un signo inequívoco del interés estatal en la proyección transnacional. Por eso mismo, la situación contraria, manifestada en lagunas en la traducción de los contenidos o en el reenvío a documentos o páginas *web* sin traducción, provoca de inmediato la impresión opuesta: que la apelación al inglés como lengua franca u a otro idioma no pasa de ser puramente un decorado.

sentido, la complicidad de los principales actores —Cámaras de Comercio, organizaciones empresariales...— resulta fundamental de cara a la difusión de las ventanillas (38). Sin olvidar, por otra parte, la posibilidad de introducir elementos de fomento, alineados con el incentivo en el uso de la Administración electrónica. Sea como fuere, importa, en fin, que los resultados simplificadores se den a conocer y que se interioricen por los ciudadanos: «Ma è possibile semplificare l'amministrazione? Beh, quanto meno ci si può provare» (39).

* * *

La presencia de sombras en la ventanilla única de servicios no es problema que ataña en exclusiva, por supuesto, a España. Lo cual me lleva a reflexionar acerca de si el margen de discrecionalidad tan amplio que brinda la Unión Europea en su configuración merecería ser objeto de revisión. Porque, como ya se dijo, importa mucho reparar en el hecho de que, sin perjuicio de que su misión resulte fácil de intuir y reconocer, no existe un modelo universal de ventanilla única. Antes al contrario, al concretar la esencia de este instrumento puede irse a parar a muy variadas alternativas. Se conoce, además, que la ventanilla única, no sólo la del ramo de los servicios, sino con carácter general, tiene un fuerte predicamento en el discurso de la Unión Europea que ve en ella la faz natural de las Administraciones de la era digital (40). Bueno sería, siendo esto así, que se prestara más atención a la definición de un arquetipo europeo de ventanilla única; arquetipo en grado de ofrecer un punto de partida firme en la inteligencia de este instrumento. Saber qué es exactamente una ventanilla única y cuáles son sus apartados capitales, definirlo, al menos, en un documento *soft law*, devendría en un avance toda vez que las labores de enderezamiento *a posteriori* resultan, como es lógico, más difíciles de articular (41).

(38) Faceta, la de la publicitación, en la que también incide oportunamente la Comisión en su *Comunicación sobre la implementación de la Directiva de servicios. Colaboración para un nuevo crecimiento de los servicios 2012-2015*, COM (2012) 261 final, p. 13.

(39) Luciano VANDELLI, *Tra carte e scartoffie. Apologia letteraria del pubblico impiegato*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 235.

(40) En el marco del principio de «versión digital por defecto», al que ya se hizo alusión, la Comisión afirma que «los servicios públicos deberían prestarse a través de un único punto de contacto o ventanilla única y a través de diferentes canales» *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración*, COM (2016) 179 final, p. 4.

(41) En esta dirección se movería la iniciativa de la Comisión tendente a dar cuerpo a una «Carta de las ventanillas únicas». A dicha iniciativa se hace mención en la *Comunicación sobre la implementación de la Directiva de servicios. Colaboración para un nuevo crecimiento de los servicios 2012-2015*, COM (2012) 261 final, p. 13.

IV. FINAL

Al hacer Balance del haber y el debe de la Directiva de Servicios en lo que atañe a la Administración electrónica conviene, a mi modo de ver, separar con claridad dos planos de análisis a fin de hacer justicia de los méritos y debilidades acumulados y de tratar en lo posible de templar el discurso evitando incurrir en un exceso de aplauso o de crítica.

En el plano que atañe a la misión de la Directiva de Servicios como motor de la Administración electrónica no puede sino reconocerse que su contribución ha sido y es relevante. Y ello no tanto por la incorporación de previsiones específicas al respecto o por la ideación de un tratamiento nuevo y diferente de piezas centrales en el engranaje de la actuación administrativa electrónica. En realidad, su principal contribución radica en la apuesta tan firme que hace por la interacción electrónica como manera natural de desenvolvura de la Administración en el entorno del mercado de los servicios. He ahí, en la profundidad de las obligaciones impuestas y en la decidida voluntad de hacer de las ventanillas únicas de servicios la faz definitiva de la Administración virtual que espera el prestador de servicios, los principales méritos que acumula, a mi modo de ver, en el orden de la Administración electrónica, la Directiva de marras. Y es que al imponer a los Estados el tránsito electrónico y exigirles una prueba concreta y tangible del mismo, en forma de ventanilla virtual, el legislador comunitario ha abierto un auténtico ventanal en las «fronteras electrónicas» por las que, poco a poco, van introduciéndose ópticas y maneras de hacer comunes cuya potencia transformadora es indiscutible. Además de la interoperabilidad y su desarrollo, que son aspecto capital, está por ver si la inteligencia que subyace en la ventanilla única y que promueve una simplificación de la presencia de la Administración en Internet, basada en la unificación de la interlocución formal, acaba siendo la regla, no sólo en el ramo de los servicios, sino con carácter general. Si ello es al fin lo que ocurre no me cabe la menor duda de que habremos de aplicarnos en tratar de ajustar los mecanismos, ya organizativos que procedimentales, que esta formulación requiere para su buen funcionamiento, comenzando, sin ir más lejos, por la fusión de procedimientos conexos que, en España, sigue anclada en postulados decimonónicos. Sin olvidar, en fin, que la Directiva de Servicios, como ya se señaló, tiene detrás un discurso institucional, rico y sólido, sobre lo que es la Administración electrónica y el papel que ha de desempeñar en el progreso de la Unión Europea.

La valoración no puede ser tan positiva, sin embargo, cuando utilizamos la lupa y, descendiendo a un plano más concreto, observamos la realidad de las cosas hoy por hoy. Es igualmente evidente, a mi juicio, que los desarrollos electrónicos y el ideal de ventanilla propuesto, pensando ahora en el caso singular de España, que no es, por otra parte, una excepción, no pueden darse

por colmados. La propia Comisión, guardiana de la Directiva, viene abogando por el salto a una nueva generación de ventanillas en las que la intermediación electrónica sea mucho más efectiva y fluida. Sería un error pensar que ya se ha culminado la empresa y que el modelo no puede dar más de sí.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, «La ventanilla única como instrumento para la simplificación procedimental exigida por la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 179-200.
- CIERCO SEIRA, César, «Administración electrónica y Directiva de Servicios», en Elisa MOREU CARBONELL (Ed.), *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, Monografías esta REVISTA, Zaragoza, 2010, pp. 337-378.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, «Directiva de Servicios y Administración Pública Electrónica», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 153-177.
- GAMERO CASADO, Eduardo, «El impacto de la Directiva de Servicios en la ventanilla única y en la Administración electrónica», en Vicenç AGUADO I CUDOLÀ y Belén NOGUERA DE LA MUELA (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 113-146.
- MERINO ESTRADA, Valentín, MARTÍN FERREIRA, Pilar, «La transposición de la Directiva de servicios y las entidades locales españolas», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 293-336.
- NEVADO-BATALLA, Pedro, «Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 165-187.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «La administración electrónica en el contexto de la Unión Europea: programación, legislación y financiación», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 31, 2013, pp. 23-39.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Volver a empezar (A propósito de la aplicación de la Directiva de servicios y de la Administración Electrónica)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Abril-2010, pp. 45-62.

- RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Simplificación administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pp. 115-138.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. Amparo, «El impacto de la Directiva de Servicios en la Administración local: una reflexión general», en VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ y Belén NOGUERA DE LA MUELA (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213-244.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, «Administración electrónica y Directiva de Servicios: ¿Al servicio del mercado o paradigma de buena administración», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 189-218.
- TUBERTINI, Claudia, «Competencias para la regulación de los servicios en un estado plurinivel: el caso de Italia», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 369-385.
- VANDELLI, Luciano, *Tra carte e scartoffie. Apologia letteraria del pubblico impiegato*, il Mulino, Bologna, 2013.
- VILLAREJO GALENDE, Helena, «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, pp. 47-82.
- VIDA FERNÁNDEZ, José, «La Administración electrónica en la Unión Europea», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Serie Claves de Gobierno Local, núm. 12, 2010, pp. 13-59.

LA REGULACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA NUEVA DIRECTIVA DE VIAJES COMBINADOS: LAS AGENCIAS DE VIAJES EN ANDALUCÍA^(*) ^(**)

RAÚL PÉREZ GUERRA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN NORMATIVA.– II. ACERCA DE UNA DEFINICIÓN DE INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA.– III. LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES COMO SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA: 1. El contrato de viaje combinado versus servicios de viaje vinculados. 2. El contrato de servicios sueltos.– IV. TIPOLOGÍA DE LAS AGENCIAS DE VIAJES: 1. Clasificaciones normativa y doctrinal. 2. Las agencias de viajes on-line. Los puntos de venta. V. REQUISITOS DE LAS AGENCIAS DE VIAJES PARA EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD: 1. La titularidad de las agencias de viajes. 2. La inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía. 3. Garantías económicas exigidas: A) La fianza o garantía de responsabilidad contractual. B) El seguro de responsabilidad civil.– VI. LAS AGENCIAS DE VIAJES HABILITADAS FUERA DE ANDALUCÍA. LAS SUCURSALES.– VII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS AGENCIAS DE VIAJES.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo pretende realizar un análisis de la evolución de la regulación jurídico-administrativa en la intermediación turística de España, con especial referencia a las agencias de viajes de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Y todo ello, bajo el prisma de la nueva Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados que ha derogado la antigua Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Palabras clave: intermediación turística; agencias de viaje; viaje combinado; servicios de viaje vinculados; servicios turísticos; turismo; derecho; derecho del turismo.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 5 de marzo de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de abril de 2017.

(**) Trabajo realizado en el marco del grupo de investigación SEJ 200 (Derecho Público y Privado de la Agroalimentación y de la Innovación Tecnológica) de la Universidad de Almería, adscrito al CEIA3 (Campus de Excelencia Internacional Agroalimentario).

ABSTRACT: This present work intends to analyze the evolution of legal-administrative regulation of tourist intermediation in Spain, with special reference to the travel agencies in the Autonomous Community of Andalusia. All this, under the prism of the new Directive 2015/2302 from the European Parliament and the Council of the European Union, 25 November, relative to combined travel and linked travel services that were abolished in the former Directive 90/314/CEE, 13 June, relative to combined travel, combined holidays, and combined tours.

Key words: tourist intermediation; travel agents; combined travel; related travel services; tourist services; tourism; law; tourism law.

I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

El origen de la intermediación turística está íntimamente unido al desarrollo del denominado turismo de masas y a la consolidación de las agencias de viajes (1) (en lo sucesivo, AA.VV.). La actividad turística como fenómeno social y de masas es una actividad relativamente reciente, que se materializa fundamentalmente a mediados del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial (2).

La primera reglamentación sobre agencias de viajes se remonta al D de 19 de febrero de 1942, que es un precedente fundamental de la normativa vigente porque contenía algunas directrices que se mantienen, con algunos cambios hasta hoy día, como son la enumeración de las actividades propias de estas empresas en exclusividad o como es la necesidad de la obtención del título-licencia para la prestación de los servicios de intermediación.

En la década de los sesenta, el D 735/1962, de 29 de marzo y con la OM de 26 de febrero de 1963 incorporan una regulación más detallada de estos establecimientos, concretando los requisitos para la obtención del título-licencia, o la especialización de las mismas, entre otros aspectos. Más

(1) Vid. C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 354 a 358); (2006: pp. 265 a 315); y (2005). En ellos, el autor realiza un exhaustivo trabajo sobre la evolución histórico-jurídica de la reglamentación de las agencias de viajes en España y, de manera particular, de la regulación de las empresas de intermediación turística en Andalucía.

(2) Téngase en cuenta que la doctrina atribuye la primera operación de intermediación turística a Thomas Cook al organizar, el 5 de julio de 1841, una excursión en ferrocarril entre Leicester y Loughborough para asistir a un Congreso antialcohólico. Años más tarde, el mismo creó la primera AA.VV. del mundo, Thomas Cook and Son. Por ello, se le considera el padre de las AA.VV.. También, son de destacar los pioneros Henry Wells y Williams Furgo, que pusieron en funcionamiento los cheques de viajes a través de la AA.VV. que fundaron. En España, la primera AA.VV. que se constituyó fue Viajes Marsans, en 1910. Sobre los antecedentes históricos de las AA.VV. vid. L. FERNÁNDEZ FUSTER (1985:pp. 50 a 52); I. ALBERT PIÑOLE, F. BAYÓN MARINÉ y J. CERRA CULEBRAS (1999: p. 815); y C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: p. 354).

tarde, en los años setenta, una nueva reglamentación ordenan las AA. VV.: el D 1524/1973, de 7 de junio, y la OM de 9 de agosto de 1974, que destacan la obligación de constituirse en forma societaria, la exclusividad de las AA. VV. para comercializar servicios combinados o a forfait (3) y la regulación restrictiva respecto a las actividades que desempeñaban las AA. VV. de viajes extranjeros en nuestro país.

Por último, la aprobación del RD 271/1988, de 25 de marzo y la OM de 14 de abril de 1988 constituyo la referencia normativa necesaria para que las distintas Comunidades Autónomas aprobasen su propia normativa en base a esa reglamentación común para todo el territorio nacional y evitar así la disparidad normativa (4).

No obstante hay que señalar que, en esas fechas, y en virtud de lo establecido en la CE, el Estado ya carecía de competencia administrativa sobre ordenación de las empresas y actividades turísticas mientras que algunas autonomías ya se habían apresurado a promulgar sus propias reglamentaciones sobre AA. VV..

Años más tarde, un hito a considerar para estos establecimientos fue la aprobación de la L 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, ya que la normativa autonómica tuvo que adaptarse a lo preceptuado en ella. Esta Ley, originada a partir de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, pretendió proteger al consumidor turístico frente a los posibles fraudes en la oferta de los denominados viajes combinados. Otras disposiciones Comunitarias que influyen considerablemente en la regulación actual de las AA. VV. son: la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior que ha producido importantes cambios en la ordenación turística al tratar de eliminar trabas injustificadas al acceso a la actividad turística y agilizar los trámites para la creación de nuevas empresas turísticas; y recientemente la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

En Andalucía, y, como consecuencia de la asunción competencial en materia de turismo las AA. VV. han sido reguladas, por primera vez, mediante el Decreto 301/2002, de 17 de diciembre que, aunque todavía vigente, ha sufrido diversas modificaciones para adaptarse a los nuevos cambios legislativos a tenor de los mandatos comunitarios (en lo sucesivo, DAAV). Su finalidad

(3) Salvo que sean particulares o entidades no mercantiles, que cuenten con autorización previa de la Administración, y realicen la actividad de forma esporádica y no lucrativa.

(4) Esta reglamentación tiene su origen en la Conferencia Sectorial de Turismo celebrada en Madrid el 7 de octubre de 1987.

es favorecer la competitividad y reforzar la calidad de los servicios turísticos prestados, mediante la intervención de estas empresas, así como la protección de los usuarios turísticos.

II. ACERCA DE UNA DEFINICIÓN DE INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA

La intermediación es una actividad turística que trata de poner en contacto los usuarios turísticos con los destinos. En sentido amplio, es una actividad que media en la venta u organización de servicios turísticos. Desde un punto de vista jurídico, las normativas no suelen definir qué se entiende por este tipo de servicios por ello hay que remitirse al análisis de las agencias de viajes para obtener su conceptualización (5).

El D 735/1962, al tratar a las AA.VV., identificaba sus servicios con actividades mercantiles de mediación dirigidas a poner los bienes y servicios turísticos a disposición de quienes desearan utilizarlos. También el Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas de 14 de enero de 1965 se refería a las AA.VV. como las empresas que se dedicaban profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos, y en estos mismos términos se ha venido pronunciando la legislación posterior.

Así es, la intermediación turística ha sido desempeñada tradicionalmente por las AA.VV., entendiéndose como tales las empresas que se dedican de forma profesional, con ánimo de lucro, y en régimen de exclusividad, al ejercicio de actividades de mediación, comercialización y organización de servicios turísticos. Junto a ellas, algunas Comunidades Autónomas también incluyen, como empresas de intermediación turística, a las centrales de reservas y a las empresas que tienen como finalidad la organización profesional de congresos, ferias y convenciones (6).

En Andalucía el citado D 301/2002, de 17 de diciembre, tal y como se contenía en la antigua LTA de 1999, sigue las pautas previstas en la normativa estatal para las empresas de mediación turística y atribuye la misma tarea a las AA.VV., cuya definición fue derogada, junto con las centrales de reservas por el D 80/2010, de 30 de marzo (7). Por su parte, la actual L 13/2011, de

(5) Para C. SANZ DOMÍNGUEZ, (2006: p. 267), la actividad de intermediación «es una actividad reglamentada, por cuanto la Ley de Turismo y los reglamentos de desarrollo establecen la parte fundamental del régimen jurídico-administrativo de esta actividad empresarial, como actividad propiamente turística».

(6) Vid. VALLESPÍN ARÁN, M^a. y MOLINILLO, S. (2014: pp. 13 a 25).

(7) D 80/2010, de 30 de marzo, de simplificación de trámites administrativos y de modificación de diversos Decretos para su adaptación al D-L 3/2009, de 22 de diciembre,

23 de diciembre, de Turismo, a semejanza de la anterior, considera servicios turísticos a la intermediación consistente en la organización y comercialización de viajes combinados y, como actividades con incidencia en el ámbito turístico, a las actividades de intermediación de los servicios turísticos restantes. Además, la LTA, en el marco de la empresa turística, atribuye a las AA.VV. la exclusividad para organizar o comercializar los viajes combinados. En realidad, según la LTA, se puede afirmar que la actividad de la intermediación turística estaría relacionada dentro de estos tres conceptos: servicio turístico, actividad con incidencia en el ámbito turístico y empresa turística.

III. LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES COMO SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA

Dentro de la intermediación turística, la actividad de las agencias de viajes se corresponde con la prestación de una multitud de servicios a los usuarios que necesitan contratar otras prestaciones turísticas, como son el alojamiento, el transporte, la información u otras actividades turísticas complementarias. No obstante estas empresas de intermediación celebran principalmente dos tipos de contratos: el contrato de viaje combinado y el contrato de servicios sueltos.

1. El contrato de viaje combinado versus servicios de viajes vinculados

El contrato de viaje combinado es aquel contrato por el que se vende u ofrece en venta, de manera conjunta, como un producto unitario y con arreglo a un precio global preestablecido, una combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes servicios: transporte, alojamiento y otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que no constituyan una parte significativa del viaje combinado. Todo ello, siempre y cuando estas prestaciones sobrepasen las 24 horas o incluyan una noche de estancia.

Como así señalan las Directivas de 1990 y 2015 sobre viajes combinados, la reglamentación para la defensa de los Consumidores Usuarios de 2007, y, por consiguiente, la LTA y el DAAV, son únicamente las agencias de viajes, legalmente constituidas, las que ostentan la exclusividad para poder organizar y/o comercializar esos servicios (8).

que modifica diversas leyes para la trasposición en Andalucía de la Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior. Téngase en cuenta que el D-L 3/2010, de 22 de diciembre, fue convalidado por la L 3/2010, de 21 de mayo.

(8) Vid. D.V. BLANQUER CRIADO (1999: pp. 319 a 324); C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2013: pp. 212 a 214); L.Y. MONTAÑÉS CASTILLO, (2013: pp. 152 y 153); y, en mayor profundidad, desde el punto de vista del Derecho privado, vid. A. AURIOLES MARTÍN (2005: pp. 139 a 164).

Así, el legislador trata de garantizar una mayor profesionalización en la prestación de estos servicios turísticos. No obstante, esta reserva de exclusividad permite la excepción a las entidades públicas, asociaciones privadas no lucrativas o clubes deportivos organicen viajes sin fines lucrativos, únicamente para sus miembros, siempre que se no se utilice ningún tipo de publicidad, se realice de forma ocasional y esporádica, sin apoyo de personal específico para la organización de tales viajes y siempre y cuando estos tengan relación directa con los fines de las entidades, asociaciones o clubes (9).

En la actualidad, curiosamente, la regulación del contrato de viaje combinado se contempla en el RD-L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios que integra el régimen jurídico de los viajes combinados como parte del de la defensa del consumidor.

Más recientemente, como se ha expuesto con anterioridad, la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre de 2015, vigente desde el 31 de diciembre de 2015 constituirá la nueva ordenación de este tipo de viajes a partir del 1 de julio de 2018, con el objetivo de aumentar la protección, la transparencia y la seguridad jurídica de los viajeros y empresarios, en el marco de la revolución digital (10).

Esta novedosa normativa de la Unión Europea extiende, de manera explícita su aplicación a los viajeros que contraten combinaciones de servicios de viajes a través de nuevos modelos de negocio o conforme a nuevos hábitos de contratación que han ido surgiendo por el uso de internet. Bajo este prisma, se distinguen fundamentalmente tres modelos de combinacio-

(9) Es significativa la STS de 29 de enero de 1992, que determina que no es constitutiva de intrusismo la promoción, por un párroco, de una peregrinación a Tierra Santa, cuando no consta que el párroco haya organizado técnica y comercialmente el viaje.

(10) Directiva 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Por otro lado, téngase en cuenta que el plazo para promulgar la normativa que ha de adaptar nuestro marco legal a los cambios derivados de esta nueva Directiva finaliza el 1 de enero de 2018, y deberá ser de aplicación a partir del 1 de julio de 2018. Es de destacar, el artículo de C. BERENGUER ALBALADEJO (2016: p. 33), la cual señala que «han pasado veinticinco años desde la aprobación de la Directiva 90/314/CE de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y la aparición de nuevos modelos de negocio y formas de contratación on line se servicios turísticos ha generado problemas que no previeron en aquel momento y que requieren respuesta legal para proteger adecuadamente a los usuarios de los mismos».

nes de servicios de viaje que podrán ser adquiridos en línea o fuera de línea (11):

- El viaje combinado con paquete preestablecido. Se encuentra preorganizado por el tour operador antes de cualquier contacto con el viajero y quedará sujeto a la nueva Directiva si la combinación integra al menos dos servicios de viaje (transporte, alojamiento u otros, como el alquiler de vehículos).
- El viaje combinado con paquete personalizado. Se da cuando la combinación de dos o más servicios de viaje se organiza a partir de la selección de componentes realizada por el viajero y es adquirido por éste de un único empresario a través de un contrato único.
- Servicios de viaje vinculados. Se establecen con ocasión de haber reservado un servicio de viaje en los cuales se les facilita al consumidor la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro prestador de servicios para ese mismo viaje dentro de las 24 horas siguientes.

En síntesis, la organización y/o la comercialización de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados en toda la Unión Europea es una actividad empresarial que queda reservada ahora y en un futuro inmediato, de forma exclusiva, a las agencias de viajes.

2. El contrato de servicios sueltos

El contrato de servicios sueltos se configura como aquél en el que, mediante una determinada comisión, la empresa de intermediación, facilita al usuario de forma aislada uno o varios servicios para la realización de un viaje. Entre estos servicios destacan la contratación de: alojamiento, en sus diversas modalidades; restauración; billetes en medios de transporte; alquiler de vehículos; guías turísticos; material para la práctica deportiva; asistencia y traslado; seguros de viajes; entradas a espectáculos, museos y monumentos; flete de medios de transporte; organización de congresos, ferias, convenciones y reuniones; y, excursiones que no duren más de 24 horas o que no incluyan una noche de estancia, etc. (12). Asimismo, mediante esos servicios se puede

(11) Vid. C. BERENQUER ALBALADEJO (2016: pp. 34 a 36), en la que la autora indica «El panorama actual en la contratación de servicios de viaje como principal motivo para actualizar la normativa: del viaje combinado preorganizado al servicio de viaje vinculado pasando por el paquete dinámico».

(12) Vid. D.V. BLANQUER CRIADO (1999: pp. 325 y 326). En este orden, se refiere a una cuestión jurídica de relieve que califica como la «publicación del Derecho Privado y reserva de Ley» al indicar que «mientras que el régimen del contrato de viaje combinado está dispuesto en una Ley, el de los contratos de servicios sueltos se incluyen en simples Reglamentos, apro-

proporcionar información turística, entregar materiales promocionales y realizar cambio de divisas.

IV. TIPOLOGÍA DE LAS AGENCIAS DE VIAJES

1. Clasificaciones normativa y doctrinal

El DAAV mantiene la clasificación tradicional al diferenciar tres tipos de AA. VV.: agencias de viajes mayoristas, agencias de viajes minoristas y agencias de viajes mayoristas-minoristas. Son AA. VV. mayoristas las que proyectan, elaboran y organizan toda clase de servicios turísticos para su ofrecimiento a las agencias de viajes minoristas. No pueden ofrecer ni vender directamente sus productos al usuario turístico o consumidor final. También son conocidas como «touroperadores». Las minoristas son aquellas que, o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas con la venta directa al usuario o consumidor, o bien, proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios turísticos y viajes combinados directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias minoristas. Reciben el nombre de «detallistas» o «retailer». Por último, las mayoristas-minoristas pueden simultanear las actividades de los dos grupos anteriores. Son las de mayor entidad empresarial ya que van a poder simultanear las actividades propias de las agencias mayoristas y las de las agencias minoristas. Se les denomina «mixtas» o «intermedias».

La reglamentación, además, contempla la posibilidad de que las AA. VV. puedan articular fórmulas de colaboración empresarial, siempre que cada una de ellas cumplan, de manera individual, los requisitos que les sean de aplicación.

Doctrinalmente, se pueden destacar otras tipologías de AA. VV., en función de diversos criterios (13):

1. Según reciban o envíen clientes, se puede hablar de receptoras o *incoming*, emisoras o *outcoming*, y receptoras-emisoras.
2. Según se dediquen a destinos de larga o corta distancia, operan *long haul* y *short haul* y,

bados por las distintas Comunidades Autónomas». Esta misma idea la comparte C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2013: p. 213), cuando manifiesta que «la ordenación autonómica de las agencias de viajes suele integrar la regulación de los viajes combinados junto con los contratos que ofrecen servicios por separado...Es ésta una de las características más destacables de una regulación que entra incluso a intervenir reglamentariamente en la contratación de naturaleza privada entre los consumidores turísticos y las agencias de viajes».

(13) Vid. L.Y. MONTAÑÉS CASTILLO (2013: pp. 154 a 157); M. CORCHERO PÉREZ (2008: pp. 50 y 51); R. PÉREZ GUERRA (Coord.) (2006: pp. 145 y 146); y C. VOGELER RUIZ y E. HERNÁNDEZ ARMAND (1999: pp. 247 a 249).

3. Según intermedien entre agencias de viajes y compañías aéreas (*air brokers*), o entre agencias de viajes y hoteles (*tour brokers*)

Asimismo, en estos tiempos dominados por la información y la tecnología ha emergido con mucha fuerza una nueva modalidad de agencias de viajes que ofertan y comercializan sus servicios de intermediación vía on-line.

2. Agencias de viajes on-line. Los puntos de venta

En efecto, la Comunidad andaluza ha sido una de las primeras autonomías en incorporar, en su ordenamiento jurídico, la regulación de los denominados «servicios turísticos de la sociedad de la información» prestados por empresas de mediación turística, las AA.VV., con la exigencia de que su gestión administrativa y dirección de sus negocios se encuentre efectivamente centralizada en esta Comunidad (14).

Por ello, el DAAV considera servicios turísticos de la información los prestados por empresas de mediación turística que se realizan normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica, a petición individual del destinatario y que se enmarcan dentro de los servicios propios de su actividad. Y de manera exclusiva únicamente podrán ser las agencias de viajes las que, como empresas de mediación turística, presten los servicios de la sociedad de la información.

En este campo las AA.VV. tienen la obligación de disponer de los medios que permitan tanto a las Administraciones como a los usuarios que demanden sus servicios acceder de forma permanente, fácil, directa y gratuita a la siguiente información: Certificación expedida por la autoridad de asignación correspondiente del nombre o nombres de dominio de internet que utilicen o vayan a utilizar para la realización de actividades económicas en la red; datos identificativos del prestador de servicios de certificación de firma electrónica y de su inscripción en el registro oficial correspondiente; y, en su caso, datos de la póliza de seguros de actividades electrónicas.

(14) Este requerimiento ha sido compartido por J.M., PÉREZ FERNÁNDEZ (2004: pp. 298 y 299), y manifiesta que «El problema desde la perspectiva de la intermediación turística radica en cómo controlar a empresas que, valiéndose de las nuevas tecnologías, ofrecen, sin las garantías necesarias, servicios hasta ahora tradicionalmente desempeñados por las agencias de viajes»; y, por C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2013: pp. 221 a 223), pues considera que «Las agencias de viajes... pueden realizar sus funciones de intermediación, venta de servicios y productos turísticos por cualquier procedimiento de venta a distancia, de conformidad con la legislación vigente sobre la materia.. De manera que pueden crearse agencias de viajes que realicen sus actividad a través de medios telemáticos o de comunicación a distancia de cualquier naturaleza. Estas agencias no están obligadas a disponer de establecimientos abiertos al público».

Además, las comunicaciones comerciales de carácter publicitario realizadas por vía electrónica deben ser claramente identificables como tales, expresar los datos identificativos de la empresa de mediación turística que los realiza, precisar con exactitud la validez temporal de cada oferta e incorporar, como contenido mínimo, el exigido legalmente.

Finalmente, hay que referirse a los «puntos de venta» que son aquellas terminales informáticas no atendidas por personal, instaladas por las agencias de viajes que también prestan sus servicios mediante la sociedad de la información. Previamente a su instalación, las AA. VV. deberán presentar una comunicación previa, acompañada del documento acreditativo de la constitución de la fianza correspondiente ante la administración turística competente (15).

V. REQUISITOS DE LAS AGENCIAS DE VIAJES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD

1. La titularidad de las agencias de viajes

Una novedad prevista en la normativa vigente es la supresión de la exigencia de constituirse bajo una forma societaria determinada contenida en la reglamentación estatal de los años 80 (16). Así es, esa ordenación mandaba que todas las AA. VV. se configurasen exclusivamente como una sociedad mercantil, anónima o limitada, lo que produjo que la mayoría de las Comunidades Autónomas adoptaran este sistema restrictivo. Por el contrario, en Andalucía, la LTA y el DAAV han incorporado la posibilidad de que las personas físicas y las jurídicas puedan ser titulares de una empresa de intermediación turística, y así, de esta forma optando, por tanto, por un criterio aperturista sobre su forma de constitución (17).

(15) Sobre la regulación de las empresas de intermediación turística on-line y los puntos de venta en Andalucía, *vid.* C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 387 y 388, y L.Y. MONTAÑÉS CASTILLO (2013: pp. 156 y 157), que distingue entre agencias de viajes puramente virtuales, de las agencias de viajes que operan predominantemente como virtuales, las cuales cuentan con líneas telefónicas de atención al cliente y algún punto de atención y venta físico fuera de línea.

(16) Hay que tener en cuenta que este cambio de criterio se plasmó posteriormente en la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior que, como sabemos, tiene, entre una de sus finalidades esenciales, el fomentar la liberalización del Mercado Interior. Para un mayor abundamiento sobre la forma societaria de las AA. VV., *vid.* B. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (1999: pp. 385 a 397).

(17) Respecto a la forma societaria de las AA. VV., *vid.* entre otros autores a I. GONZÁLEZ CABRERA (2010: p. 17). La autora considera que «De hecho, en la mayor parte de la normativa Autonómica, esta obligación de adoptar una forma jurídica concreta ya había sido eliminada, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley Paraguas. Con todo las Comunidades Autónomas que aún no lo han hecho deberán proceder a eliminar dicho requisito de sus respectivas regulaciones porque tal pretensión se opone frontalmente al principio de

Otra novedad importante de la regulación andaluza, es la ausencia de capital social mínimo exigido cuando su titularidad corresponda a una sociedad anónima o a una sociedad de responsabilidad limitada, en cuyo caso hay que remitirse a lo establecido en la legislación mercantil (18). En este caso, la cobertura de la eventual responsabilidad de estas empresas se considera atendida satisfactoriamente mediante la fijación de una garantía de responsabilidad contractual y la contratación de un seguro de responsabilidad civil, a cuya efectiva aportación se condiciona el inicio efectivo de la prestación del servicio turístico y su publicidad.

2. La inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía

Como se ha expuesto anteriormente, hasta el año 2006, para prestar actividades de intermediación turística era necesario obtener previamente, de la Administración turística competente, un título habilitante denominado «título-licencia». Tras la incorporación del bloque normativo de la liberalización de la prestación de servicios, este sistema se ha sustituido por la presentación de una declaración responsable o comunicación previa, a tenor del tipo de actividad a realizar y de la Comunidad Autónoma en que se preste la actividad de intermediación (19).

libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española de 1978 y, por supuesto, se inmiscuye en aspectos cuya competencia exclusiva corresponde al Estado. Así lo declaró ya el Tribunal Supremo, tempranamente en su Sentencia de 29 de abril de 1997, al no admitir que el Reglamento sobre agencias de viajes de la Comunidad Autónoma de Madrid requiera la forma de sociedad mercantil para el ejercicio de dicha actividad»; D. V. BLANQUER CRIADO (1999: p. 314); J. SUAY RINCÓN y M^o. P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (1999: p. 460); A. AURIOLES MARTÍN (2005: p. 133); y en referencia a la reglamentación andaluza, es de destacar C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 374 a 376).

(18) Cuestión que ha puesto de manifiesto C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 376 y 383); A. RECALDE CASTELLS (2000: p. 164); y A. AURIOLES MARTÍN (2005: pp. 132 y 133), indicando que «La mayoría de reglamentos autonómicos que regulan las actividades de las agencias de viajes incurrir en excesos competenciales al invadir ámbitos que se reservan al Estado en el denominado «bloque de constitucionalidad».

(19) Vid. entre otros, F. GARCÍA RUBIO (2010); I. GONZÁLEZ CABRERA (2010: pp. 18 y ss.); J. L. BERMEJO LATRE y V. ESCARTÍN ESCUDÉ (2010: pp. 504 a 507). Todos ellos coinciden en que «no ha habido unanimidad en la adopción del mecanismo de la declaración responsable, por cuanto algunas leyes autonómicas recurren alternativamente a la comunicación previa, otras parecen asimilar uno y otro instrumento...En cualquier caso, la elección de cada legislador es libre y legítima, siempre y cuando pueda superar el test de proporcionalidad y razonabilidad impuesto por la Directiva de servicios (inexistencia de trabas administrativas innecesarias que compliquen o retrasen indebidamente la prestación del servicio o que impongan procedimientos y trámites de autorización que presenten carácter disuasorio); y F.J. MELGOSA ARCOS (2013: pp. 88 a 94). A este respecto señala que «Se trata del típico modelo de policía administrativa, es decir, estableciendo una reglamentación estricta de requisitos iniciales exigibles para la

En Andalucía, la LTA, impone que las AA. VV. que organicen o comercialicen viajes combinados se inscriban en el RTA, incluso aunque éstas no ostenten la condición de personas empresarias o la prestación de los servicios turísticos no se realice en establecimientos permanentemente abiertos al público. Están exceptuadas de esta exigencia únicamente las AA. VV. legalmente establecidas en otras Comunidades Autónomas y las nacionales de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea que operen, de forma temporal, en la Comunidad. La inscripción en el RTA quedará sin efecto cuando, una vez ejecutada, la garantía de responsabilidad contractual no se reponga en cuantía y plazo, o no se mantenga vigente la correspondiente póliza de seguros, previsto todo ello en el DAAV y a lo que nos referiremos a continuación.

El procedimiento registral se contiene en el D. 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del RTA. El registro tiene naturaleza administrativa, es de carácter público y gratuito, y la inscripción en él se realizará de oficio, previa presentación de la «declaración responsable» (20). En dicha declaración responsable de actividad turística mediadora se ha de manifestar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente relativos al servicio o al establecimiento y su clasificación; el compromiso de mantenimiento durante el tiempo de vigencia de la actividad; y, de manera concreta, se ha de informar, entre otras cuestiones, de la ubicación y datos básicos del proyecto a desarrollar, del NIF y los datos de la escritura de constitución y de su inscripción en el registro correspondiente —si la titular fuese una persona jurídica—, la persona responsable al frente del establecimiento, el contrato entre la agencia y el Director, estudio de viabilidad económica-financiera, así como los datos acreditativos de la garantía de responsabilidad civil y de la póliza del seguro de responsabilidad que las AA. VV. están obligadas a constituir y suscribir con carácter previo a la inscripción. La resolución se notificará a la persona interesada en el plazo

apertura de los establecimientos que son controlados a priori mediante la autorización administrativa. A posteriori se controla la actividad empresarial, inspeccionando si se cumplen los requisitos y las obligaciones y sancionando cuando proceda».

(20) Vid. el apartado 2 del art. 9 del D 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del RTA, que define a la declaración responsable como «el documento suscrito por la persona titular de un servicio turístico, o por quién la represente, en el que declara bajo sus responsabilidades, que se cumplen los requisitos establecidos en la normativa vigente relativos al servicio o establecimiento y a su clasificación y que se compromete a mantenerlos durante la vigencia de la actividad, así como la disposición, en su caso, de la documentación acreditativa que corresponda». Por otro lado, F.J. MELGOSA ARCOS (2013: p. 89), manifiesta que «La declaración responsable posibilita que la Administración tenga actualizado el Registro de Turismo, que pasa a tener un papel meramente estadístico».

de quince días, desde el registro de la declaración responsable, remitiéndose copia de aquella a los Ayuntamientos afectados (21).

La presentación de la declaración responsable es suficiente para considerar cumplido el deber de inscripción registral por parte de la persona o el establecimiento, lo que permite, desde este momento, el inicio de la actividad de intermediación turística.

Por otro lado, las empresas turísticas de intermediación no reguladas reglamentariamente y las que se dediquen a realizar «actividades con incidencia en el ámbito turístico» también pueden ser objeto de anotación registral, al presentar la correspondiente comunicación previa. Este hecho conlleva asimismo su inclusión en los catálogos, directorios, guías así como en cualquier otro medio de difusión y promoción que realice la Consejería de Turismo.

3. Garantías económicas exigidas

A) La fianza o garantía de responsabilidad contractual

Tradicionalmente, las AA. VV. han estado obligadas a constituir y mantener en vigor una garantía para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente al usuario turístico (22). Esta exigencia, asumida también por las Comunidades Autónomas, está prevista en sus respectivas normas (23).

(21) En este sentido, téngase en cuenta el Grupo de Trabajo CC. AA.-Administración General del Estado, para la revisión de normas turísticas y su adaptación a lo previsto en la Directiva de Servicios, en su reunión del 27 de julio de 2011, que propuso, como buena práctica, un procedimiento coordinado entre Comunidades Autónomas / Ayuntamientos, facilitando así que la declaración responsable fuera reenviada por la entidad municipal a la Consejería competente en materia de turismo, a efectos de simplificación de trámites administrativos.

(22) Vid. D.V. BLANQUER CRIADO (1999: p. 317), en atención a las garantías de las AA. VV., refiere, entre otras, las SSTS de 1 de julio de 1991 y de 29 de abril de 1997, las cuales califican de ajustada a Derecho dicha exigencia con la finalidad de proteger a los consumidores.

(23) En materia de fianzas o garantías de responsabilidad contractual hay que tener en cuenta lo establecido recientemente por la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados. Así, en el año 2014, la Comisión Europea inició un proyecto piloto en el Estado Español y en las Comunidades Autónomas en relación a la normativa de las garantías de las agencias de viajes en caso de quiebra e insolvencia por incumplir lo establecido a nivel de la Unión Europea. Debido a lo cual, el Estado español modificó el art. 163 «Garantía de responsabilidad contractual», del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, por la DF 17.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, siendo también necesaria posteriormente la correspondiente modificación de estas materias en los distintos reglamentos autonómicos. Fruto de ello es el borrador o propuesta de texto armonizado de la Secretaría de

En Andalucía, estas empresas tienen que constituir, y mantener en permanente vigencia, una garantía que cubra su eventual declaración de responsabilidad como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones —frente a los usuarios finales— por la organización o comercialización de viajes combinados y, en particular, procurar el reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos ocasionados en los supuestos de insolvencia o quiebra (24).

Asimismo, la garantía o fianza, a disposición de la Consejería competente, quedará afectada por la resolución firme en vía judicial declaratoria de responsabilidades económicas de las agencias de viajes por reclamaciones del usuario o consumidor final; y, por los laudos dictados, bien por el Consejo Andaluz de Consumo, o bien por cualquier otro órgano arbitral que tenga la condición de Administración arbitral.

La fianza puede prestarse de forma individual o colectiva, y ha de constituirse en las Cajas de Depósitos de cualquiera de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de Hacienda, pudiendo consistir en efectivo, aval prestado por la entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, seguro de caución contratado con compañía aseguradora autorizada para operar en el ramo, y, por títulos de emisión pública.

Por un lado, la garantía individual aportada por la agencia debe cubrir su responsabilidad patrimonial hasta 120.000, 60.000 y 180.000 euros, según la agencia sea mayorista, minorista o mayoristas-minoristas, respectivamente.

Por su parte, la garantía colectiva se ha de constituir a través de las asociaciones representativas de agencias de viajes mediante aportaciones a un fondo solidario de garantía que, en ningún caso, podrá tener un valor inferior

Estado de Turismo que en estos días se está debatiendo en la Mesa de Directores Generales de la Conferencia Sectorial de Turismo para adecuar la normativa autonómica a la legislación comunitaria. Este borrador establece que el importe a garantizar sea de 100.000 euros para el primer año de ejercicio y un 5% del volumen de negocios derivado de los ingresos por venta de viajes combinados alcanzado por el organizador o minorista en los siguientes ejercicios. Además, recoge que esta cobertura deberá adaptarse en caso de que aumenten los riesgos, especialmente si se produce un incremento importante de la venta de viajes combinados, así como la posibilidad de la constitución de una garantía colectiva o por cada viaje colectivo y también contempla la posibilidad de que estas cantidades se abonen a los perjudicados de manera directa. Estas medidas están siendo criticadas por el sector empresarial de agencias de viajes (a través, entre otras, de la Confederación Española de Agencias de Viajes —CEAV—), por promover el intrusismo profesional y la competencia desleal al olvidar a los servicios sueltos y serles de aplicación únicamente a los viajes combinados.

Por otro lado, respecto a la regulación andaluza, para un mayor abundamiento *vid.* C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 382 a 387).

(24) En la Comunidad andaluza, la obligación de constituir una fianza o garantía de responsabilidad contractual se recoge en el art. 50 de la LTA y en el art. 11 del DAAV.

a 2.405.000 euros. El importe de las aportaciones a efectuar, por cada una de las AA. VV., es el 50% de la suma que le correspondería en el supuesto de constitución de garantía individual.

En relación a la garantía contractual exigida para estas empresas, hay que referirse a las siguientes cuestiones:

1. Las sumas cubiertas por la garantía prestada por una misma AA. VV. permiten, como máximo, la apertura autorizada de seis establecimientos incluyendo el central, las sucursales y los puntos de venta. De forma que, por cada nuevo establecimiento adicional que se inaugure, deberá incrementarse la garantía individual o colectiva en 6.000 o 3.000 euros, respectivamente.
2. En el supuesto de que, tras la fórmula de colaboración empresarial oportuna, tres o más agencias de viajes minoristas, se configuren para el ejercicio de su actividad, como agencia de viajes mayorista-minorista, no tendrá que constituirse la garantía exigida al respecto, respondiendo solidariamente de los incumplimientos de esta aquellas otras fianzas de las AA. VV. que ostenten la condición de socios de esa nueva entidad.
3. En el caso de ejecutarse la garantía, la AA. VV. o la asociación afectada queda obligada a reponerla, sin necesidad de previo requerimiento, en el plazo de quince días (25) hasta cubrir nuevamente la totalidad correspondiente de la misma; de lo contrario, la inscripción registral quedará sin efecto.
4. Por otro lado, la garantía deberá mantenerse en vigor hasta que haya transcurrido un año, en el caso de que se produzca una resolución de cancelación registral firme o hasta que se resuelvan judicial o extrajudicialmente las reclamaciones civiles pendientes en el procedimiento.
5. Conviene reiterar que las agencias de viajes domiciliadas y habilitadas como tales por otras Comunidades Autónomas o por otros Estados miembros de la Unión Europea pueden establecer sucursales libremente en Andalucía, para el ejercicio de su actividad, siempre que acrediten la constitución en su lugar de origen de una garantía equivalente a la exigida en nuestra Comunidad. En ese caso, se puede requerir a la agencia la prestación de una garantía por el importe de la diferencia entre las cuantías exigidas anteriormente y las previstas en su Administración de origen.

(25) Este plazo de 15 días puede variar entre las distintas Comunidades Autónomas.

B) El seguro de responsabilidad civil

Junto a la garantía o fianza de responsabilidad contractual, las AA. VV. además tienen la obligación de contratar y mantener, en permanente vigencia, una póliza de seguro que debe cubrir la responsabilidad civil por la explotación del negocio, la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria y la responsabilidad por los daños patrimoniales primarios (26), con una garantía mínima de 900.000 euros. Estas coberturas, 300.000 euros por cada bloque, incluyen todo tipo de daños o siniestros: Daños corporales, daños materiales y los perjuicios económicos causados (27).

VI. LAS AGENCIAS DE VIAJES HABILITADAS FUERA DE ANDALUCÍA. LAS SUCURSALES

Las AA. VV. domiciliadas y habilitadas como tales por otras Comunidades Autónomas pueden establecer libremente sucursales en Andalucía para el ejercicio de su actividad. La Administración turística ha de comprobar que estos establecimientos estén cubiertos por la correspondiente garantía exigida en su Comunidad de origen (28).

Por otro lado, las AA. VV. domiciliadas y habilitadas como tales, por otros Estados miembros de la Unión Europea, también pueden establecer sucursales en Andalucía, sin otra obligación que la de aportar la certificación acreditativa de la habilitación expedida en su país de origen, así como toda aquella documentación en la que se pueda verificar la constitución de una garantía equivalente a la que se exige en el DAAV (29).

En ambos supuestos, la Consejería andaluza competente en materia de turismo, puede requerir a la AA. VV. interesada, en realizar sus actividades en nuestra Comunidad, una garantía por el importe de la diferencia entre las cuantías exigidas en el DAAV y las fijadas en su Administración de origen (30).

(26) La necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil se ha convertido también para otras empresas turísticas dedicadas al alojamiento o al turismo activo.

(27) Vid. C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 382 a 387), opina que «estas exigencias de carácter económico van encaminadas a proporcionar un mayor ámbito de protección a los usuarios turísticos», además, añade que «el D 302/2002, no difiere, en cuanto a su contenido, a la regulación de las garantías económicas establecidas por el Estado en la normativa de 1988», y L.Y. MONTAÑÉS CASTILLO (2013: pp. 157 a 161).

(28) Art. 21 del D 301/2002, de 17 de diciembre, por el que se regulan las agencias de viajes en Andalucía.

(29) A tenor de lo dispuesto en la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

(30) Vid. C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 387 y 388).

VII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS AGENCIAS DE VIAJES

La LTA de 2011 recoge en el Capítulo II, de su Título IV, los derechos y obligaciones de las empresas turísticas. Se trata de una regulación genérica del estatuto jurídico que le es de aplicación a todas y cada una de las empresas turísticas, también a las AA.VV.. Entre estos derechos se hallan: Ejercer libremente su actividad, sin más limitaciones que las dispuestas por las leyes; incluir información sobre sus instalaciones y las características de su oferta específica en los catálogos, guías y sistemas informáticos de la Administración turística destinados a tal fin; acceder a las acciones de promoción conforme a los criterios que establezca en cada momento la Administración Turística; solicitar subvenciones, ayudas y programas de fomento que reglamentariamente se establezcan; y, participar, a través de sus organizaciones más representativas, en los procedimientos de adopción de decisiones públicas que, relacionados con el turismo, pudieran afectarles (31).

Con un carácter más específico, el reglamento atribuye a estas empresas los derechos a organizar y/u ofertar en exclusiva viajes combinados y, asimismo, a utilizar de manera exclusiva, el uso de los términos «agencia de viajes» con fines publicitarios, distintivos o identificativos de la empresa, y los de «viaje» o «viajes», sus sinónimos y palabras equivalentes en otros idiomas como todo o parte del nombre comercial o denominación de estas (32).

Frente a ellos, las AA.VV. están supeditadas al cumplimiento de las obligaciones previstas en la LTA, y entre las que destacan: Publicitar los precios finales completos de todos los servicios que se oferten, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan a la persona usuaria; expedir factura desglosada y con el contenido previsto en la normativa vigente de los servicios prestados, de acuerdo con los precios ofertados o pactados; informar a las personas usuarias, de forma clara e inequívoca, de cualquier riesgo previsible que pudiera derivarse de la prestación de los servicios o del uso de las instalaciones, así como de las medidas de seguridad adoptadas; tener a disposición y facilitar a las personas usuarias de servicios turísticos las hojas de quejas y reclamaciones oficiales en materia de

(31) Por lo que se refiere a la regulación estatal, *vid.* J. SUAY RINCÓN y M.P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (1999: pp. 453 a 457); y, en cuanto a la reglamentación andaluza, considérese C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 379 a 382).

(32) Exclusividad exigida por el ordenamiento jurídico en aras a garantizar una mayor profesionalización de los servicios turísticos, y con el objeto de proteger a éstos frente a actuaciones abusivas, ilícitas e incluso clandestinas, en C. SANZ DOMÍNGUEZ (2008: pp. 305 y 313 a 315).

consumo (33); y, facilitar a la Administración la información y documentación preceptiva para el correcto ejercicio de las atribuciones que legal y reglamentariamente le correspondan (34), y, en particular, a los servicios de inspección turística en el ejercicio de sus funciones.

Estos deberes, se completan con otros tantos previstos en la reglamentación andaluza, que obliga a las AA. VV. a cumplir con los siguientes mandatos: Exhibir de manera visible y legible, en el exterior de cada establecimiento o sitio de internet donde radique, en su caso, su domicilio, establecimiento principal o el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de su negocio, el distintivo de agencia de viajes y cualquier otro elemento que se determine mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo; prestar sus servicios sin ningún tipo de discriminación por razón de discapacidad, nacionalidad, lugar de procedencia, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social; abstenerse de prestar su actividad respecto de servicios turísticos que, tengan la consideración de clandestinos de acuerdo con la LTA; remitir a la Dirección General competente en materia de ordenación turística, dentro del plazo que ésta determine, los datos que les sean solicitados con el fin de elaborar las estadísticas del sector o las bases de datos que, sobre la materia, realice la Consejería competente en materia de turismo; comunicar a la Administración turística los nombres comerciales con los que operará la AA. VV.; el cese de sus actividades; y sus sucursales y puntos de venta a los efectos de la acreditación de la constitución de la fianza correspondiente; informar a las personas usuarias de los precios finales y completos, incluyendo impuestos, cargas y gravámenes; y, observar las demás obligaciones previstas en la normativa (35).

Asimismo, las AA. VV. han de utilizar y mantener, en permanente vigencia, un nombre comercial debidamente inscrito en el Registro de Marcas por la Oficina Española de Patentes y Marcas. En este sentido, cuando el servicio de intermediación turística se preste en establecimientos abiertos al público, estos han de disponer en su exterior, de forma destacada y bien visible al público, de un rótulo en el que figure el nombre comercial de la persona titular de la agencia de viajes, el número de inscripción y el grupo al que pertenecen. La apertura de nuevos establecimientos, que suponga un incremento del número cubierto por la garantía constituida, obliga, de igual forma, a la persona

(33) Vid. D 72/2008, de 4 de marzo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas, así como la O de 9 de febrero de 2015, por la que se regula la edición, distribución, comercialización e impresión de los ejemplares de hojas de quejas y reclamaciones.

(34) Art. 24 de la LTA.

(35) Art. 4 del DAAV.

titular de la agencia a comunicar a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de turismo, el aumento de la garantía en la cuantía correspondiente y la posesión de la documentación que así lo acredita. Por otro lado, el cierre definitivo de un establecimiento debe ser comunicado también al mismo órgano en el plazo de un mes desde que se produzca, procediéndose a cancelar de oficio su anotación en el RTA.

Finalmente, las AA. VV. deben indicar el código de identificación, el nombre comercial y el domicilio social en toda correspondencia, documentación y publicidad que realicen, cualquiera que sea el medio empleado; y, además, deben mencionar expresamente, la función que desempeñan, de organizador, detallista o ambas, en la documentación de cada servicio turístico ofertado.

VIII. CONCLUSIONES

En la realidad actual de nuestros días nos encontramos en un escenario en el que los procesos de intermediación se hacen cada vez más intensos y se vuelven más complejos. El panorama actual de la intermediación en el sector turístico se están produciendo grandes cambios debido al impacto en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Dado el rápido progreso tecnológico de los últimos tiempos, la principal preocupación para las empresas turísticas es cómo adoptar y asimilar las nuevas tecnologías para obtener y mantener una ventaja competitiva.

De esta forma, el uso de internet como canal de distribución ha propiciado la aparición de multitud de nuevos intermediarios turísticos. Como consecuencia de ello, en la actualidad, los turistas, poseen una enorme variedad de herramientas *on line* para organizar sus viajes: sistemas de reservas y agencias de viajes *on line* y buscadores y metabuscadores, sistemas de gestión de destinos, redes sociales y web 2.0, comparadores de precios, así como las páginas webs de los propios proveedores.

No debemos olvidar que dentro de la intermediación turística, las agencias de viajes desempeñan un papel clave dentro del sector turístico de capital importancia por su valor social y económico y por su contribución al desarrollo cultural, a la convivencia y a la paz de los pueblos. Además, de conectar la oferta con el consumidor, destinatario de los servicios turísticos, ofreciéndole calidad, asesoramiento, confianza y, todo ello bajo el paraguas del principio de seguridad jurídica.

Por otro lado, debe exigirse a los legisladores autonómicos en materia de turismo, y por consiguiente, de agencias de viajes, que armonicen al máximo posible las exigencias normativas para que, sin merma de las competencias transferidas en base a nuestra organización administrativa constitucional, se

eviten normas de contenido contradictorio que perjudiquen tanto al sector privado como, y lo que es más importante, a los consumidores-turistas y a la propia industria turística, produciendo una gran inseguridad jurídica a lo largo del territorio español.

Además, la reciente irrupción de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, nacida para dar solución a la aparición de nuevos modelos de negocio y formas de contratación *on line* de servicios turísticos, nos trata de dar respuesta legal para proteger adecuadamente a los usuarios de los mismos. Entre sus principales novedades destacan el nuevo concepto de viaje combinado y su distinción con los ahora denominados servicios de viaje vinculados. Esta distinción es importante ya que dependiendo del producto contratado, los usuarios gozarán de distinta protección legal. Se pretende conseguir una mayor armonización de los derechos y obligaciones de los usuarios con el fin de crear un auténtico mercado interior en este ámbito, y de adaptar el marco legislativo vigente a la evolución del mercado y a las nuevas formas de comercialización y adquisición de servicios de viaje.

En definitiva, y para concluir, con esta novedosa Directiva se pretende encontrar un equilibrio adecuado entre la protección de los consumidores-turistas y la competitividad de las empresas turísticas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RUBIO, J. (2011): «Ante la posible reforma del régimen jurídico del viaje combinado en la Unión Europea», en Tomillo Urbina, J.L. (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico, Actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Madrid, Civitas.
- AURIOLES MARTÍN, A. (2005): *Introducción al Derecho Turístico*, 2ª ed., Madrid, Tecnos.
- BERENGUER ALBALADEJO, C. (2016): «Luces y sombras de la nueva Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados», en *International Journal of Scientific Management Tourism*, núm. 2, vol. 2.
- BERMEJO LATRE, J.L. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2010): «El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo», en MOREU CARBONEL, E. (Coord.) *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Zaragoza, en Monografías de esta REVISTA, núm. XII.
- BLANQUER CRIADO, D.V. (1999): *Derecho del turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- CORCHERO PÉREZ, M. (2008): *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, Madrid, Iustel.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2013): *Derecho administrativo del turismo*, 6º ed., Madrid, Marcial Pons.
- GARCÍA MACHO, R. y RECALDE CASTELL, A. (Dirs.) (2000): *Lecciones de Derecho del turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA RUBIO, F. (2010): «La implantación de la Directiva europea de servicios y sus consecuencias sobre las licencias, en especial la de establecimientos y funcionamiento de actividades turísticas», en *Actualidad Administrativa*, núm. 7.
- GONZÁLEZ CABRERA, I. (2010): «La liberalización de los servicios en el mercado interior y su incidencia en la actividad de las agencias de viajes», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, B. (1999): «Reflexiones sobre la exigencia de forma jurídica específica para las agencias de viajes: la posibilidad de agencias de viajes – personas físicas», en AURIOLES MARTÍN, A. *Derecho y Turismo, I y II Jornadas de Derecho Turístico*, Sevilla, Dirección General de Planificación Turística de la Consejería de Turismo de la Junta de Andalucía.
- (2015): «Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297.
- MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y. (2013): «La intermediación turística», en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Dir.), *Manual de Derecho Administrativo del sector turístico*, Madrid, Tecnos.
- MELGOSA ARCOS, F.J. (2013): «La regulación del turismo en España: El nuevo marco jurídico tras la Directiva de servicios de mercado interior», en MELGOSA ARCOS, F.J. (coord.), *Turismos de interior*, Madrid, ediciones Pirámide.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (Dir.), (2004): *Derecho Público del Turismo*, Pamplona, Aranzadi.
- PÉREZ GUERRA, R. (Coord.) y otros, (2006): *Derecho de las actividades turísticas*, Barcelona, Editorial UOC.
- RECALDE CASTELLS, A. (2000): «Las agencias de viajes», en GARCÍA MACHO, R. y RECALDE CASTELLS, A.(Dirs.) *Lecciones de Derecho del Turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SANZ DOMÍNGUEZ, C. (2005): *Régimen jurídico-administrativo de la intermediación turística*, Sevilla, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.
- (2006): «Intermediación turística e intervención administrativa», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 63.
- (2008): «La intermediación turística», en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y otros, *Estudios sobre el derecho andaluz del turismo*, Sevilla, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.

- SUAY RINCÓN, J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P. (1999): «Régimen jurídico-administrativo de las agencias de viajes: una visión comparada de la normativa específica en materia de turismo», en BLANQUER CRIADO, D.V. (Dir.), *II Congreso Universidad y Empresa. Turismo: comercialización de productos, gestión de organizaciones, aeropuertos y protección de la naturaleza*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VALLESPÍN ARÁN, M^o y MOLINILLO, S. (2014): «El futuro de la intermediación en el sector turístico», en *Revista de Análisis Turístico*, núm. 17.

EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN GRADUAL DEL TRANSPORTE FERROVIARIO EN LA UNIÓN EUROPEA (*) (**)

ANA OLMEDO GAYA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO EN LA UNIÓN EUROPEA.– II. LOS INICIOS DE LA POLÍTICA EUROPEA EN MATERIA DE TRANSPORTE FERROVIARIO.– III. LOS SUCESIVOS PAQUETES FERROVIARIOS DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. Primer Paquete Ferroviario (2001). 2. Segundo Paquete Ferroviario (2004). 3. Tercer Paquete Ferroviario (2007). 4. Cuarto Paquete de Medidas Ferroviarias.– IV. CONSIDERACIONES FINALES.– V. ANEXO: NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE TRANSPORTE FERROVIARIO.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El sector ferroviario está siendo objeto de un lento proceso de gradual liberalización con aperturas sucesivas a la competencia. La liberalización en la prestación de los servicios de transporte de viajeros de ámbito nacional dista todavía de ser una realidad. Aprobados los instrumentos normativos comunitarios integrantes del llamado pilar político del Cuarto Paquete ferroviario va a ser posible comprobar la voluntad real de avanzar en este crucial aspecto de la construcción europea.

Palabras clave: transporte ferroviario; liberalización; Derecho de la Unión Europea; infraestructuras ferroviarias.

ABSTRACT: *The railway sector is being subject to a slow process of progressive liberalization through the opening to competition of different services. However, the*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 14 de julio de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de enero de 2017. Con posterioridad a la entrega del mismo, finalmente ha sido aprobado el Pilar Político del Cuarto Paquete Ferroviario publicado en el BOUE el 23 de diciembre de 2016, y que recoge la Directiva (UE) 2016/2370, que modifica la Directiva 2012/34 y el Reglamento 2016/2338, que modifica el Reglamento 1370/2007. Fecha de aprobación en la que se había remitido el artículo para su publicación en la REVISTA. No obstante, en la revisión de las nuevas pruebas se han incluido algunas reflexiones sobre las principales novedades introducidas por los nuevos instrumentos jurídicos europeos.

(**) Este trabajo de investigación ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad titulado *Diseño de una regulación efectiva para el modelo español de apertura del transporte ferroviario de viajeros a la competencia* (REGUTRAIN) (2015/2017), cuyo investigador principal es el Profesor Montero Pascual.

liberalization of national passengers railway transportation services is far from being a reality. Once the European Union legal instruments belonging to the so-called Political Pillar of the Fourth Railway Package have been approved, it will be possible to test the actual will of progressing in this essential aspect of the European construction.

Key words: railway transport; liberalization; European Union Law; rail infrastructure.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO EN LA UNIÓN EUROPEA

La aplicación de las reglas sobre la libre competencia marcadas por la normativa comunitaria al transporte ferroviario ha supuesto una transformación radical de muchos de los principios sobre los que el servicio público ferroviario basaba tradicionalmente su organización así como del régimen jurídico que ha disciplinado su funcionamiento. Este cambio ha provocado la ruptura de los monopolios estatales en torno a empresas de carácter público fuertemente dependientes del Estado y de la unidad de explotación de la gestión de la infraestructura ferroviaria y la prestación de los servicios de transporte por ferrocarril que habían imperado en Europa desde mitad del siglo XX.

La Unión Europea ha optado por un modelo de separación vertical y garantía de acceso a la red que se ha enfrentado a la integración de mercados nacionales que estaban bajo el monopolio de operadores públicos en un contexto en el que la red ferroviaria es un monopolio natural, otorgando la administración de las redes nacionales a un único gestor que viene obligado a proporcionar el acceso a dichas infraestructuras a los operadores ferroviarios bajo unas condiciones objetivas, transparentes, no discriminatorias y sujetas a regulación. Simultáneamente se han introducido medidas dirigidas a integrar los mercados nacionales y a garantizar la competencia entre operadores de transporte ferroviario (1).

En el presente estudio nos proponemos ilustrar sobre el estado actual en el que se encuentra el proceso de liberalización del transporte ferroviario en la Unión Europea. No pretendemos hacer un relato histórico del largo y farragoso camino hacia la liberalización de este sector, sino ofrecer los últimos avances que han impulsado las Instituciones Comunitarias desde el ámbito comunitario. Tampoco pretendemos analizar el punto en el que se encuentra el proceso de adaptación de la normativa española al Derecho comunitario en el que destaca

(1) Véase Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2014) en el *Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril de 25 de junio de 2014* (PRO/DTSP/0001/14), p. 13.

la Ley 38/2015, de 30 de septiembre, del Sector Ferroviario (2), y ello por la extensión del tema, ya que, naturalmente, son muchísimas las cuestiones susceptibles de extraerse del examen de la normativa y requerirían por sí solas otro estudio de investigación (3).

Es por ello por lo que en las páginas que siguen nos proponemos acotar nuestro estudio precisamente al análisis de las principales y más actuales previsiones contenidas en la normativa comunitaria relativas a la liberalización de los servicios de transporte ferroviario, para finalmente concluir que sus aspectos fundamentales son los mismos que conforman el proceso liberalizador en otras de las habitualmente denominadas «industrias de red». Para ello, comenzaremos con un breve esbozo de las primeras normas comunitarias en la materia hasta desembocar en el marco normativo compuesto por los llamados Primer, Segundo, Tercer y Cuarto Paquetes Ferroviarios y que han supuesto una progresiva liberalización del transporte ferroviario en la Unión Europea.

Se trata de un lento proceso de adaptación y reorganización ferroviaria, de liberalización progresiva del transporte ferroviario, con aperturas sucesivas a la competencia (mercancías/transporte internacional de viajeros/transporte interior de viajeros). Concretamente, en el Primer Paquete Ferroviario se han recogido los principios para una separación, al menos contable, de la explotación de los servicios de transporte y la gestión de la infraestructura ferroviaria y para la fijación de un canon por el uso de ésta. Otro paso más se dio, desde el 1 de enero de 2007, con la liberalización de los servicios de transporte de mercancías prevista por las disposiciones que integran el Segundo Paquete de medidas ferroviarias.

Por cuanto al servicio de transporte de viajeros se refiere, la liberalización está siendo mucho más pausada entre otras razones por su propia consideración como servicio público en muchos Estados miembros. Así, la primera de las

(2) Con la Ley 38/2015 se ha dado un nuevo impulso a la liberalización de los servicios de transporte ferroviario en nuestro país. Las principales novedades normativas se refieren a la planificación de las infraestructuras ferroviarias, al sistema de competencia por el mercado en las obligaciones de servicio público o a la reestructuración de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias, cuyo objetivo principal se centra en el incremento del uso de la red de ferrocarriles española, suprimiendo el canon anual que las operadoras afrontan por el acceso a la red de ADIF (cuyo importe dificultaba rentabilizar la operación de prestación del servicio, por lo que ha venido frenando a las empresas privadas interesadas en competir con RENFE), por lo que se eliminan barreras a la entrada en el sector, y previendo la bonificación de la puesta en marcha de nuevos servicios ferroviarios, entre otros aspectos. Este marco normativo está adaptado a las exigencias de la conocida como Directiva Recast, aprobada a finales de 2012, en la que se ha establecido un espacio ferroviario europeo único.

(3) Actualmente, vengo trabajando sobre dicha normativa como miembro del Proyecto I+D REGUTRAIN (2015/2017) anteriormente indicado, y que tiene como objetivo general profundizar en el conocimiento de las técnicas de la regulación a fin de diseñar instrumentos que permitan una regulación inteligente de los servicios ferroviarios de viajeros en España.

Directivas que integran el Tercer Paquete Ferroviario, la Directiva 2007/58/CE, de 23 de octubre, por la que se modifican las Directivas 91/440/CEE y 2001/14/CE, señaló el 1 de enero de 2010 como fecha tope para la liberalización de los servicios internacionales de transporte de viajeros dentro de la Comunidad.

Ahora bien, los cambios más relevantes de la normativa comunitaria en materia ferroviaria de los últimos años se contemplan en las normas que recientemente se han aprobado y que integran el Cuarto Paquete Ferroviario. Este conjunto normativo implicará una total revisión del régimen jurídico del sector ferroviario en aras de dar un nuevo empujón al establecimiento de un Espacio Ferroviario Único en Europa. Su estructuración se plantea en dos pilares, uno técnico y otro político. El primero de ellos lo componen dos Directivas y un Reglamento cuya finalidad principal es lograr un acceso más sencillo al mercado común ferroviario. Concretamente, se trata de la Directiva 2016/797/UE, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario; la Directiva 2016/798/UE, sobre la seguridad ferroviaria; y el Reglamento 2016/796/UE, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, todos ellos de 11 de mayo.

El Pilar Político, compuesto por la Directiva 2016/2370 y el Reglamento 2016/2338, ambos de 14 de diciembre, se refiere a la apertura del mercado y a la regulación de las obligaciones de servicio público. Estas normativas incluyen la modificación de la conocida como Directiva Recast, la Directiva 2012/34, de 21 de noviembre, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único y en la que se refunden en un único texto las Directivas integrantes del primer paquete ferroviario. Pues bien, la liberalización de todo el transporte ferroviario interior de viajeros prevista a partir del 14 de diciembre de 2020 va a suponer un gran cambio, que obligará a los Estados miembros a acometer reformas sustanciales de gran calado en sus sistemas de transporte ferroviario, pues, en la actualidad, los mercados nacionales de transporte ferroviario de pasajeros continúan en buena parte cerrados.

II. LOS INICIOS DE LA POLÍTICA EUROPEA EN MATERIA DE TRANSPORTE FERROVIARIO

El inicio de la actuación de la Comunidad en materia ferroviaria lo marcó la Decisión 65/271/CEE, de 13 de mayo de 1965, relativa a la armonización de determinadas disposiciones que inciden en la competencia en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

En esta Decisión se establecieron como objetivo de acción comunitaria la supresión de las obligaciones de servicio público como regla general o, en el caso de que se mantuvieran, el establecimiento de unas compensaciones económicas; la normalización de cuentas de las empresas ferroviarias con-

forme a las normas comunitarias; y la armonización de las normas que rigen las relaciones financieras entre los Estados y las empresas ferroviarias para garantizar su autonomía financiera.

Tras esta importante Decisión se adoptaron tres Reglamentos cuyos objetivos generales eran eliminar o neutralizar las distorsiones de la concurrencia y someter a las empresas ferroviarias a una cierta disciplina financiera (4): el Reglamento 1191/69/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (5); el Reglamento 1192/69/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a las normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias (6); y el Reglamento 1107/70/CEE, de 4 de junio, relativo a las ayudas en materia de transportes terrestres (7).

En la práctica, tras la adopción de estos tres Reglamentos, los resultados no fueron los esperados, no consiguiéndose la autonomía financiera de las empresas ferroviarias ni el consiguiente equilibrio financiero y ello debido, principalmente, a que las obligaciones de servicio público siguieron manteniéndose.

Con el fin de mejorar esta situación, la Decisión del Consejo 75/327/CEE, relativa al saneamiento de la situación de las empresas ferroviarias y a la armonización de las normas que debían regir las relaciones financieras entre las empresas ferroviarias y los Estados miembros (8), estableció un nuevo marco de política ferroviaria (9). Los principales puntos de la Decisión eran la

(4) Así lo puso de relieve el profesor IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael (1994): «La política de transportes en España y Europa», en la ob. colect. *Transportes. Un enfoque integral*, Servicio de Publicaciones del Colegio de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos, Madrid, p. 879.

(5) Reglamento modificado por el Reglamento 1893/91/CEE y derogado por el Reglamento 1370/2007/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Este Reglamento establece, como regla general, la supresión por los Estados miembros de las obligaciones inherentes a la noción de servicio público definidas en el propio Reglamento e impuestas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. Es decir, el Reglamento 1191/69/CEE precisa el concepto y la clasificación de las obligaciones de servicio público, estableciendo con carácter general su supresión o arbitrando un sistema de compensaciones en el caso de que su mantenimiento estuviera justificado por la necesidad de garantizar la provisión de suficientes servicios de transporte.

(6) Con este Reglamento se pretendía determinar y compensar financieramente aquellas obligaciones no inherentes a la noción de servicio público.

(7) Derogado por el Reglamento 1370/2007/CE.

(8) Derogada por la Directiva 91/440/CEE.

(9) Concretamente, esta Decisión introdujo un nuevo concepto de equilibrio financiero basado tanto en los ingresos de tráfico como en las aportaciones del Estado por las cargas derivadas de las obligaciones de servicio público, de la normalización de cuentas o de otras ayudas autorizadas por la Comunidad. Asimismo, dispuso el saneamiento financiero de los

autonomía de gestión de las empresas ferroviarias, la modernización de las mismas, la limitación de las subvenciones y una mayor cooperación entre las empresas ferroviarias.

Adoptada esta Decisión, los resultados tampoco fueron buenos; sólo se aprobaron dos Reglamentos: el Reglamento 2830/70/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, relativo a las medidas necesarias para hacer comparables la contabilidad y las cuentas anuales de las empresas ferroviarias; y el Reglamento 2183/78/CEE, de 12 de septiembre de 1978, relativo al establecimiento de principios uniformes para el cálculo de los costes de las empresas de ferrocarriles (10).

A pesar de las anteriores medidas, las normas citadas fracasaron como consecuencia de la resistencia de los Estados miembros a la instauración de una política comunitaria, ya que los intereses nacionales prevalecían frente a los de la Comunidad y únicamente les preocupaban los problemas financieros siempre presente en sus grandes empresas ferroviarias.

Con posterioridad, la Comisión aprobó la Comunicación sobre la Política Ferroviaria Comunitaria de 1990, en la que se insiste en la creación de un sistema ferroviario comunitario y que fija la principales líneas de actuación del sector. Entre las mismas se establece una nueva organización de las empresas ferroviarias que separe la explotación de los servicios ferroviarios de la gestión de la infraestructura y que garantice el libre acceso a las infraestructuras tanto a empresas públicas como privadas. Asimismo, se pretende avanzar en el desarrollo de la red europea ferroviaria de alta velocidad; en la mejora de la circulación y seguridad de las redes periféricas y urbanas, así como del tránsito por terceros países; impulsar el transporte combinado; atender a la dimensión social y al respeto al medio ambiente; y, por último, desarrollar la industria de equipos y materiales a nivel comunitario, desligando al ferrocarril de las actividades industriales.

Tras esta Comunicación de 1990, se aprobaron un conjunto de normas que recogieron las bases de la nueva política ferroviaria y las reglas generales de explotación de las propias compañías. Este nuevo bloque normativo comunitario, que pretendía ser un avance en la liberalización del transporte por ferrocarril, estaba compuesto por las Directivas 91/440/CEE, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios; 95/18/CE, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias; y 95/19/CE, sobre adjudicación de las capacidades de infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización.

ferrocarriles, lo cual exigía la liquidación de los grandes endeudamientos que las empresas ferroviarias arrastraban y la regulación de la financiación de las futuras inversiones.

(10) Tales Reglamentos se derogaron por la Directiva 2001/14/CE.

El objetivo principal de la Directiva 91/440/CEE era facilitar la adaptación de los ferrocarriles comunitarios a las necesidades del mercado único y aumentar su eficacia mediante una serie de medidas. Se perseguía la garantía de la autonomía de gestión de las empresas ferroviarias, considerando como tales a «cualquier empresa pública o privada cuya actividad principal consista en prestar servicios de transporte de mercancías y/o viajeros por ferrocarril, debiendo ser dicha empresa en todo caso quien aporte la tracción». Asimismo, se prevé la separación de la gestión de la infraestructura ferroviaria y de la explotación de los servicios de transporte de las empresas ferroviarias, siendo obligatoria la separación contable, y voluntaria la separación orgánica o institucional. Por otra parte, se recoge el saneamiento de la estructura financiera de las empresas ferroviarias. Y, por último, también se recoge la garantía de acceso a las redes ferroviarias de los Estados miembros para las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias y para las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados internaciones de mercancías.

Esta Directiva supuso un giro importante para las condiciones del mercado de los transportes y, sobre todo, de las empresas ferroviarias europeas y constituyó el primer paso hacia la apertura de los mercados internacionales a las empresas ferroviarias estatales, que hasta la fecha operaban en régimen de monopolio. Por ello hay quien afirma que se trató de una verdadera revolución (11). Y es que hay que reconocer que hasta entonces, en la liberalización del transporte por ferrocarril se había avanzado muy poco, a pesar de que uno de los fines de la Comunidad europea era el establecimiento de una política común en el sector de los transportes, quizás debido a que todas las empresas ferroviarias europeas eran empresas nacionales, ancladas en su forma de gestión monopolística y con gran dependencia de cada uno de sus Estados (12).

En 1995, se aprobaron las otras dos Directivas antedichas, la 95/18/CE y la 95/19/CE (13), que desarrollaron algunos aspectos de la Directiva 91/440/CEE. La Directiva 95/18/CE preveía la creación de una licencia ferroviaria válida para todo el territorio de la Unión Europea y regulaba las

(11) BATTISTA DI MICELI, Giovanni, «Direttiva 91/440/CEE», *Ferrovia e Trasporti* n° 10, 1992, p. 43. BUZZOLI, Maria (1992), «Una Direttiva de Bruxelles», *Linea/Treno* n° 1. DEL VECCHIO, F., (1992) «La Direttiva CEE 91/440. Interpretazioni ed implicazioni», *L'amministrazione Ferroviaria* n° 8. Asimismo, en el Congreso mundial de ferrocarriles celebrado en Florencia los días 16 a 19 de noviembre de 1997 bajo el título *World Congress on Railway Research*, las intervenciones de los ponentes europeos también fueron en esa línea.

(12) Así lo pone de relieve GARCÍA PÉREZ, Juan (2009), «La política de la Unión Europea sobre la liberalización del ferrocarril y la Ley 34/2003, del Sector Ferroviario», en la ob. colect. ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús y CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (coords.) *Infraestructuras ferroviarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 18.

(13) Tales Directivas se transpusieron mediante Real Decreto 2111/1998 de 2 de octubre, por el que se regulaba el acceso a las infraestructuras ferroviarias.

condiciones para la concesión de licencias a las empresas ferroviarias que prestaban servicio internacional y los requisitos que debían cumplir las empresas para la obtención de las licencias; y la Directiva 95/19/CE desarrollaba el acceso a la infraestructura, definiendo los principios y procedimientos a seguir en la adjudicación de la capacidad de infraestructura y la percepción de los correspondientes cánones de utilización de la misma, establecía el requisito del certificado de seguridad para las empresas ferroviarias y obligaba a la designación de un organismo independiente que conociera de los conflictos relativos a la asignación de capacidad y al cobro de los cánones (14).

No obstante, éstas dos últimas Directivas en realidad no sirvieron de elemento impulsor para liberalizar el ferrocarril, sino que más bien contribuyeron a que los Estados miembros creasen una organización específica para poder asignar la capacidad de la infraestructura ferroviaria bajo condiciones justas y no discriminatorias (15).

III. LOS SUCESIVOS PAQUETES FERROVIARIOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Tras las tímidas medidas liberalizadoras recogidas en las Directivas 91/440/CEE, 95/18/CE y 95/19/CE ha seguido un periodo en el que se han venido sucediendo diferentes Paquetes Ferroviarios, como conjunto de nuevas disposiciones comunitarias dirigidas a armonizar las condiciones de desarrollo de los sistemas de transporte ferroviario (16), así como varios Libros Blancos en los que se contemplan las directrices básicas de actuación del mercado ferroviario europeo y que han tenido gran incidencia en el desarrollo de los ferrocarriles en Europa (17).

(14) Un examen en profundidad del contenido de estas Directivas así como de la normativa comunitaria que las precede lo realizo en mi estudio OLMEDO GAYA, Ana Isabel (1999): *El nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi, Pamplona, pp. 210 y ss.

(15) Véase GARCÍA PÉREZ, Juan (2009), *La política de la Unión Europea...*, op. cit, p. 19.

(16) Y es que los escasos efectos prácticos de las medidas adoptadas por las Directivas de 1991 y 1995 hicieron necesario acelerar el proceso de liberalización con la aprobación de los denominados paquetes ferroviarios. Al respecto véase RAMOS MELERO, Rodolfo (2004): *Reformas y políticas liberalizadoras del ferrocarril: el nuevo escenario den al Unión Europea*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid. RAMOS MELERO, Rodolfo (2005), «Los paquetes liberalizadores del transporte ferroviario de la Unión Europea», en la ob. colect. MARTÍNEZ SANZ, Fernando; PETIT LAVALL, M^o Victoria (Coord.) *I Congreso Internacional del Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI, Castellón de la Plana*, pp. 595 y ss.

(17) Véase GARCÍA PÉREZ, Juan (2010), «Régimen jurídico del transporte por ferrocarril urbano y suburbano», en la ob. colect. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho de la regulación económica*. RUIZ OJEDA, Alberto (Dir.): *VI. Transportes*, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, p. 538.

Así, desde el año 2001 se ha ido impulsando desde la Unión Europea la liberalización progresiva del transporte por ferrocarril y ha tenido lugar una apertura gradual del sector en los distintos Estados miembros, si bien a un ritmo diferente (18) ya que las medidas de los paquetes ferroviarios están siendo incorporadas de forma desigual por los Estados miembros.

En cualquier caso, es evidente que las instituciones comunitarias han producido, como a continuación comprobaremos, una auténtica maraña normativa en materia del transporte por ferrocarril, haciendo buena la observación de que la «desregulación» consiste en realidad en introducir mucha más regulación (19).

1. Primer Paquete Ferroviario (2001)

La constatación de que todas las medidas recogidas por las Directivas 91/440/CEE, 95/18/CE y 95/19/CE no eran seguidas de un efectivo proceso liberalizador —salvo en algunos países, como Reino Unido, que optó por una política de auténtica privatización— propició una reforma del sector y la aprobación de lo que ha venido a denominarse Primer Paquete Ferroviario (20).

El *Primer Paquete ferroviario*, formado por cuatro directivas, perseguía, entre otras medidas, garantizar la independencia en la gestión del administra-

(18) Sobre los procesos de liberalización de los principales países europeos puede consultarse el análisis que de los mismos realiza la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2014): *Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización...*, op. cit., pp. 13 y ss. A grandes rasgos puede decirse que el proceso de liberalización nacional de pasajeros por ferrocarril muestra un desarrollo desigual en los Estados miembros. Así, por ejemplo, Alemania y el Reino Unido abrieron sus mercados hace más de una década, mientras que Italia y Suecia lo han hecho más recientemente. A pesar de ello, la mayor parte de los países comunitarios mantienen sus mercados nacionales cerrados a la competencia. A diferencia del proceso de liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril, donde la mayor parte de los países han aplicado un modelo de competencia en el mercado, la liberalización del transporte de viajeros presenta un mayor abanico de posibilidades. Así las cosas, y con excepción del Reino Unido, se opta por un proceso de apertura a través de competencia en el mercado en aquellos trayectos que serían rentables y pueden, por tanto, beneficiarse de la entrada de otro u otros competidores en dichos corredores. Sin embargo, otros servicios, especialmente los derivados de las obligaciones de servicio público y los de carácter regional, se llevan a cabo a través de concesiones o contratos de exclusividad. En estos casos, la tendencia que se observa en los países europeos que ya han abierto sus mercados es un mayor protagonismo de los procesos de licitación pública en detrimento de la designación directa del operador, a efectos de impulsar la competencia por el mercado (p. 13).

(19) Véase GARRIDO, Jose María, «Derecho de la competencia y transporte terrestre», en la ob. colect. dirigida por MENÉNDEZ, Pablo: *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 593 y 594.

(20) Véase MAGDALENA ANDA, José Antonio (2005): «La Liberalización ferroviaria y la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario», en la ob. colect. MAGDALENA ANDA, Jose Antonio (Dir.): *La liberalización del ferrocarril en España*, Editorial Reus S. A., Madrid, p. 60.

dor de infraestructuras ferroviarias, liberalizar los servicios internacionales del transporte ferroviario de mercancías, garantizar el acceso a la red ferroviaria transeuropea bajo el principio de no discriminación, una mayor separación entre la administración de las infraestructuras y la prestación del servicio de transporte por ferrocarril y la creación de un regulador ferroviario (21).

Tales Directivas se aprobaron tomando como referencia las previsiones recogidas por el Libro Blanco *Estrategia a seguir para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios de 1996*, en el que se determinan las directrices a seguir en el ámbito de la política ferroviaria con el objeto de frenar el declive del transporte ferroviario y convertirlo en una alternativa viable al transporte por carretera. Este documento, además de mostrar el punto en el que se encontraba el estado de actuación de las tres Directivas 91/440/CEE, 95/18/CE y 95/19/CE, delinea los nuevos objetivos que la Comisión Europea intenta perseguir para la liberalización del mercado del transporte ferroviario. Entre los elementos que dicha estrategia incluye, resaltamos los siguientes: el saneamiento financiero de las compañías de ferrocarril, la introducción de las fuerzas del mercado, la mejora de las prestaciones de servicio público de los ferrocarriles, la integración de las redes ferroviarias nacionales y el desarrollo de una política social (22). Además, el Libro Blanco detallaba el calendario de la actividad de la Comisión para el trienio 1996/1998 y, en particular, preveía, para favorecer la apertura a la libre competencia, promover la realización de redes ferroviarias transeuropeas, inicialmente sólo para el transporte de mercancías (23).

Concretamente, han compuesto este Primer Paquete Ferroviario las Directivas 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE y 2001/16/CE y todas ellas traen causa o tienen su anclaje, sin excepción, en la Directiva 91/440/CEE, cuya importancia como iniciadora de todo el proceso liberalizador y de la nueva política comunitaria en materia de ferrocarril ha de ser siempre destacada (24).

(21) Este primer paquete ferroviario se incorporó a nuestro Derecho interno con la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

(22) El Comité Económico y Social elaboró un Dictamen de 2 de agosto de 1996 en el que se afirma que la nueva estrategia que propone el Libro Blanco para revitalizar los ferrocarriles comunitarios supone «una revolución total de las estructuras organizativas existentes y cuyo objetivo es la creación de una nueva generación de ferrocarriles que serán ante todo y sobre todo empresas pensadas para satisfacer la demanda de los usuarios».

(23) Sobre el contenido del Libro Blanco sobre revitalización de los ferrocarriles de 1996 puede consultarse el análisis que con más detalle se recoge en OLMEDO GAYA, Ana Isabel (1999): *El nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi, Pamplona, pp. 210 y ss.

(24) Así lo pone de relieve MENÉNDEZ, Pablo (2014) en el «Estudio preliminar» de la obra colectiva que dirigida por él bajo el título *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, p. 102.

En la práctica, las Directivas que integran este Primer Paquete Ferroviario han supuesto un importante avance en la política europea de transporte contribuyendo a la eliminación de los obstáculos técnicos existentes en materia de infraestructuras (como, por ejemplo, los distintos tipos de corriente eléctrica, anchos de vía, diferentes señales, etc) y que suponían un serio obstáculo para favorecer el libre paso por la frontera y, por tanto, el desarrollo del tráfico internacional (25).

La Directiva 2001/12/CE, de 26 de febrero, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE, tenía entre sus objetivos garantizar la independencia en la gestión del administrador de infraestructuras (26), para lo que mantiene el carácter voluntario de la separación orgánica e institucional entre la gestión de la infraestructura y la explotación del servicio de transporte, siendo obligatoria la separación de las funciones básicas, es decir, la asignación de surcos, las decisiones sobre percepción de cánones, conexión de licencias y certificados de seguridad y establecimiento de medidas de seguridad, que no pueden ser realizadas por un prestador de servicios ferroviarios.

Asimismo, esta Directiva prevé la liberalización de los servicios internacionales de transporte de mercancías (27). Como fechas tope para la apertura del mercado se previeron el año 2003 para los 50.000 kilómetros de vías férreas que conforman la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías (RTTFM), y el año 2008 para el resto de la Red ferroviaria europea (28).

(25) Véase HUERGO LORA, Alejandro (2014), «La política europea de transportes terrestres», en la ob. colect. dirigida por MENÉNDEZ, Pablo: *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, p. 361. GARCÍA PÉREZ señala que tales Directivas han sido un motor esencial e impulsor para la modificación y reforma del sector ferroviario. GARCÍA PÉREZ, Juan (2009), «La política de la Unión Europea sobre la liberalización del ferrocarril y la Ley 34/2003, del Sector Ferroviario», en la ob. colect. ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús y CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (coords.) *Infraestructuras ferroviarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 21. GARCÍA PÉREZ, Juan (2010): *El nuevo marco jurídico del sector ferroviario*, Reus, Madrid, p. 36. Asimismo, sobre estas Directivas puede consultarse el estudio de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2001), «Infraestructura ferroviaria y las directivas comunitarias de 26 de febrero de 2001», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* nº 11.

(26) El artículo 1. 4. a) de la Directiva 2001/12/CE define al «administrador de la infraestructura» como «cualquier organismo o empresa responsable, en particular, de la instalación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria. Estas funciones podrán incluir igualmente la gestión de sistemas de control y seguridad de la infraestructura. Las funciones de administrador de infraestructuras en una red o parte de una red pueden asignarse a distintos organismos o empresas».

(27) El artículo 1. 4. b) define el «servicio internacional de transporte de mercancías» como «cualquier servicio de transporte en que el tren cruce al menos una frontera de un Estado miembro; el tren puede componerse o dividirse, o ambas cosas, y las distintas secciones tener diferentes orígenes y destinos, siempre que todos los vagones crucen al menos una frontera»,

(28) Si bien la apertura prevista para el 2003 se retrasó al 2006 y, sin embargo, la del 2008 se adelantó un año.

La Directiva 2001/13/CE, de 26 de febrero por la que se modifica la Directiva 95/18/CE, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, amplió el sistema de licencias a las empresas ferroviarias que prestan servicios nacionales de transporte ferroviario, haciendo válida esta licencia en todo el territorio de la Unión Europea. La finalidad de esta Directiva consiste en establecer un régimen común de licencias que garantice que todas las empresas van a cumplir los requisitos que ella prevé, por lo que, a diferencia de la anterior Directiva, se pretende favorecer al usuario del servicio de transporte ferroviario y no a la empresa que lo presta, de modo que el servicio goce de un alto nivel de seguridad, al igual que se quiere reglamentar las condiciones para la concesión de la licencia (29).

Por su parte, la Directiva 2001/14/CE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, modifica la Directiva 95/19/CE. Como principales previsiones atribuye la competencia para la fijación de cánones al administrador de infraestructuras, siempre que éste goce de independencia respecto de cualquier empresa ferroviaria (artículo 4. 1 y 2).

Asimismo, la Directiva 2001/14/CE dispone que la adjudicación de la capacidad se realizará por un organismo independiente, pudiendo ser el administrador de infraestructuras, siempre que sea independiente de toda empresa operadora ferroviaria (artículo 14) (30), y prevé la creación en los Estados miembros de un organismo regulador, que podrá ser el Ministerio encargado de transportes o cualquier otro organismo, independiente de los agentes del mercado, es decir, de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato, en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones. Dicho organismo independiente conocerá de los principales conflictos de acceso que puedan producirse (artículo 30. 1).

Por último, dentro de este Primer Paquete Ferroviario se aprobó la Directiva 2001/16/CE, de 19 de marzo, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional (31), cuyo principal objetivo es romper con uno de los principales obstáculos para lograr la armonización del sector ferroviario, el relativo a los diferentes sistemas de redes de interoperabilidad,

(29) Así lo señala HUERGO LORA, Alejandro (2014), *op. cit.*, p. 363.

(30) Los principales aspectos relativos a la adjudicación de capacidad se contendrán en un documento denominado Declaración sobre red, en el que se detallan las normas generales, plazos, procedimientos y criterios relativos a los sistemas de cánones y adjudicación de capacidad. Contiene asimismo cualquier otra información que pueda ser necesaria para cursar una solicitud de capacidad de infraestructura (art. 2. j).

(31) Directiva que completa a la anterior Directiva 96/48/CE, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad.

entendida como la capacidad de circular indistintamente por cualquier sección de la red ferroviaria. Así, en esta Directiva se recogen normas comunes para asegurar la compatibilidad entre las distintas redes nacionales, así como normas técnicas comunes para el sistema ferroviario transeuropeo convencional, para el que se apuesta por la alta velocidad (32). Además de lo anterior, esta Directiva considera que la seguridad es requisito esencial del funcionamiento del sistema ferroviario transeuropeo y dispone que en los transportes desarrollados sobre la red transeuropea debe darse una coherencia total entre las características de la infraestructura ferroviaria y el material rodante, en aras de conseguir un espacio europeo único.

2. Segundo Paquete Ferroviario (2004)

Con el segundo paquete ferroviario se profundiza en el modelo ya diseñado por el Primer Paquete Ferroviario, reforzando el armazón institucional y dando un paso más en la armonización de los diferentes sistemas ferroviarios nacionales (33).

Concretamente, este segundo paquete se aprueba como consecuencia del Libro Blanco del Transporte de 2001 de la Comisión Europea titulado *La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*. En el mismo se fijan las futuras acciones legislativas para revitalizar y acelerar la integración del sector ferroviario para la próxima década y se incide en una serie de aspectos tales como: dar prioridad al ferrocarril en el desarrollo de las redes transeuropeas con la finalidad de reequilibrar el reparto intermodal del transporte; eliminar los cuellos de botella de la red ferroviaria; apostar por la libre competencia en el sector ferroviario y que se oriente al cliente; dotar a las empresas ferroviarias de una estructura financiera saneada; el desarrollo de la interoperatividad de los ferrocarriles; establecer contratos para el mantenimiento de los servicios públicos; establecer un espacio ferroviario europeo integrado; y, entre otros, ofrecer una especial atención al sector de mercancías apostando por la configuración de una red ferroviaria específicamente destinada al mismo.

Asimismo, para el ámbito del transporte ferroviario se prevé la creación de una red exclusivamente para el transporte de mercancías; impulsar la intermodalidad; avanzar en la revitalización del transporte ferroviario, reconociendo

(32) Véase HUERGO LORA, Alejandro (2014) *op. cit.* Y es que, como señala este autor, de poco serviría la armonización de la legislación si no es posible contar con un mismo sistema de infraestructuras que favorezca el tránsito entre varios Estados (p. 367).

(33) Así lo pone de relieve CUERDO MIR, Miguel (2007), «La liberalización del sector ferroviario. La apertura del transporte ferroviario a la competencia», en la ob. colect. GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Director) (2007): *El régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson-Aranzadi, p. 112.

su carácter estratégico e introduciendo competencia entre operadores ferroviarios (34); y el establecimiento de medidas generales para todos los medios de transporte en aras de su desarrollo sostenible, del desarrollo de los derechos y obligaciones de los usuarios y de una política de tarifas eficiente.

En definitiva, en el Libro Blanco de 2001 se fijan un total de 60 medidas de actuación, cuyos principales objetivos radican en alcanzar una nueva organización del transporte de mercancías y viajeros, una nueva política de infraestructuras, la armonización de las condiciones de la competencia y una mayor seguridad del transporte por ferrocarril.

Pues bien, el Segundo Paquete Ferroviario comprende tres Directivas relativas a la materia de seguridad, interoperabilidad y apertura del transporte ferroviario de mercancías respectivamente así como un Reglamento por el que se crea la Agencia Ferroviaria Europea.

La primera Directiva del segundo paquete es la Directiva 2004/49/CE, de 29 de abril de 2004, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios, por la que se modifican las Directivas 95/18/CE del Consejo, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, y, 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (35). La Directiva 2004/49/CE regula la seguridad de los ferrocarriles comunitarios, desarrollando un sistema común de seguridad en el que se prevé la expedición y contenido de los certificados de seguridad que se exigen a las empresas ferroviarias en aras de que éstas cuenten con un sistema de seguridad y puedan cumplir con las especificaciones técnicas de interoperabilidad. Por otra parte, se dispone el reconocimiento entre los distintos Estados miembros tanto de tales certificados de seguridad como de las autorizaciones de seguridad de los administradores de infraestructura que se hayan expedido por los distintos países de la UE (36).

Asimismo, esta Directiva prevé la creación de una autoridad responsable en materia de seguridad con funciones de reglamentación y control de

(34) Asimismo, se prevé la armonización, tras la apertura del mercado, en el ámbito de la interoperabilidad y de la seguridad.

(35) Esta Directiva fue transpuesta a nuestro Derecho interno por el Real Decreto 810/2007, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General. Dicha normativa tiene por objeto adecuar la legislación ferroviaria en materia de seguridad en el tráfico ferroviario, investigar los accidentes de conformidad con las disposiciones comunitarias, definiendo las responsabilidades imputables a las empresas ferroviarias o al Administrador de infraestructuras, y determinar los requisitos y condiciones para el ejercicio de su actividad con garantías de seguridad.

(36) Esta Directiva también dispone que cada Estado garantice el acceso a la formación de los maquinistas, del personal de acompañamientos de los trenes y del personal del gestor de infraestructura que desempeñe funciones en materia de seguridad.

la seguridad (art. 16. 2), que gozará de independencia respecto del gestor de infraestructura ferroviaria, de cualquier empresa ferroviaria, solicitante y entidad adjudicadora (37). Por otra parte, también se prevé la creación de un organismo permanente de investigación de incidentes y accidentes en cada Estado miembro, que gozará asimismo de independencia de cualquier agente o regulador ferroviario (38).

La siguiente norma del segundo paquete es la Directiva 2004/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifican la Directiva 96/48/CE del Consejo, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad, y la Directiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional. Esta Directiva persigue la interoperabilidad de los sistemas ferroviarios europeos, a través de la mejora de las Especificaciones Técnicas de Interoperabilidad (ETI), recogidas ya en la Directiva 96/48/CE (39). Con esta norma se avanza en hacer compatibles los sistemas técnicos ferroviarios de los distintos Estados miembros, eliminando las barreras técnicas y reglamentarias que limitaban la explotación de las infraestructuras.

En definitiva, con las anteriores Directivas se hace más «comunitaria» la red ferroviaria al desarrollar una normativa como en materia de seguridad, cuyos principios y objetivos básicos procedían de la Directiva 2001/14/CE, y al profundizar en mayor medida en determinados aspectos de la interoperabilidad transeuropea tanto en el sistema convencional como en el de alta velocidad (40).

La última Directiva de este paquete es la Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios. Concretamente, se modifican los plazos que contempla la Directiva 91/440/CE, adelantando la liberalización de los servicios de transporte ferroviario internacional de mercancías que discurran por la red transeuropea al 1 de

(37) En relación a ello GARCÍA PÉREZ, Juan (2010): *El nuevo marco jurídico del sector ferroviario*, Reus, Madrid, pág 51.

(38) Véase GARCÍA PÉREZ, Juan (2009), «La política de la Unión Europea sobre la liberalización del ferrocarril y la Ley 34/2003, del Sector Ferroviario», en la ob. colect. ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús y CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (coords.) *Infraestructuras ferroviarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 23.

(39) La transposición de la Directiva 2004/50/CE ha sido llevada a cabo mediante el Real Decreto 354/2006, de 29 de marzo, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional, y el Real Decreto 355/2006, de 29 de marzo, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad. En los mismos, se regulan las especificaciones técnicas sobre interoperabilidad, los subsistemas, organismos notificados y los registros de infraestructura y del material rodante.

(40) Así lo pone de relieve CUERDO MIR, Miguel (2007), *op. cit.*, p. 112.

enero de 2006, y al 1 de enero de 2007 los que se realicen dentro de cada país (41). Por lo que se liberaliza todo acceso a cualquier infraestructura nacional de cualquier empresa ferroviaria que pretenda prestar cualquier tipo de servicio de transporte de mercancías. Por otra parte, se propone el año 2010 para la apertura del mercado del transporte internacional de viajeros, al considerar que se trata de una fecha que permite a todos los operadores prepararse de manera adecuada (42).

Por último, el Reglamento 881/2004, de 29 de abril, crea la Agencia Ferroviaria Europa, como organismo responsable de la seguridad y de la interoperabilidad ferroviaria en Europa y encargado de la asistencia técnica en materia de interoperabilidad y seguridad ferroviaria y de la elaboración de la reglamentación técnica (43). La justificación para la creación de la Agencia Europea se debe a la existencia de normas técnicas y de seguridad incompatibles en los distintos Estados miembros, lo que supone un gran obstáculo para el desarrollo del sector ferroviario. La tarea de la Agencia es fijar objetivos de seguridad comunes y aproximar de forma progresiva tales normas técnicas (44).

En definitiva, con el Segundo Paquete Ferroviario se articula la apertura del mercado de transporte ferroviario de mercancías, lo que se muestra más fácil de conseguir que la liberalización del transporte de viajeros en el que la liberalización tropieza con consideraciones de servicio público (45). Por lo que en este bloque normativo no hay innovaciones destacables respecto de las Directivas de 2001 (46), y las nuevas directrices apuntan hacia el afianzamiento y la mejora de las condiciones de seguridad y circulación y del sistema de interoperabilidad, adelantándose las fechas para la liberalización total del transporte de mercancías.

(41) Mediante la Disposición Transitoria 1ª de la ya derogada Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario se llevó a cabo la transposición de esta Directiva. En la misma se recogen los calendarios de apertura del mercado para los servicios ferroviarios de transporte internacional de mercancías.

(42) Considerando cuarto de la Directiva 2004/51/CE.

(43) Al respecto y sobre su composición puede consultarse HUERGO LORA, Alejandro (2014), *op. cit.*, pags. 371 y ss.

(44) Señala GARCÍA PÉREZ que dicha entidad se crea para que con el tiempo se ponga remedio a la fragmentación del espacio europeo, debido al ancho de vía diferente así como al resto de las «barreras» técnicas menos visibles, pero que en la actualidad están siendo un obstáculo importante para el desarrollo del tráfico ferroviario internacional. Por este motivo, la constitución de un espacio ferroviario integrado evoca la creación de una reglamentación técnica común controlada y la dificultad para los Estados miembros de elaborar soluciones comunes sobre la seguridad e interoperabilidad ferroviaria, lo que llevó a considerar que el instrumento más conveniente para hacer posible este espacio era creando una Agencia. GARCÍA PÉREZ, Juan (2009), *La política...*, *op. cit.*, p. 25.

(45) Así lo pone de relieve GARRIDO, Jose María (2014), *op. cit.*, p. 593.

(46) Véase BERMEJO VERA, José (2014), *op. cit.*, p. 314.

3. Tercer Paquete Ferroviario (2007)

En el año 2006, la Comisión realizó un informe sobre la aplicación del Primer Paquete Ferroviario donde resaltaba que la progresiva apertura del mercado había facilitado un nuevo dinamismo en el transporte de mercancías por ferrocarril, pero destacaba la necesidad de profundizar en la liberalización. Mientras que los dos primeros paquetes se centraban en la apertura del transporte ferroviario de mercancías, este tercer paquete, compuesto por dos Directivas y dos Reglamentos, se orienta hacia la liberalización del transporte internacional de pasajeros (47). Así, alcanzada al menos *de iure* la apertura del transporte de mercancías, las instituciones europeas centran su atención en el transporte de personas a través del Tercer Paquete Ferroviario (48).

La primera de las Directivas que integra este tercer paquete es la Directiva 2007/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, y la Directiva 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización. Esta Directiva señala el 1 de enero de 2010 como fecha tope para la liberalización de los servicios internacionales de transporte de viajeros (49) dentro de la Comunidad (50), si bien no establece plazos para la apertura del transporte nacional de pasajeros (51).

Ahora bien, la apertura a la competencia del transporte internacional de viajeros incluye el derecho a recoger viajeros en cualquier estación situada en el trayecto de un servicio internacional, y dejarlos en otra aún en el caso de que se trate de estaciones ubicadas en un mismo Estado miembro (52),

(47) Véase CNMC (2014), *op. cit.*, p. 16.

(48) Véase FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2014), *op. cit.*, p. 844.

(49) El servicio internacional de transporte de viajeros se define como «el servicio de transporte en el que un tren cruce al menos una vez la frontera de un Estado miembro y cuyo principal objetivo sea el transporte de viajeros entre estaciones de viajeros de distintos Estados miembros».

(50) Y no para los servicios de transporte que unen un Estado miembro a un tercer país.

(51) La transposición de esta Directiva tuvo lugar con la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, cuya Disposición Final 1ª modificó la derogada Ley 39/2003.

(52) Si bien, en este caso los Estados miembros podrán restringir el derecho de acceso cuando pueda romperse el equilibrio económico de los contratos de servicio público que se hubiesen suscrito con anterioridad con otra empresa ferroviaria. En este sentido el artículo 1. 8. 3 quater de la Directiva 2007/58/CE dispone lo siguiente: «Los Estados miembros podrán asimismo limitar el derecho a recoger y dejar viajeros en estaciones dentro de un mismo Estado miembro durante el trayecto de un servicio de transporte internacional de viajeros cuando se haya adjudicado un contrato de concesión antes del 4 de diciembre de 2007 mediante un procedimiento de licitación pública equitativo y de conformidad con los principios pertinentes

ya que de lo contrario estos servicios no serían viables, porque los servicios ferroviarios internacionales de viajeros sin paradas intermedias son muy escasos y, de no admitirse dicha posibilidad, las potenciales empresas ferroviarias interesadas en competir quedarían en una situación de desventaja respecto a los operadores ferroviarios que ya estuvieran actuando en el sector (53). Por lo que podría decirse que la Directiva 2007/58/CE de forma indirecta habría abierto el camino a la liberalización de los servicios interiores de transporte de pasajeros, si bien la realidad es distinta porque los mercados nacionales representan la práctica totalidad del mercado ferroviario de pasajeros (el 95%) y siguen estando en su mayoría cerrados y porque los operadores históricos siguen teniendo una cuota de mercado superior al 90% en muchos de los Estados miembros (54).

La siguiente Directiva que conforma el tercer paquete es la Directiva 2007/59/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad (55). Esta norma regula las condiciones de certificación de maquinistas para los que se exige la previa obtención de una licencia válida en todo el territorio de la UE y uno o varios certificados válidos, exclusivamente, para aquellas infraestructuras por las que están autorizados a conducir así como para el material rodante que tienen permitido utilizar y que se señalen en los mismos (56). Y es que, como consecuencia de la apertura del transporte ferroviario y ante el previsible incremento de la demanda de maquinistas formados y certificados para la prestación de servicios en más de un Estado miembro, esta Directiva tiene por objeto adoptar normas comunes sobre condiciones y procedimientos para la certificación de los conductores de locomotoras y de trenes que circulan por el sistema ferroviario de la Unión Europea, facilitando así su movilidad entre los distintos Estados miembros y

del Derecho comunitario, en virtud del cual se conceda el derecho exclusivo al transporte de viajeros entre dichas estaciones. Esta limitación podrá mantenerse durante la duración original del contrato o durante un máximo de 15 años, prevaleciendo el período más corto»

(53) Véase ALTZELAI ULIONDO, Igone (2015), «El cuarto paquete ferroviario: luces y sombras», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^a Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, p. 674.

(54) Véase ALTZELAI ULIONDO, Igone (2015), *El cuarto paquete...*, op. cit., p. 675.

(55) Directiva transpuesta por Real Decreto 918/2010, de 16 de julio, que modifica el Real Decreto 810/2007, de 22 de junio, que aprueba el Reglamento sobre seguridad en la circulación de la Red Ferroviaria de Interés General. Por Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, se regulan las condiciones para la obtención de los títulos habitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal.

(56) CNMC (2014), op. cit., p. 17.

empresas ferroviarias (57), a la vez que reconocer en todo el territorio comunitario la validez de la licencia y del certificado complementario armonizado por parte de todos los actores del sector ferroviario (58).

Por último, dentro de este Tercer Paquete también se incluyen el Reglamento 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (59), y el Reglamento 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril; Reglamento éste último que persigue conseguir un elevado nivel de protección de los usuarios de transporte por ferrocarril (60) como parte más débil del contrato de transporte, por lo que debe iniciarse una política de defensa de sus derechos (61).

Para ello se regula la información que las empresas ferroviarias deben facilitar a los viajeros a la celebración de contratos de transporte, la expedición de billetes y la instauración de un sistema informatizado de datos y reservas para el transporte; la responsabilidad de las empresas ferroviarias y sus obligaciones en materia de seguros para los viajeros y sus equipajes; las obligaciones de las empresas ferroviarias con los viajeros en caso de retraso; la protección y asistencia que debe ofrecerse a las personas con discapacidad y

(57) Véase FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2014), *op. cit.*, p. 845. Así, una de las finalidades que persigue la Directiva es contribuir, además, a la realización de las políticas comunitarias de libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en el contexto de la política común de transporte. Véase RIVAS CASTILLO, M^o Isabel (2011), «Regulación y régimen del sector ferroviario», en la ob. colect. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho de la regulación económica*, RUIZ OJEDA, A. (Dir.): VI. Transportes, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid. OJEDA, A. (Dir.): *Regulación Económica*. VI. Transportes, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, pp. 433 y 434.

(58) Véase HUERGO LORA, Alejandro (2014), *op. cit.* p. 377, quien realiza un detallado análisis de dicha Directiva. Asimismo, GARCÍA PÉREZ, Juan (2009), *op. cit.*, pp. 27 a 29.

(59) Sobre el contenido del mismo y del régimen jurídico de la prestación de servicios de transporte ferroviario garantizados mediante obligaciones de servicio público véase el estudio de AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2015), «Obligaciones de servicio público y sector ferroviario en España. Un análisis crítico del proceso de adaptación, no definitivo, al Derecho Europeo», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, pp. 17 y ss.

(60) Véase HUERCO LORA, Alejandro (2014), *op. cit.*, pp. 380

(61) Véase GARCÍA PÉREZ, Juan (2009), *La política...*, *op. cit.*, p. 30. Asimismo, sobre el contenido del Reglamento 1371/2007 puede consultarse el estudio PETIT LAVALL, M^o Victoria y ROSAÑO, Elisabetta Giovanna, «La responsabilidad del transportista en caso de accidente en transporte ferroviario», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, pp. 159 y ss.

a las personas de movilidad reducida que viajen en tren; la definición y control de normas de calidad del servicio, la gestión del riesgo para la seguridad personal de los viajeros y la tramitación de las reclamaciones (62).

4. Cuarto Paquete de Medidas Ferroviarias

En el año 2011 la Comisión Europea elaboró un nuevo Libro Blanco del transporte titulado *Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible*, en el que se relacionan una serie de propuestas que pretenden alcanzar un Espacio Ferroviario Único, estableciendo como principales objetivos para lograr un verdadero mercado interior para los servicios de ferrocarril: la apertura del mercado nacional del transporte de pasajeros por ferrocarril a la competencia, incluida la adjudicación obligatoria de contratos de servicio público mediante licitación; el logro de una autorización única de tipos de vehículo y una certificación de seguridad de empresa ferroviaria única mediante el refuerzo de la función de la Agencia Ferroviaria Europea; el desarrollo de un enfoque integrado para la gestión de los corredores de mercancías, incluidos los cánones por acceso a las vías; y la consecución del acceso efectivo y no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria, mediante la separación estructural entre la prestación de servicios de transporte y la gestión de la infraestructura.

En materia de seguridad el Libro Blanco de 2011 propone lograr progresivamente un enfoque sectorial de la certificación de la seguridad en el transporte ferroviario sobre la base de los sistemas existentes para los gestores de infraestructura y las compañías ferroviarias y evaluar la posibilidad de elaborar una norma europea; reforzar la función de la Agencia Ferroviaria Europea en este campo y, en particular, su supervisión de las medidas nacionales de seguridad adoptadas por las autoridades nacionales de seguridad y la armonización progresiva de aquellas; y, por último, fortalecer el proceso de certificación y mantenimiento de los componentes críticos utilizados para construir material rodante e infraestructuras ferroviarias.

Pues bien, tras el nuevo Libro Blanco, se aprobó la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012 (Directiva Recast) por la que se establece un espacio ferroviario europeo único y se regulan, entre otros, los temas relativos al acceso a las infraestructuras,

(62) Sobre el régimen de responsabilidad en caso de accidente contenido en el Reglamento 1371/2007, véase PETIT LAVALL, M^a Victoria, ROSARIO, Elisabetta Giovanna, «La responsabilidad del transportista en caso de accidente en transporte ferroviario», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^a Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, pp. 159 y ss.

las licencias, la determinación de los cánones, la adjudicación de capacidad de infraestructura y los organismos reguladores.

En esta Directiva 2012/34/UE, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, se refunden en un único texto las Directivas que componían el primer paquete ferroviario simplificando y aclarando la normativa comunitaria del transporte por ferrocarril (63). Y es que las reformas de la legislación comunitaria que se habían venido sucediendo tuvieron como resultado un elenco normativo que adolecía de una gran complejidad, con contradicciones y ambigüedades que evidenciaban la necesidad de refundir toda esa normativa en un único texto en aras de dotar al sector ferroviario de la imprescindible claridad.

Ahora bien, la Directiva 2012/34/UE, además de esta aclaración, mejora y modificación de la normativa comunitaria precedente, incluye otras disposiciones normativas que dieron respuesta a los nuevos requerimientos del mercado del transporte ferroviario. De esta manera, la Directiva 2012/34/UE incluye un gran número de novedosas previsiones que se proyectan sobre casi todos los aspectos y ámbitos de la normativa en materia de transporte ferroviario. Concretamente, como novedades más sobresalientes de dicha Directiva cabe resaltar, entre otras, las relativas a la sostenibilidad y transparencia en materia de financiación de infraestructuras ferroviarias así como de la contabilidad de las empresas de transporte, la extensión del derecho de acceso de las empresas ferroviarias a las infraestructuras de conexión con puertos e instalaciones de servicio, una novedosa y amplia clasificación de los servicios relacionados con el ferrocarril, la obligación prevista para los administradores de infraestructuras de elaborar programas de empresa que prevean planes de financiación e inversión, el fortalecimiento de la independencia y competencias de los organismos reguladores del mercado y la previsión de nuevas normas en la tarificación del acceso a la infraestructura.

En definitiva, la Directiva 2012/34/UE recopila la normativa anterior e introduce algunas novedades, destacando los siguientes tres ejes de actuación (64):

En primer lugar, el incremento de la competencia, mejorando la transparencia de las condiciones de acceso al mercado y facilitando dicho acceso a través de: la mejora del acceso a servicios relacionados (como instalaciones de mantenimiento, terminales, información e instalaciones de venta de billetes

(63) Así las cosas, mediante la Directiva 2012/34/UE se refunden las Directivas 91/440/CEE, 95/18/CE y 2001/14/CE, así como sus modificaciones posteriores, en un único texto a fin de dotar de una mayor claridad al sector, quedando todas ellas derogadas.

(64) Así lo sintetiza la CNMC (2013), *Informe sobre la competencia...*, op. cit., pp. 18 y 19.

para pasajeros y mercancías); el establecimiento de reglas explícitas sobre conflictos de interés y prácticas discriminatorias en el sector ferroviario; y la exigencia de un mayor detalle en las declaraciones de red.

En segundo lugar, también se prevé reforzar la supervisión regulatoria, concediendo un papel más relevante a los reguladores nacionales a través de medidas tales como: extender la competencia de estos reguladores a servicios relacionados; exigir la independencia de los reguladores nacionales de toda autoridad pública; y reforzar el papel de los reguladores nacionales en términos de sanciones, auditoría (65), procedimientos de recurso y poderes de investigación de oficio, así como establecer la obligación de cooperación entre los reguladores europeos.

Por último, se prevé revitalizar el marco para la inversión pública y privada mediante la exigencia de estrategias nacionales de largo plazo y acuerdos contractuales plurianuales entre el Estado y el administrador de infraestructuras y mediante el establecimiento de reglas de tarificación más precisas y la mejora de la aplicación de los principios de tarificación, que deben llevar a un descenso de los cánones de acceso en muchos Estados miembros (66).

Pues bien, a pesar de que la Directiva Recast, cuyo plazo de transposición finalizó a mitad de 2015, afianza las disposiciones existentes sobre competencias, supervisión reguladora y arquitectura financiera del sector ferroviario; intensifica el poder de los organismos reguladores nacionales; mejora el marco para la inversión en ferrocarriles; y garantiza un acceso justo a la infraestructura ferroviaria y los servicios relacionados con los ferrocarriles; todo esto, sin embargo, no fue suficiente (67).

La propia Comisión, en su Comunicación «Acta del Mercado Único II. Juntos por un nuevo crecimiento», de 3 de octubre de 2012 (68), resaltó la importancia de adoptar un Cuarto Paquete Ferroviario como medida clave para mejorar la calidad del servicio y el precio para los viajeros de ferrocarril en toda la UE y como medio para abrir los servicios nacionales de transporte de

(65) El artículo 56 párrafo 10 de la nueva Directiva establece que: «El organismo regulador estará facultado para efectuar auditorías a los administradores de infraestructuras, los explotadores de instalaciones de servicio y, en su caso, las empresas ferroviarias, o encargar auditorías externas, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones sobre separación de cuentas».

(66) Véase CNMC (2013): *Informe sobre la competencia...*, op. cit., p. 19.

(67) Véase PEINADO GRACIA, Juan Ignacio (2015), «Nuevos pasos tras la liberalización del transporte, nuevos problemas», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, p. 584 y 585.

(68) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Acta del Mercado Único II. Juntos por un nuevo crecimiento* de 3 de octubre de 2012 COM (2012), 573 final, de 3 de octubre de 2012.

viajeros por ferrocarril a la competencia de los operadores de otros Estados miembros (69). Y es que en la práctica se ha demostrado que la separación entre los administradores de las infraestructuras y las empresas de servicios ferroviarios resulta problemática y que siguen existiendo obstáculos e incluso situaciones de discriminación, para las empresas que pretenden incorporarse al mercado sin que se haya conseguido la plena interoperabilidad, lo que ha originado el desarrollo del Cuarto Paquete Ferroviario (70).

Así, a principios de 2013 la Comisión Europea anunció por fin la apertura de un proceso para la aprobación de este nuevo Paquete Ferroviario que va a suponer una total revisión de la normativa del sector ferroviario en aras de impulsar la constitución definitiva de un Espacio Ferroviario Único Europeo (71). La finalidad principal de este nuevo Paquete Ferroviario es impulsar la competitividad y calidad del transporte por ferrocarril mediante la reducción de los costes administrativos, el incremento de la competencia en el transporte

(69) En efecto, la Comisión en la citada Comunicación apuntó como medida clave para desarrollar redes plenamente integradas en el mercado único la apertura de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril a operadores de otros Estados miembros para mejorar la calidad y la rentabilidad económica de estos servicios. En este sentido, la Comisión señaló lo siguiente:

»En el ámbito del transporte ferroviario, aún no se permite que los operadores de un Estado miembro transporten viajeros en las líneas nacionales de otro Estado miembro. Al mismo tiempo, los contratos de servicio público pueden adjudicarse directamente sin procedimiento previo de licitación pública. La experiencia de los Estados miembros que han liberalizado los servicios nacionales de transporte de viajeros muestra que la competencia en el sector ferroviario ha mejorado notablemente la eficiencia, en particular en las empresas ferroviarias tradicionales. Esta medida ha generado ahorros sustanciales de fondos públicos destinados a los servicios de transporte ferroviario prestados en virtud de contratos de servicio público (pudiendo llegar a un 20-30 %).

Sobre la base de estas experiencias positivas, la Comisión presentará un cuarto «paquete ferroviario». Al conceder a todas las empresas ferroviarias que poseen licencia en la UE el derecho a operar servicios nacionales de transporte de viajeros de acceso abierto en la UE y el derecho a licitar para la obtención de contratos de servicios público, este paquete ofrecerá unos servicios nacionales de transporte ferroviario más competitivos y eficientes, de mejor calidad y a un menor coste para los ciudadanos europeos. Esto atraería a más viajeros que habitualmente utilizan otros modos de transporte, lo que tendría un impacto ambiental positivo.

El paquete de medidas reforzará también la gobernanza de la gestión de las infraestructuras para optimizar el uso de las infraestructuras existentes mejorando la asignación de capacidades, la planificación del mantenimiento y las obras de ampliación. Todo ello, combinado con un nuevo planteamiento común de las normas de seguridad e interoperabilidad, ayudará a garantizar un acceso no discriminatorio, de tal manera que exista una auténtica igualdad de condiciones», (pp. 10 y 11).

(70) Véase ALTZELAI UJONDO, Igone (2015), *El cuarto paquete...*, *op. cit.*, p. 675.

(71) Véase la Comunicación de la Comisión relativa al «Cuarto Paquete Ferroviario: completar el espacio ferroviario único para fomentar la competitividad y el crecimiento europeos», publicada el 30 de enero de 2013 [COM (2013) 25 final].

de viajeros y la salvaguarda de la igualdad de trato a todos los operadores del sector. Así, se pretende eliminar las trabas técnicas y de mercado en el Espacio Ferroviario Único Europeo y fijar las mismas reglas para los actores del sector ferroviario, especialmente las que se refieren a la independencia y a la transparencia financiera de los gestores de infraestructura ferroviaria.

Las previsiones incluidas en el Cuarto Paquete se dirigen a fomentar la innovación en los ferrocarriles de la Unión Europea mediante la apertura a la competencia de los mercados nacionales de pasajeros y giran en torno a cuatro ejes fundamentales de actuación (72):

En primer lugar, la reducción de los costes administrativos de las empresas ferroviarias en materia de certificados de seguridad comunitarios o, entre otras, en homologación comunitaria del material rodante.

En segundo lugar, la protección del personal ferroviario en un entorno competitivo, exigiendo a los nuevos contratistas que contraten a dicho personal cuando se transfieran contratos de servicio público.

En tercer lugar, se prevé la entrada de nuevos operadores de servicios de transporte de viajeros que oferten servicios comerciales competitivos con el objetivo de fomentar la innovación, la eficiencia y la rentabilidad.

Y, por último, el establecimiento de una estructura eficaz que garantice la igualdad de todos en el acceso al ferrocarril, con una administración de las infraestructuras eficiente, no discriminatoria y coordinada en toda la Unión Europea, debiendo los administradores de infraestructuras controlar todas las funciones que se encuentran en el núcleo de la red ferroviaria, incluida la planificación de la inversión en infraestructuras, las operaciones diarias y de mantenimiento y el establecimiento de horarios, y tener independencia operativa y financiera frente a cualquier operador de transporte, de forma que se eliminen los posibles conflictos de interés y que se ofrezca a todas las empresas el acceso a las infraestructuras de forma no discriminatoria (73).

(72) Véase SILVÁN OCHOA, Pablo (2014), «Liberalización ferroviaria y servicios de transporte de viajeros por ferrocarril», en la ob. colect. RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Coord.): Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, p. 673.

(73) Se entiende, como sintetiza SILVÁN OCHOA, que la separación institucional sería la forma más simple de lograr los anteriores objetivos si bien la Comisión podría aceptar estructuras integradas verticalmente tipo *holding* siempre que fueran acompañadas de «murallas chinas» impermeables que garantizaran la necesaria separación jurídica, financiera y operativa. A pesar de ello y en aras de salvaguardar esa independencia en un mercado de transporte ferroviario de viajeros totalmente abierto en 2019, la Comisión tendrá la facultad de impedir operar en otros Estados miembros a aquellas empresas ferroviarias que, formando parte de una estructura integrada verticalmente, no demostraran haber adoptado previamente todas las salvaguardias necesarias para garantizar la igualdad de oportunidad y la competencia real en el mercado nacional. SILVÁN OCHOA, Pablo (2014), *op. cit.*, p. 673.

En relación al objetivo de reducir los costes administrativos a los que tienen que hacer frente las empresas ferroviarias y facilitar la entrada de nuevos operadores, se propone convertir a la Agencia Ferroviaria Europea, como principal encargada de emitir certificados de seguridad a las empresas y autorizaciones de puesta en servicio de material rodante, en una «ventanilla única», encargada de expedir los certificados de seguridad, al igual que las autorizaciones para comercializar vehículos en la UE. Asimismo, se prevé la apertura del servicio ferroviario nacional de pasajeros a la competencia a partir del 14 de diciembre de 2020; se pretende fortalecer los administradores de infraestructuras, extendiendo sus funciones para que abarquen todas aquellas que se encuentren en el núcleo de la red ferroviaria (planificación de la inversión en infraestructuras, operaciones diarias y de mantenimiento y el establecimiento de horarios), e impulsar el mayor dinamismo del sector ferroviario a través de una mano de obra cualificada (74).

El Cuarto Paquete Ferroviario pretende lograr una mayor calidad en la prestación de los servicios de transporte de ferrocarril y para ello se propone la apertura a la competencia de los mercados nacionales de pasajeros. Así, se pretende constituir un mercado ferroviario único, suprimiendo las barreras tanto técnicas como administrativas que siguen manteniéndose en la actualidad y liberalizar el acceso al mismo para cualquier empresa ferroviaria establecida en un Estado miembro. Por lo que es evidente que va a suponer una gran transformación del sector ferroviario de gran impacto legislativo y normativo, que implicará la necesidad de adaptar las distintas normativas nacionales y, en particular, en el caso español conllevará la necesidad de reformar la nueva Ley 38/2015 del Sector Ferroviario (75).

En definitiva, el Cuarto Paquete Ferroviario pretende aumentar la cuota de mercado del ferrocarril, haciendo de él un medio fiable y eficiente, permitiéndole mejorar sus servicios, y convirtiéndolo en la primera alternativa al transporte por carretera, tanto en lo concerniente a transporte de viajeros como al transporte de mercancías (76).

En su estructura, el Cuarto Paquete Ferroviario, que ha sido finalmente aprobado en el año 2016, se articula en dos pilares que recogen tres Directivas y dos Reglamentos: el Pilar Técnico, que regula las condiciones sobre

(74) Véase CNMC (2013), *Informe sobre la competencia...*, *op. cit.*, p. 19.

(75) En relación al caso español, véase HERNÁNDEZ, Jorge, «El Cuarto Paquete Ferroviario de la UE y su impacto en España», *Juris lex*, 9 de junio de 2017.

(76) Véase CHINEA CÁCERES, Carmen Laura y CÁCERES ALVARADO, Rosa María (2015): «La política de la Unión Europea en materia de transporte ferroviario», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^a Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, p. 720.

interoperabilidad y seguridad ferroviaria, tanto en lo que respecta a infraestructura como a material rodante, y asimismo fortalece el papel de la Agencia Ferroviaria Europea; y el Pilar Político, que regula la estructura institucional del sector ferroviario y dispone la apertura gradual del mercado nacional interior ferroviario de viajeros.

El Pilar Técnico tiene como principal finalidad permitir un acceso más fácil y sencillo al mercado ferroviario europeo reduciendo las diferencias entre los distintos estándares técnicos de los Estados miembros y supone uno de los cambios más relevantes de la normativa comunitaria del transporte por ferrocarril de los últimos años. Lo integran dos Directivas de Seguridad y de Interoperabilidad y un nuevo Reglamento de la Agencia Ferroviaria Europea:

a) La Directiva 2016/797/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea, viene a sustituir a la Directiva 2008/57, y con ella se pretende la mejora de la interoperabilidad armonizando la legislación técnica entre los distintos Estados miembros.

b) La Directiva 2016/798/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo, sobre la seguridad ferroviaria, que sustituye a la Directiva 2004/49, tiene como objetivo principal garantizar la mejora de la seguridad en el sistema ferroviario comunitario mediante la elaboración de objetivos y métodos comunes de seguridad, y la definición de las responsabilidades de los distintos agentes del sistema ferroviario. Asimismo, regula los certificados y autorizaciones de seguridad comunes para todos los Estados miembros.

c) El Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, que deroga el Reglamento (CE) 881/2004, modifica el estatuto jurídico de la Agencia Europea Ferroviaria asignándole nuevas competencias y funciones. Así, se incrementan los tipos de actos que puede dictar y se crea un sistema de ventanilla única gestionado por dicho organismo por el que se tramitarán, entre otras, las autorizaciones y las especificaciones técnicas para prestar servicios ferroviarios.

Por su parte, el pasado 14 de diciembre de 2016 se aprobó el Pilar Político y de Mercado que, como hemos señalado, regula la estructura institucional del sector ferroviario y establece la apertura gradual del mercado nacional interior ferroviario de viajeros (servicios comerciales), lo que ha implicado la modificación de la Directiva Recast y del Reglamento de liberalización de servicios OSP 1370/2007, así como la derogación del Reglamento CEE relativo a las normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias.

A tales efectos se han aprobado dos normas: a) la Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura

del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias (77) y b) el Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica el Reglamento (CE) 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril.

a) Las novedades más relevantes contenidas en la Directiva 2016/2370 apuntan como principales líneas de actuación las siguientes: el incremento de la independencia e imparcialidad del administrador de infraestructuras ferroviarias para garantizar que todas las empresas ferroviarias tengan igual acceso a las vías y estaciones; la limitación del acceso a las infraestructuras ferroviarias; y la mejora de la prestación de los servicios de transporte (78). A continuación, pasamos a comentarlas brevemente.

— En relación al primer aspecto señalado, la Directiva 2016/2370 define con claridad las funciones del administrador de infraestructuras cuyo papel regulador se ve reforzado para garantizar su independencia. Así se incluye un nuevo artículo 7 a la Directiva 2012/34 que dispone la necesidad de que el administrador de infraestructuras se organice como una entidad jurídicamente distinta de cualquier empresa ferroviaria y, en el caso de las empresas integradas verticalmente, de cualquier otra entidad jurídica encuadrada en ellas (artículo 7.2). Asimismo, este precepto recoge una serie de previsiones para el caso de empresas integradas verticalmente en aras de garantizar la independencia entre ambos entes que impidan que una misma persona pueda ocupar al mismo tiempo puestos en la toma de decisiones en el administrador de infraestructuras ferroviarias y en una empresa ferroviaria (79).

(77) El plazo de transposición de la Directiva está previsto hasta el día 25 de diciembre de 2018, no obstante, los puntos 6 a 8 y 11 del artículo 11 se aplicarán a partir del 1 de enero de 2019.

(78) Sobre las principales novedades contenidas en la Directiva 2016/2370 y en el Reglamento 2016/2338 véase el comentario y síntesis de NÁGELE GARCÍA DE FUENTES, Nicolás y PELÁEZ GARCÍA, Laura (2017), «El Cuarto Paquete Ferroviario: pasos hacia la liberalización del sector», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* n.º 45.

(79) Concretamente, el artículo 7. 3 dispone que los Estados miembros se asegurarán de que las mismas personas no puedan ser contratadas o nombradas al mismo tiempo: a) como miembros del consejo de administración de un administrador de infraestructuras ferroviarias y del consejo de administración de una empresa ferroviaria; b) como personas responsables de la toma de decisiones sobre las funciones esenciales y como miembros del consejo de administración de una empresa ferroviaria; c) cuando exista un consejo supervisor, como miembros del consejo de supervisión de un administrador de infraestructuras ferroviarias y como miembros del consejo de supervisión de una empresa ferroviaria; y, d) como miembros del consejo de supervisión de una empresa que forme parte de una empresa integrada verticalmente y que controle a la vez a una empresa ferroviaria y a un administrador de infraestructuras y como miembros del consejo de administración de dicho administrador de infraestructuras.

Por su parte, el artículo 7 *quinquies*, titulado transparencia financiera, refuerza e insiste en la independencia del administrador de infraestructuras ferroviarias al disponer que tanto éstos como las empresas ferroviarias no podrán concederse préstamos mutuos, ya sea de forma directa o indirecta (artículo 7 *quinquies*. 2 y 3).

En cualquier caso, si bien en la Directiva 2016/2370 se intensifica de forma explícita la independencia e imparcialidad del administrador de infraestructuras ferroviarias, el artículo 7 *quarter* permite en algunos casos la externalización de funciones del administrador ferroviario (80). Asimismo, el artículo 7 *quarter* en su apartado 4 prevé que sujeto a la supervisión del organismo regulador o a cualquier otro organismo competente independiente determinado por el Estado miembro, un administrador de infraestructuras ferroviarias podrá celebrar acuerdos de cooperación con una o más empresas ferroviarias de forma no discriminatoria y con vistas a ofrecer ventajas a los clientes, como precios reducidos o una mejora del funcionamiento en la parte de la red cubierta por el acuerdo.

— Por cuanto a la limitación del acceso a las infraestructuras ferroviarias se refiere, la Directiva 2016/2370 modifica el artículo 11 de la Directiva 2012/34 y prevé, en su apartado 5, que los Estados miembros también podrán limitar el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias a efectos de explotación de servicios nacionales de transporte de pasajeros entre un punto de origen y de destino determinados dentro del mismo Estado miembro cuando: a) se haya concedido un derecho exclusivo de transporte de pasajeros entre esas estaciones conforme a un contrato de servicio público atribuido antes del 16 de junio de 2015, o b) se haya otorgado un derecho o autorización habilitante adicional para explotar servicios nacionales de transporte de pasajeros en competencia con otro operador entre dichas estaciones antes del 25 de diciembre de 2018 sobre la base de un procedimiento de licitación equitativo, y estos operadores no reciban una compensación por la explotación de los servicios. Tal limitación podrá mantenerse durante la duración original del contrato o autorización, o hasta el 25 de diciembre de 2026, prevaleciendo el período más corto (artículo 11. 5).

(80) En efecto, el artículo 7 *quarter*. 1 prevé lo siguiente: «Siempre que no genere conflictos de intereses y que se garantice la confidencialidad de la información sensible a efectos comerciales, el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá: a) externalizar funciones a una entidad diferente, a condición de que esta última no sea una empresa ferroviaria, no controle a una empresa ferroviaria ni esté controlada por una empresa ferroviaria. Dentro de una empresa integrada verticalmente, las funciones esenciales no se externalizarán a ninguna otra entidad de la empresa integrada verticalmente, a menos que dicha entidad realice exclusivamente funciones esenciales; b) externalizar la ejecución de trabajos y tareas relacionadas en relación con el desarrollo, el mantenimiento y la renovación de las infraestructuras ferroviarias a empresas ferroviarias o sociedades que controlen la empresa ferroviaria o estén controladas por la empresa ferroviaria».

— Por último, en aras de fomentar la competitividad del ferrocarril y la mejora en los servicios de transporte, la Directiva 2016/2370 incluye dos preceptos: el artículo 11 bis sobre servicios de transporte de viajeros de alta velocidad y el artículo 13 bis relativo a los sistemas comunes de información y de billetes combinados.

Con vistas a desarrollar el mercado de servicios de transporte de viajeros de alta velocidad, el nuevo artículo 11 bis prevé que en el caso de que un servicio de transporte de este tipo comprometa el equilibrio económico de un contrato de servicio público que cubre la misma ruta o una ruta alternativa, el organismo regulador podrá indicar cambios en el servicio que aseguren que se cumplen las condiciones para conceder el derecho de acceso contemplado en el artículo 10, apartado 2 (81).

Asimismo, el nuevo artículo 13 bis dispone que los Estados miembros podrán exigir que las empresas ferroviarias que exploten servicios nacionales de transporte de viajeros participen en el establecimiento de sistemas comunes de información y de billettería integrada para la oferta de billetes, billetes combinados y reservas.

b) Como ya dejamos apuntado el Pilar Político del Cuarto Paquete Ferroviario se completa asimismo con el Reglamento 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica el Reglamento 1370/2007 en lo que se refiere a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril.

— El Reglamento 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y por carretera, incluido dentro del Tercer Paquete Ferroviario, reguló las condiciones en las que las autoridades competentes podrían limitar la competencia en un concreto trayecto ferroviario en aras de compensar a un operador por la prestación de servicios de transporte que no fueran rentables y que éste no sumiría o no lo haría en la misma forma, si tuviera en cuenta exclusivamente su propio interés comercial. En cualquier caso, para reconocer dicho uso exclusivo, se debía formalizar un contrato de servicio público cuyo contenido mínimo y procedimiento de adjudicación se recogían respectivamente en los artículos 4 y 5 del Reglamento 1370/2007. En el procedimiento previsto en el artículo 5 del Reglamento 1370/2007 se preveía que los contratos de servicio público se debían adjudicar, como regla general, por un procedimiento de licitación pública si bien se establecían una serie de excepciones que hacían que en la práctica los contratos se podían adjudicar directamente. Y es que en virtud del artículo 5 apartados 2 y 6 del Reglamento 1370/2007, las autoridades competentes podían optar por prestar ellas mismas servicios

(81) Si bien, ello no será de aplicación hasta el 1 de enero de 2019.

públicos de transporte de viajeros o por adjudicar directamente contratos de servicio público, siempre que se dieran en todo caso unos mínimos requisitos pero que eran considerablemente amplios.

Pues bien, ahora el nuevo Reglamento 2016/2338 pretende limitar el poder de las autoridades para adjudicar los contratos directamente y para ello dispone que la licitación se convertirá en el método común de adjudicación de nuevos contratos de servicio público a partir de diciembre de 2023, con algunas excepciones. El objetivo es convertir a la licitación abierta en el procedimiento común para selección de los proveedores de servicios y así impulsar el desarrollo de nuevos servicios comerciales así como la inversión en los mismos.

La licitación pública de estos contratos, que representan aproximadamente dos tercios de los servicios ferroviarios de pasajeros de la Unión Europea, impulsará a las operadoras a centrarse en la atención al cliente y redundará en una reducción de costes para los contribuyentes (82).

Concretamente la modificación del artículo 5. 2 del Reglamento 1370/2007 prevé que la autoridad competente adjudicataria únicamente puede estar compuesta por autoridades competentes locales cuyo ámbito geográfico de competencia no sea el nacional y, además de ello, exclusivamente podrán adjudicarse contratos para cubrir las necesidades de transporte de las aglomeraciones urbanas, de las zonas rurales o de ambas de forma conjunta. También se prevé que el artículo 5.6 dejará de aplicarse a partir del 25 de diciembre de 2023, y los contratos adjudicados entre el 3 de diciembre de 2019 y el 24 de diciembre de 2023 no podrán exceder de 10 años (nueva redacción del artículo 8. 2. iii).

A pesar de todo ello, en la práctica los efectos de esta modificación pueden verse en realidad limitados porque el Reglamento 2016/2338 recoge una serie de nuevas excepciones por las que las autoridades competentes pueden adjudicar directamente los contratos (83), si bien en tales contratos adjudica-

(82) Véase «El Parlamento Europeo aprueba el pilar de mercado del Cuarto Paquete Ferroviario», *Revista Vía Libre*, <http://www.vialibre-ffe.com/noticias.asp?not=21068>, diciembre de 2016.

(83) Concretamente el Reglamento 2016/2017 prevé que las autoridades competentes podrán optar por la adjudicación directa de contratos de servicio público de viajeros por ferrocarril en los siguientes supuestos:

1) Cuando se encuentre justificado por circunstancias excepcionales entre las que se incluyen las situaciones previstas en el nuevo artículo 5.3 bis.

2) Cuando un solo operador haya manifestado su interés en participar en un procedimiento de adjudicación del contrato de servicio público y el mismo demuestre debidamente su capacidad de prestar el servicio de transporte con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de servicio público, la falta de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación, y no exista una alternativa razonable (nuevo artículo 5.3 ter).

dos sin licitación deberán garantizarse mejoras a los pasajeros o aumentos de la eficiencia económica del servicio de transporte así como requisitos de rendimiento, como la frecuencia de los servicios y la puntualidad, calidad del material rodante y capacidad de los servicios de transporte.

-Dejando ya a un lado el tema de la limitación de la adjudicación directa de los contratos, el Reglamento 2016/2338 incluye un nuevo artículo 2 bis relativo a la especificación de las obligaciones de servicio público y el ámbito de aplicación de las mismas y su compensación.

Por otra parte, el Reglamento 2016/2338 también incluye algunas previsiones para aumentar la competencia en la adjudicación de los contratos de servicio público. Así se añade un apartado 8 al artículo 4 en el que se regula el contenido de la información esencial para la adjudicación de contratos de servicio público (84). Y en relación al material rodante el nuevo artículo 5 bis regula las medidas para garantizar el acceso al mismo y se prevé que a efectos de iniciar un procedimiento de licitación competitiva, las autoridades competentes deberán evaluar si son necesarias las medidas para garantizar el acceso efectivo y no discriminatorio a material rodante adecuado.

-Por último, otra de las novedades del Reglamento 2016/1338 se refiere a las condiciones sociales y laborales de los trabajadores del sector ferroviario. Los operadores de servicios públicos tendrán además que cumplir con las obligaciones en materia de derecho social y laboral previstas en la legislación comunitaria, la nacional o en los convenios colectivos.

La liberalización del sector ferroviario no debe suponer una merma de dichas condiciones laborales y, en este sentido, en aras de conseguir una integración adecuada de los requisitos sociales y laborales en los procedimientos

3) Cuando el valor medio del contrato o la prestación anual de kilómetros de transporte de viajeros sea inferior a 7,5 millones de euros o 500.000 kilómetros respectivamente (artículo 5. 4)

4) Cuando la adjudicación directa esté justificada por las características estructurales y geográficas pertinentes del mercado y la red de que se trate, en particular, su tamaño, características de la demanda, la complejidad de la red, su aislamiento técnico y geográfico y los servicios que son objeto del contrato, y cuando un contrato de este tipo se traduzca en una mejora de la calidad de los servicios, de su eficiencia en términos de costes o de ambas cosas, en comparación con el anterior contrato de servicio público adjudicado (nuevo artículo 5. 4. bis)

5) Cuando un operador explote exclusivamente servicios urbanos y suburbanos de transporte ferroviario de viajeros; o, principal o únicamente una infraestructura ferroviaria local o regional aislada (artículo 5.4 ter).

(84) Así el artículo 4. 8 señala que «...documentación incluirá información sobre la demanda de viajeros, las tarifas, los costes y los ingresos relativos al transporte público de viajeros objeto del procedimiento de licitación competitiva y el detalle de las especificaciones relativas a infraestructura pertinentes para el funcionamiento de los vehículos o del material rodante exigido, a fin de que las partes interesadas puedan preparar planes empresariales bien informados...».

de adjudicación de los contratos de servicio público para los servicios de transporte público de viajeros, los operadores de servicios públicos deberán cumplir, al ejecutar los contratos de servicio público, con las obligaciones en materia del derecho social y laboral que se apliquen en el Estado miembro en el que se adjudique el contrato de servicio público y que se deriven de las leyes, reglamentos y decisiones, tanto a nivel nacional como de la Unión, así como de los convenios colectivos aplicables, siempre que dichas normas nacionales y su aplicación se atengan al Derecho de la Unión. Concretamente, el nuevo 4. 4. bis dispone que «en la ejecución de los contratos de servicio público, los operadores de servicios públicos deberán cumplir con las obligaciones aplicables en el ámbito de la legislación social y laboral establecidas por el Derecho de la Unión, la legislación nacional o los convenios colectivos». Asimismo, el nuevo artículo 4. 4. ter dispone que se aplicará la Directiva 2001/23/CE en caso de cambio de operador de servicio público, cuando dicho cambio constituya una transferencia de empresa en el sentido de la Directiva (85).

En definitiva, y como corolario de lo anteriormente dicho, podemos afirmar que con la aprobación del Cuarto Paquete Ferroviario, la Unión Europea está más próxima a la consecución de un mercado único ferroviario mediante la liberalización del sector del transporte ferroviario de viajeros prevista a partir del 14 de diciembre de 2020. Así resulta del artículo 3. 2 de la Directiva 2370/2016/UE en relación con la nueva redacción dada al artículo 10. 2 de la Directiva 2012/43/UE. En concreto, dicho artículo 3.2 dispone que las previsiones relevantes de esta última Directiva se aplicarán a partir del 1 de enero de 2019 a tiempo para el horario de servicio que se inicie el 14 de diciembre de 2020 (86).

Con este nuevo Paquete Ferroviario, como hemos comprobado, se han llevado a cabo modificaciones respecto a dos grupos concretos de normas: las relativas al Pilar Técnico que regulan la unificación de los estándares y procedimientos ferroviarios de cada país, la seguridad, interoperabilidad y la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea como entidad responsable de la emisión de autorizaciones para material rodante y certificados de seguridad para operadores; y las del Pilar político relativas a la organización del mercado de los servicios de transporte de viajeros y que están integradas por la Directiva 2016/2370 y el Reglamento 2016/2338.

(85) Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

(86) No obstante, todo ello con las excepciones y límites a tal liberalización, a las que anteriormente hemos aludido, resultantes de los artículos 10.1 bis, 11.1 y 11.5 y concordantes de la Directiva 2012/43/UE, en la redacción dada por la Directiva 2370/2016/UE.

Pues bien, el que la Directiva 2016/2370 fomente los trenes de alta velocidad y prevea aumentar la independencia del administrador de infraestructuras ferroviarias hace previsible que el transporte ferroviario pueda incrementar su competitividad en relación a otros medios de transporte, aumentando la cuota de mercado del ferrocarril e incrementando la mejora de sus servicios.

Por otra parte, también pudiéramos señalar que a pesar de que el nuevo Reglamento 2016/2338 dispone, como hemos señalado, la realización de licitaciones públicas como regla general para la adjudicación de contratos de servicio público a partir de 2023, en la práctica sus efectos pueden verse limitados por las nuevas excepciones recogidas por las que las autoridades competentes pueden adjudicar directamente los contratos y porque dichos contratos puedan tener vigencia hasta diciembre de 2033.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La aplicación de las reglas sobre la libre competencia a los servicios públicos supone una transformación radical de muchos de los principios de organización y régimen jurídico que han disciplinado el funcionamiento de estos servicios en la tradición continental europea (87). Los ferrocarriles concebidos como servicio público se han convertido en un negocio como otros tantos sometidos a las reglas de la competencia, siendo hoy las concesiones ferroviarias del pasado, como señala el profesor BERMEJO VERA, mientras que el presente corresponde a las licencias y adjudicaciones de capacidad de infraestructura (88).

Los mercados de los servicios ferroviarios de los Estados miembros han funcionado tradicionalmente en régimen de monopolio, en torno a empresas públicas fuertemente dependientes del Estado, que ostentaban la titularidad de las infraestructuras ferroviarias y, además, acumulaban la posición de prestadoras de servicios de transporte, por lo que la apertura a la competencia ha exigido la desintegración de dichas empresas para separar la gestión y titularidad de las infraestructuras de las actividades de servicio de transporte, de modo que dichas infraestructuras pueden ser utilizadas por los operadores interesados en prestar servicios.

En realidad, si bien se considera y *servata distantia*, los aspectos fundamentales del proceso de liberalización gradual del transporte ferroviario en la Unión Europea de los que queda hecho breve mérito en las páginas precedentes son los mismos que conforman el proceso liberalizador en otras de las habitual-

(87) Véase MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, p. 40.

(88) BERMEJO VERA, José (2014), *Evolución histórica...*, *op. cit.*, pp. 340 y 341.

mente denominadas «industrias de red», entre las que destacan en particular los sectores de las telecomunicaciones y energéticos —tanto electricidad como gas natural—. El punto de partida es, en todos estos ámbitos sectoriales y con más o menos matices, el mismo: monopolio público que abarca tanto la construcción y explotación de las infraestructuras de red como la prestación de servicios que utilizan aquéllas como soporte. Y, con tales mimbres de partida, el Derecho de la Unión Europea ha seguido en su propósito liberalizador sustancialmente el mismo guión en todos los casos, que se traduce en la adopción de medidas en las cuatro direcciones fundamentales siguientes (de todas las cuales se han ofrecido manifestaciones, en el caso concreto del transporte ferroviario, en los apartados precedentes):

1. En primer término, se distingue, entre todas las actividades susceptibles de realizarse en el sector de que se trate, entre las que pueden abrirse a la competencia y las que, por constituir un monopolio natural, se hallan excluidas de aquélla. Por lo que atañe al primer grupo de actividades, el Derecho de la Unión Europea obliga a los Estados miembros a permitir el acceso a la realización de las mismas a nuevos operadores, imponiendo, cuando el número de éstos ha de limitarse por razones imperiosas de interés general, la aplicación de procedimientos de concurrencia competitiva para seleccionar a los operadores a quienes se habilitará para operar —de forma que exista al menos competencia *por* el mercado, ya que la competencia *en* el mercado está sometida a limitaciones—. Respecto de los monopolios naturales, el Derecho de la Unión obliga a que las empresas a las que se atribuye la administración de las correspondientes infraestructuras otorguen el acceso a las mismas a cualesquiera operadores en condiciones equitativas y no discriminatorias, posibilitándose así el establecimiento de una verdadera competencia en los servicios, ya que la misma no resulta posible en las infraestructuras.

2. En segundo término, y con el fin de garantizar la neutralidad en el otorgamiento del acceso a las infraestructuras de red constitutivas de los monopolios naturales, el Derecho de la Unión impone medidas de separación entre la empresa a quien se encomienda la administración de la red y los prestadores de los servicios que utilizan aquélla como soporte. La aludida separación reviste modalidades y alcances diversos, siendo habitual distinguir al respecto entre (i) la separación jurídica, que obliga a conferir la gestión de la infraestructura y la prestación de los servicios a entidades dotadas de personalidad jurídica diferenciada, (ii) la separación contable, que obliga a llevar cuentas separadas de ambos grupos de actividades, con el fin de evitar subvenciones cruzadas, (iii) la separación funcional, que obliga a adoptar medidas con el fin de asegurar que las personas que adoptan las decisiones en punto a la administración de la infraestructura son independientes respecto de las empresas prestadoras de los servicios, y (iv) la denominada separación patrimonial, que es el grado

máximo de separación y obliga a la desintegración vertical de los grupos de sociedades que realizan simultáneamente las actividades de administración de la infraestructura y de prestación de los servicios (89).

3. En tercer lugar, el Derecho de la Unión Europea adopta medidas dirigidas a proteger a los consumidores y usuarios frente a los perjuicios que para ellos se podrían seguir como consecuencia de la liberalización. Son, naturalmente, muy diversas las técnicas a través de las cuales se articula tal protección, mereciendo la pena destacar, no obstante, la figura de las obligaciones de servicio público (90).

4. Por último, se considera presupuesto inexcusable para la plena efectividad de la liberalización pretendida la atribución de las potestades de supervisión y control —así como, en su caso, sancionadoras— sobre el sector liberalizado a una agencia independiente —al menos respecto de los operadores afectados—. Se trata así de limitar las posibilidades de que el antiguo operador monopolista bloquee la efectividad del proceso liberalizador mediante su influencia en las estructuras administrativas llamadas a aplicar las nuevas previsiones. En el caso del sector ferroviario, las funciones reguladoras están asignadas, además de a órganos integrados en la Administración General del Estado, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que asumió las funciones conferidas por la Ley 39/2003 al Comité de Regulación Ferroviaria (91), y a la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria.

(89) Véanse, en el ámbito ferroviario, los artículos 22 y 42 y la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 38/2015. Esta última obliga a la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora a asegurar la independencia de los miembros del Consejo de Administración de Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A., respecto a los operadores ferroviarios públicos o privados. En relación con ello, véanse las preocupaciones manifestadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Ferroviario, de 29 de abril de 2015 (IPN/DTSP/001/15), pp. 25 y 26.

(90) En el sector ferroviario, véase el artículo 59 de la Ley 38/2015, que habilita al Consejo de Ministros para declarar que la prestación de determinados servicios de transporte ferroviario de competencia estatal sobre las líneas o los tramos que integran la Red Ferroviaria de Interés General queda sujeta a las aludidas obligaciones de servicio público. Sobre esta última noción resultan sumamente esclarecedoras las páginas que a la regulación de los servicios de interés general dedica MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): *La actividad regulatoria de la Administración*, Tomo XIV del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 92 y ss.

(91) Véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Yves Bot el 30 de junio de 2016 en el asunto C-424/15, número que corresponde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en relación con la Ley 3/2013. En las mismas se concluye, entre otros extremos, que la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, «no se opone a la fusión de una autoridad nacional de reglamentación, en el marco de una reforma institucional, con otras autoridades de regulación, como las de la competencia, el sector postal o el sector de la energía, siempre que las funciones

En el sector del transporte ferroviario, probablemente sea el primero de los cuatro aspectos identificados el que ha experimentado un menor grado de avance, toda vez que, como ha quedado acreditado, la liberalización en la prestación de los servicios de transporte de viajeros de ámbito nacional dista todavía de ser una realidad. Aprobados en el ámbito comunitario los instrumentos normativos correspondientes al Pilar Político, va a ser posible comprobar hasta qué punto existe una voluntad real de avanzar en este capital aspecto de la construcción europea, respecto de la que —por lo demás— uno se sentiría tentado de decir que se halla hoy más amenazada que nunca.

V. ANEXO: NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE TRANSPORTE FERROVIARIO

1. Normativa en materia de interoperabilidad

Reglamento de Ejecución (UE) 2017/6 de la Comisión de 5 de enero de 2017 sobre el plan de despliegue europeo del Sistema Europeo de Gestión del Tráfico Ferroviario.

Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea (versión refundida).

Directiva 2014/38/UE de la Comisión de 10 de marzo de 2014 por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la contaminación acústica.

Directiva 2014/106/UE de la Comisión de 5 de diciembre de 2014 por la que se modifican los anexos V y VI de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad.

Directiva 2013/9/UE de la Comisión de 11 de marzo de 2013 que modifica el anexo III de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad.

Directiva 2011/18/UE de la Comisión de 1 de marzo de 2011 por la que se modifican los anexos II, V y VI de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad.

que confía esta Directiva a las autoridades nacionales de reglamentación puedan ejercerse respetando los requisitos y las garantías establecidas en ésta, lo que incumbe comprobar al tribunal nacional».

Directiva 2009/131/CE de la Comisión de 16 de octubre de 2009 que modifica el anexo VII de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad.

Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad (Texto refundido).

2. Seguridad ferroviaria

Directiva (UE) 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 sobre la seguridad ferroviaria (versión refundida).

Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1136 de la Comisión de 13 de julio de 2015, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 402/2013 relativo a la adopción de un método común de seguridad para la evaluación y valoración del riesgo.

Directiva 2014/88/UE de la Comisión de 9 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los indicadores comunes de seguridad y a los métodos comunes de cálculo de los costes de los accidentes.

Reglamento de ejecución (UE) 402/2013 de la Comisión de 30 de abril de 2013 relativo a la adopción de un método común de seguridad para la evaluación y valoración del riesgo y por el que se deroga el Reglamento (CE) 352/2009.

Reglamento (UE) 1077/2012 de la Comisión de 16 de noviembre de 2012 sobre un método común de seguridad para la supervisión por parte de las autoridades nacionales de seguridad tras la expedición de certificados de seguridad o autorizaciones de seguridad.

Reglamento (UE) 1978/2012 de la Comisión de 16 de noviembre de 2012 sobre un método común de seguridad en materia de vigilancia que deberán aplicar las empresas ferroviarias y los administradores de infraestructuras que hayan obtenido un certificado de seguridad o una autorización de seguridad, así como las entidades encargadas del mantenimiento.

Reglamento (UE) 1158/2010 de la Comisión de 9 de diciembre de 2010 sobre un método común de seguridad para evaluar la conformidad con los requisitos para la obtención de un certificado de seguridad ferroviaria.

Reglamento (UE) 1169/2010 de la Comisión de 10 de diciembre sobre un método común de seguridad para evaluar la conformidad con los requisitos para la obtención de una autorización de seguridad ferroviaria.

- Reglamento (CE) 352/2009 de la Comisión de 24 de abril de 2009 relativo a la adopción de un método común de seguridad para la evaluación y valoración del riesgo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Directiva 2009/149/CE de la Comisión de 27 de noviembre de 2009 por la que se modifica la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los indicadores comunes de seguridad y a los métodos comunes de cálculo de los costes de los accidentes.
- Directiva 2008/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se modifica la Directiva 2004/49/CE sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios (Directiva de seguridad ferroviaria).
- Reglamento (CE) 653/2007 de la Comisión de 13 de junio de 2007 sobre el uso de un formato europeo común para los certificados de seguridad y los documentos de solicitud, de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y sobre la validez de los certificados de seguridad expedidos en virtud de la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios y por la que se modifican la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (Directiva de seguridad ferroviaria).

3. Normativa relativa al personal ferroviario

- Directiva (UE) 2016/882 de la Comisión de 1 de junio de 2016 que modifica la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a los requisitos lingüísticos.
- Directiva 2014/82/UE de la Comisión de 24 de junio de 2014 que modifica la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a los conocimientos profesionales generales, los requisitos médicos y las prescripciones relativas a la licencia.
- Reglamento (UE) 36/2010 de la Comisión de 3 de diciembre de 2009 sobre los modelos comunitarios de licencias de conducción de trenes, certificados complementarios, copias autenticadas de certificados complementarios y formularios de solicitud de licencias de conducción de trenes, en aplicación de la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad.

4. Normativa relativa a vehículos y su mantenimiento

Directiva (UE) 2015/996 de la Comisión de 19 de mayo de 2015 por la que se establecen métodos comunes de evaluación del ruido en virtud de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Reglamento (UE) 201/2011 de la Comisión de 1 de marzo de 2011 sobre el modelo de declaración de conformidad con un tipo autorizado de vehículo ferroviario.

Reglamento (UE) 445/2011 de la Comisión de 10 de mayo de 2011 relativo a un sistema de certificación de las entidades encargadas del mantenimiento de los vagones de mercancías y por el que se modifica el Reglamento (CE) 653/2007.

5. Otra normativa comunitaria relativa al transporte ferroviario

Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica la Directiva 2012/34/UE en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias.

Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica el Reglamento (CE) 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril.

Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) 881.

Reglamento de Ejecución (UE) 2016/545 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, sobre los procedimientos y criterios relativos a los acuerdos marco de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria.

Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1100 de la Comisión de 7 de julio de 2015 sobre las obligaciones de información de los Estados miembros en el marco de la supervisión del mercado ferroviario.

Reglamento de Ejecución (UE) 2015/909 de la Comisión de 12 de junio de 2015 relativo a las modalidades de cálculo de los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario.

- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/429 de la Comisión de 13 de marzo de 2015 por el que se establecen las modalidades que hay que seguir para la aplicación de la tarificación del coste de los efectos sonoros.
- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/171 de la Comisión de 4 de febrero de 2015 relativo a determinados aspectos del procedimiento de concesión de licencias a las empresas ferroviarias.
- Reglamento de Ejecución (UE) 2015/10 de la Comisión de 6 de enero de 2015 sobre los criterios para los candidatos a la obtención de capacidad de infraestructura ferroviaria y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 870/2014.
- Reglamento de Ejecución (UE) 869/2014 de la Comisión de 11 de agosto de 2014 sobre nuevos servicios de transporte ferroviario de viajeros.
- Reglamento Delegado (UE) 275/2014 de la Comisión de 7 de enero de 2014 que modifica el anexo I del Reglamento (UE) 1316/2013 Del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa».
- Reglamento (UE) 642/2014 del Consejo de 16 de junio de 2014 por el que se establece la Empresa Común Shift2Rail.
- Reglamento (UE) 1316/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) 680/2007 y (CE) 67/2010.
- Reglamento (UE) 1315/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, sobre las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte, y por el que se deroga la Decisión 661/2010/UE.
- Reglamento (UE) 913/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de septiembre de 2010 sobre una red ferroviaria europea para un transporte de mercancías competitivo.
- Reglamento (CE) 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril.
- Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) 1191/69 y (CEE) 1107/70 del Consejo.
- Reglamento (CE) 1335/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre por el que se modifica el Reglamento (CE) 881/2004 por el que se crea una Agencia Ferroviaria Europea (actualmente derogado).
- Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008 sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas.

Reglamento (CE) 881/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 por el que se crea una Agencia Ferroviaria Europea (Reglamento de la Agencia) (actualmente derogado).

Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012 por la que se establece un espacio ferroviario europeo único (texto refundido).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús (2011): «Liberalización del transporte ferroviario de mercancías: *quo vadis*», en la ob. colect. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.) *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel, Madrid.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (2015): «Obligaciones de servicio público y sector ferroviaria en España. Un análisis crítico del proceso de adaptación, no definitivo, al Derecho europeo», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^a Victoria y ACHIM PUETZ (Directores): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.

ALTZELAI ULIONDO, Igone (2012): «Hacia un espacio ferroviario europeo único», *Revista del Derecho del Transporte* n^o 10, pp. 79 y ss.

— (2013): «¿Competencia por el mercado o competencia en el mercado de los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril?», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^a Victoria, MARTÍNEZ SANZ, Fernando y RECALDE CASTELLS, Andrés (directores): *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid.

— (2015): «El cuarto paquete ferroviario: luces y sombras», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^a Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.

BATTISTA DI MICELI, Giovanni, «Direttiva 91/440/CEE», *Ferrovia e Trasporti* n^o 10, 1992.

BERMEJO VERA, José (1975): *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*. Estudio Específico de RENFE, Tecnos, Madrid.

— (1999): «Empresas ferroviarias y Agentes prestadores del transporte», en la ob. colect. MONTORO CHINER, María Jesús: *Las infraestructuras ferroviarias del III Milenio*, Cedes, Barcelona.

— (2014): «Evolución histórica del régimen jurídico del transporte por ferrocarril», en la ob. colect. dirigida por MENÉNDEZ, Pablo: *Régimen jurídico*

- del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto: «Los agentes del sector ferroviario en el nuevo marco regulador», en la ob. colect. MAGDALENA ANDA, Jose Antonio (Dir.): *La liberalización del ferrocarril en España*, Editorial Reus S. A., Madrid.
- BUZZOLI, Maria (1992): «Una Direttiva de Bruxelles», *Linea/Treno* n° 1.
- CARBONEL PORRAS, Eloísa (2013): «Servicio público y competencia en el mercado de transportes terrestres», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria, MARTÍNEZ SANZ, Fernando y RECALDE CASTELLS, Andrés (directores): *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid.
- (2014): «Infraestructuras de transporte terrestre y sector público estatal», en la ob. colect. MENÉNDEZ, Pablo (2014): *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (2004): «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia», en la ob. colect. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José: *Transportes y competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del derecho de la competencia*, Thomson-Civitas, Madrid.
- CASCALES MORENO, Fernando José (2000): «La política común de transporte ferroviario», *Noticias de la Unión Europea* n° 185, 2000.
- CUERDO MIR, Miguel (2007): «La liberalización del sector ferroviario. La apertura del transporte ferroviario a la competencia», en la ob. colect. GUILLÉN CARAMÉS, Javier: *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario*, Thomson-Aranzadi, Madrid.
- CHINEA CÁCERES, Carmen Laura y CÁCERES ALVARADO, Rosa María (2015): «La política de la Unión Europea en materia de transporte ferroviario», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.
- DEL VAL, Yolanda: «Cuarto Paquete Ferroviario, cambios significativos en el modelo europeo», *Vía Libre* n° 592, pp. 32 y ss.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2014): «Ordenación jurídica del servicio de transporte por ferrocarril», en la ob. colect. dirigida por MENÉNDEZ, Pablo: *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- DEL VECCHIO (1992): «La Direttiva CEE 91/440. Interpretazioni ed implicazioni», *L'amministrazione Ferroviaria* n° 8.
- FUENTETAJA PASTOR, Juan Alfonso (2007): «Las autorizaciones ferroviarias», en la ob. colect. GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Director) (2007): *El régimen Jurídico del*

- Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson-Aranzadi.
- GARCÍA PÉREZ, Juan (1996): *Régimen jurídico del transporte por ferrocarril*, Marcial Pons, Madrid.
- (2009): «La política de la Unión Europea sobre la liberalización del ferrocarril y la Ley 34/2003, del Sector Ferroviario», en la ob. colect. ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús y CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (coords.) *Infraestructuras ferroviarias*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA PÉREZ, Juan (2010): *El nuevo marco jurídico del sector ferroviario*, Reus, Madrid.
- (2010): «Régimen jurídico del transporte por ferrocarril urbano y suburbano», en la ob. colect. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho de la regulación económica*. RUIZ OJEDA, Alberto (Dir.): VI. *Transportes*, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid.
- GARRIDO, Jose María: «Derecho de la competencia y transporte terrestre», en la ob. colect. dirigida por MENÉNDEZ, Pablo: *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2001): «Infraestructura ferroviaria y las directivas comunitarias de 26 de febrero de 2001», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* n° 11.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Director) (2007): *El régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson-Aranzadi.
- (2015): «Liberalización y derechos de los usuarios de transportes terrestres. La aplicación del Derecho del consumo», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.
- HUERGO LORA, Alejandro (2014): «La política europea de transportes terrestres», en la ob. colect. dirigida por MENÉNDEZ, Pablo: *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- HERNÁNDEZ, Jorge (2017): «El Cuarto Paquete Ferroviario de la UE y su impacto en España», *luris lex*, 9 de junio de 2017.
- IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael (1994): «La política de transportes en España y Europa», en la ob. colect. *Transportes. Un enfoque integral*, Servicio de Publicaciones del Colegio de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos, Madrid.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego (1993): «La liberalización del transporte ferroviario», *Revista de Administración Pública* n° 132, 1993.

- LÓPEZ MENDUO, Francisco (2009): «Las infraestructuras ferroviarias europeas. Cuestiones competenciales», en la ob. colect. coordinada por MONTORO CHINER, M^o Jesús: *Infraestructuras ferroviarias del Tercer milenio*, CEDEDCS, Barcelona.
- MAGDALENA ANDA, Jose Antonio (2005): *La liberalización del ferrocarril en España*, Editorial Reus S. A., Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1991): «Transportes», en la ob. colect. *Derecho Administrativo Económico II*, La Ley, Madrid.
- MENÉNDEZ, Pablo (2014): «Estudio Preliminar», en la ob. colect. MÉRNENDEZ, Pablo (2014): *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- (2014): *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- MÍGUEZ MACHO, Luis (2007): «La red ferroviaria de interés general: la posible declaración de interés público de determinados servicios de transporte ferroviario», en la ob. colect. GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Director): *El régimen Jurídico del Sector Ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson-Aranzadi.
- MONTERO PASCUAL, Juan José (2013): «Las obligaciones de servicio público en el transporte ferroviario. Escenario ante la liberalización», en la ob. colecta. PETIT LAVALL, M^o Victoria, MARTÍNEZ SANZ, Fernando y RECALDE CASTELLS, Andrés (directores): *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid.
- (2013): «La obligación de servicio público en el transporte ferroviario», *Revista de Derecho de la Unión Europea* n^o 25.
 - (2009): «La transición a la competencia en el transporte ferroviario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* n^o 4.
 - (2007): «Régimen de prestación de los servicios de transporte ferroviario», en la ob. colect. GUILLÉN CARAMÉS, Javier: *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario*, Thomson-Aranzadi, Madrid.
 - (2007): «Acceso a la red ferroviaria», en la ob. colect. GUILLÉN CARAMÉS, Javier: *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario*, Thomson-Aranzadi, Madrid.
 - (2013): «Las obligaciones de servicio público en el transporte ferroviario. Escenario ante la liberalización», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria, MARTÍNEZ y RECALDE (dirs.): *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, Madrid.

- MONTORO CHINER, María Jesús (2015): *Las infraestructuras ferroviarias del III Milenio*, Cedes, Barcelona.
- MONTORO CHINER, María Jesús y NOGUERA DE LA MUELA, Belén (2015): «Las infraestructuras ferroviarias en la nueva normativa del sector ferroviario: algunos apuntes de su ordenación jurídica», en la ob. colect. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (Dir.): *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): «La actividad regulatoria de la Administración, Tomo XIV del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- NÁGELE GARCÍA DE LA FUENTE, Nicolás y PELÁEZ GARCÍA, Laura (2017): «El Cuarto Paquete Ferroviario: pasos hacia la liberalización del sector».
- OLMEDO GAYA, Ana Isabel (1999): *El nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi, Pamplona.
- (2002): «Actividades competitivas y actividades no competitivas en el sector público español», en el Libro Homenaje a D. Eduardo Roca Roca *Panoramas de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Editorial BOE-INAP, Madrid.
 - (2007): «La evolución histórica de la normativa del transporte ferroviario en España» en la ob. colect. GUILLÉN RUBIO, Javier (dir.) *Régimen jurídico del transporte ferroviario en España*, Aranzadi, Pamplona.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio (2015): «Nuevos pasos tras la liberalización del transporte, nuevos problemas», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.
- PETIT LAVALL, M^o Victoria y ROSAFIO, Elisabetta Giovanna: «La responsabilidad del transportista en caso de accidente en transporte ferroviario», en la ob. colect. PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.
- PETIT LAVALL, M^o Victoria y ACHIM PUETZ (Directores) (2015): *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid.
- POLICE, Aristide (2015): «Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario», *Nuove Autonomie* n° 3, pp. 321 y ss.
- PRADÓS I REIG, Carlos (2013): «Liberalización económica y transformación de la Administración pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho del Transporte* n° 12.

- RAMOS MELERO, Rodolfo (2001): «La política Económica de la Liberalización y Privatización del Ferrocarril. Una aproximación al caso español», *Revista del Instituto de Estudios Económicos* n° 2.
- (2004): *Reformas y políticas liberalizadoras del ferrocarril: el nuevo escenario den al Unión Europea*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid.
 - (2005): «Los paquetes liberalizadores del transporte ferroviario de la Unión Europea», en la ob. colect. MARTÍNEZ SANZ, Fernando; PETIT LAVALL, M^o Victoria (Coord.) *I Congreso Internacional del Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI, Castellón de la Plana*.
- RAMOS MELERO, Rodolfo; GARCÍA ÁLVAREZ, Alberto y CILLERO HERNÁNDEZ, Alberto (2011): «Principales aspectos a considerar para el desarrollo del marco regulador para la apertura a la competencia del transporte interurbano de viajeros por ferrocarril en España», en Investigación de la FFE, Memoria de artículos, publicaciones y conferencias 2009-2010, Colección técnica, www.tecnica-vialibre.es/documentos/Libros/Ponencias_EnergiaExplotacion.pdf.
- RIVAS CASTILLO, M^o Isabel (2010): «Regulación y régimen del sector ferroviario», en la ob. colect. MUÑOZ MACHADO, Santiago *Derecho de la regulación económica*. RUIZ OJEDA, Alberto (Dir.): *VI. Transportes*, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid.
- (2007): *Régimen jurídico de las infraestructuras ferroviarias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- ROLDGAAR, Kasper y DE MIGUEL MOLINA, María (2013): «Una propuesta de licitaciones de líneas múltiples en base al Cuarto Paquete Ferroviario», *Revista de Derecho de la Unión Europea* n° 25, pp. 109 y ss.
- RUIZ OJEDA, Alberto (Dir.): *VI. Transportes*, (Colección dirigida por el profesor MUÑOZ MACHADO, Santiago *Derecho de la regulación económica*): Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid.
- SETUAIN, Beatriz (2009): *La Administración de infraestructuras en el Derecho ferroviario español: el régimen jurídico del ADIF*, Iustel, Madrid.
- SILVÁN OCHOA, Pablo (2014): «Liberalización ferroviaria y servicios de transporte de viajeros por ferrocarril», en la ob. colect. RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Coord.): *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.
- TEJADO AGUADO, Samuel (2011): «El nuevo modelo ferroviario español: la competencia en el transporte ferroviario de pasajeros», en la ob. colect. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.) *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel, Madrid.

LA DIVISIÓN EN LOTES: PANORAMA Y PROPUESTAS EN LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (*)

GONZALO CASTRO MARQUINA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA SITUACIÓN DE LA DIVISIÓN EN LOTES ANTES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE: 1. Fraude de ley, elementos del contrato y justificación en el expediente. 2. La división en lotes como potestad administrativa discrecional.– III. EL PORQUÉ DE LA CONFIGURACIÓN EXCEPCIONAL DE LA DIVISIÓN EN LOTES EN EL TRLCSP: 1. Entre el escepticismo, la indiferencia y la fe. 2. El miedo al procedimiento negociado y al contrato menor: A) Las fisuras del procedimiento de contratación en relación al objeto del contrato. B) Los lotes y el fraccionamiento ante el procedimiento negociado y el contrato menor C) Perspectivas de futuro a raíz del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.– IV. EL NUEVO SISTEMA DE LICITACIONES POR LOTES DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. El marco en el que se insertan las novedades de la directiva 2014/24/UE. 2. La regulación de los lotes en la directiva 2014/24/UE y el proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. 3. El efecto interpretativo y el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE.– V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ANTE EL NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El objeto de este análisis es realizar un examen crítico y comparativo del marco jurídico pasado y presente, español y europeo, de la licitación por los lotes, así como la exploración de soluciones ante los retos derivados de las nuevas reglas del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, que propugnan la división en lotes como el nuevo paradigma de la contratación.

Palabras claves: fraccionamiento; división en lotes; apoyo a las PYMES; corrupción; oferta integradora; contratación pública estratégica; procedimiento negociado; contrato menor

ABSTRACT: *The purpose of this analysis is to make a critical and comparative exam of the past , present and future of the Spanish and European legal framework about bidding for the lots, as well as exploring solutions to the challenges of the new rules of*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 8 de noviembre de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 22 de marzo de 2017.

article 46 of the Directive 2014/24/EU, implying a division in the batch as the new paradigm of public procurement.

Key words: division; division of contracts into lots; SMEs support; corruption; inclusive offer; strategic public procurement; procedure with negotiation; small contract.

I. INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar cualquier cuestión relativa a la contratación pública, representa un lugar común empezar resaltando el impacto que posee respectivamente sobre el PIB nacional, europeo y mundial. Pese al carácter manido de estos datos, siguen constituyendo una referencia interesante que conviene tener presente cuando se analiza el tema. La OCDE calcula que el peso de la contratación pública oscila en torno al 13 y el 20% en relación al total del PIB mundial, superando el 15% en los países desarrollados (1). A escala europea, la media se situaría alrededor del 19%, con perspectivas de crecimiento sostenido en el horizonte próximo, a tenor de las últimas evaluaciones realizadas (2). Por último, en el caso español la cifra ronda el 18,5% (3), si bien algunas fuentes llegan a elevar el porcentaje por encima de esta marca, incluyendo otros conceptos considerados, a su juicio, conexos.

Durante estos últimos años, la tendencia experimentada en España ha sido decreciente, a diferencia de la media europea, debido a la crisis económica y a la aplicación de políticas de contención del gasto público asociadas al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, establecidos dentro del marco de la Unión Europea. No obstante, incluso bajo la influencia de estas circunstancias, el volumen de recursos manejados por la contratación pública continúa moviéndose en torno a umbrales muy elevados. La caracterización de la mayoría de los estados europeos como sociales obliga a mantener desde los poderes públicos una intensa acción promocional de forma persistente. Por esa razón, nunca ha llegado a perder su condición de sector clave. Mientras la configuración del Estado no varíe, la aportación a la economía de la contratación pública podrá fluctuar, depen-

(1) El dato está extraído del informe de la OCDE «*Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth. Enabling reform through evidence and peer reviews*».

(2) Esta información se basa en las estimaciones elaboradas por la Comisión Europea y plasmadas en los siguientes documentos: *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, *Public Procurement Indicators 2011*, *Public Procurement Indicators 2012*, *Public Procurement Indicators 2013*, *Public Procurement Indicators 2014*.

(3) Así aparece en el informe PRO/CNMC/001/15 *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, de 5 de febrero de 2015.

diendo de la coyuntura vigente en cada momento, pero siempre ocupará un lugar destacado dentro de la misma.

Esta dimensión activa o intervencionista del Estado moderno, no repercute únicamente en la elevación de los porcentajes correspondientes a la contratación pública, al multiplicar las necesidades que han de atenderse por medio de ella. También incide sobre su propia orientación finalista. Cuantitativa y cualitativamente, tanto a escala europea como nacional, la contratación pública está condicionada por una serie de objetivos positivados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), además de en las respectivas constituciones o normas fundamentales de cada uno de los Estados miembros que componen la UE. Así el artículo 3.3 enumera un conjunto de principios de actuación que, a su vez, tienen reflejo en el deslinde de las políticas propias efectuado desde el TFUE.

En el caso español, nuestra Constitución contiene previsiones parecidas —*mutatis mutandi*— en comparación con el artículo 3.3 del TUE. Sin ánimo exhaustivo, cabe destacar los artículos 2, 40.1, 44.2, 45, 128, 130, 131.1 y, singularmente, el 9.2, como cláusula del Estado social. Todos estos preceptos conectan claramente con la visión instrumental de la contratación pública que busca desarrollar con mayor profundidad la cuarta generación de Directivas.

Naturalmente, esta clase de disposiciones constitucionales quedan enmarcadas bajo coordenadas muy diferentes a las de los Tratados. A fin de cuentas, la UE, por su condición de organización internacional, responde primero a las razones que dieron lugar a su alumbramiento, es decir, al establecimiento de un mercado interior o al logro de una economía de mercado altamente competitiva, sin perjuicio de adiciones posteriores que complementen tales propósitos fundacionales. Destacan entre estas incorporaciones posteriores el fomento de la cohesión económica, social y territorial; el desarrollo de una economía social de mercado tendente al pleno empleo, al progreso social, y a un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente; el progreso científico y técnico; o la lucha contra la exclusión social y la discriminación (4).

(4) L. ORTEGA ÁLVAREZ (2009: 2-6). Destaca Ortega como la UE, a diferencia del grueso de los Estados miembros que la componen, nunca ha asumido expresamente los postulados del Estado social, cuando en cambio sí que lo ha hecho respecto a los correspondientes al Estado democrático y de Derecho. No obstante, en varios artículos de los Tratados sí que aparecen y aparecen políticas propias del Estado social. La reforma promovida por el Tratado de Lisboa, así como la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales, han atemperado la primacía absoluta que poseían el mercado interior, la defensa de la competencia y la Unión Económica y Monetaria dentro del Tratado de Maastricht. A pesar de no representar una asunción plena del Estado social, la UE ha profundizado en esta vertiente, representando la contratación pública un claro exponente.

Empero, aunque la génesis de la Constitución actual y la de los Tratados de la UE traigan causa de procesos políticos e históricos notablemente distintos, al mismo tiempo, participan de un acervo común que justifica esas coincidencias programáticas. A la hora de redactar la Constitución de 1978, la principal fuente de inspiración fue el Derecho comparado europeo y, en particular, las constituciones de Francia, Italia, Alemania, Portugal y Grecia, todas ellas constituciones de países hoy integrantes de la UE. No es extraño, pues, que la UE haya acabado interiorizando, bajo su propia lógica interna, las aspiraciones latentes en dichos textos, al margen de definir sus propios fines con carácter exclusivo e independiente de los procurados individualmente por los Estados parte.

De este modo, resulta posible sostener que aquellas normas que coronan la cúspide del sistema jurídico nacional y europeo no solo habilitan, sino que demandan el empleo del enorme potencial que alberga la contratación pública para la realización de fines distintos a aquellos que constituyen, o constituían, el objeto principal del contrato. Paulatinamente, la contratación dentro del sector público ha ido virando desde su sentido primigenio, como mero cauce para la provisión de bienes o servicios en las mejores condiciones para el Estado, hacia una concepción instrumental de la misma (5). Hoy en día, nadie pone en cuestión la virtualidad de la contratación pública como potestad o herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o de sus políticas públicas; a través de ella las instituciones públicas intervienen de manera profusa y profunda en la vida económica, social y política del país, configurando una política más a su disposición.

Con acierto, Teresa Medina remarca el papel que puede jugar la contratación de cara a orientar y reforzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, sin que, necesariamente, deban estar conectados con la directa satisfacción funcional del contrato (6). Un caso paradigmático que ilustra esta potencialidad, consiste en la exigencia de la acreditación de unos determinados estándares de protección ambiental dentro de los requisitos de solvencia

(5) Muchos autores han constatado este fenómeno. A título meramente ejemplificativo, caben destacar los siguientes: J.M. GIMENO FELIÚ (2013a: 45-46); J.M. GIMENO FELIÚ (2010: 50-52); J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2013: 31 y ss.) ; M.A. BERNAL BLAY (2013: 163) ; L. MEDINA ALCOZ (2014: 9-51); y E. MELERO ALONSO y M. ESPÍN SÁEZ (1999:1). L. ORTEGA ÁLVAREZ (2009: 9). De forma particular, Ortega abogaba por impulsar una doble alma en la contratación pública que aunara la dimensión concurrencial o competitiva y la valoración de sus repercusiones sociales. Por último, constituyen una referencia igualmente significativa los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) de Aragón 1/2006, 17/2008 y 1/2015.

(6) T. MEDINA (2011: 43-94). Con anterioridad, Mestre Delgado ya había apuntado la capacidad de la contratación para fomentar o reforzar el cumplimiento de previsiones provenientes de normativas sectoriales que carecen de fuerza obligatoria directa. Véase, J.F. MESTRE DELGADO (2003: 705-708).

técnica (7). Aun siendo necesario para su uso respetar la doble exigencia de proporcionalidad y vinculación con el objeto del contrato, descartando con ello una utilización arbitraria, el alcance de esta posibilidad es lo suficientemente amplio como para espolear a los eventuales licitadores a cumplir de antemano este tipo de requisitos, ante la razonable expectativa de que lleguen a incluirse dentro de los pliegos. Asimismo, en el caso de los requisitos de solvencia, al ser condición *sine qua non* para entrar a valorar la oferta, el riesgo de ser excluido en el primer corte fortalece el efecto conminatorio.

La última generación de Directivas del ramo, en conexión con la Estrategia Europea 2020, fijada en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 (8), ha dado un fuerte impulso en esta dirección, fomentando la inserción en los contratos públicos de aspectos sociales, ambientales y relativos a la innovación y la calidad. A pesar de que las directivas del 2004 ya preveían esta clase de disposiciones —de hecho, su admisión dentro del Derecho de la Unión Europea es incluso anterior a ellas (9)—, la nueva hornada potencia este componente y lo dota de un mayor respaldo normativo. Analizar cada una de las innovaciones introducidas respecto al régimen anterior exigiría un considerable esfuerzo y, a la vez, nos alejaría del objeto principal de esta reflexión. Con todo, resulta positivo hacer constar al menos su existencia, para así comprender desde una visión sistemática el contexto al que responde la nueva regla sobre división de lotes.

Si bien el prisma instrumental de la contratación pública aparece normalmente asociado a las cláusulas sociales, ambientales y de innovación, no podemos perder de vista que ese enfoque ha formado parte de las normas europeas desde su mismo origen. Como ha subrayado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de forma reiterada, el objetivo perseguido desde las Directivas de contratos radica en suprimir las trabas y evitar los obstáculos que se interponen frente a las libertades de circulación de servicios y mercancías; en definitiva, favorecer la apertura de una competencia competitiva real

(7) Véase, I. GALLEGO CÓRCOLES (2014: 52-58).

(8) La misma comunicación de la Comisión sugería el empleo de la contratación pública en diversas áreas (industria, innovación, sostenibilidad...) como una de las vías desde la que encaminarlas a la realización de los objetivos de la Estrategia Europea 2020.

(9) Sendas comunicaciones interpretativas de la Comisión fechadas en el año 2001, de 4 de julio y de 15 de octubre, abordaron las diferentes posibilidades que otorgaba la legislación comunitaria, entonces vigente, para integrar aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública. Este hecho atestigua el aserto anterior. En el plano jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 23 de mayo de 1997 o la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) de 20 de septiembre de 1998, asunto Beentjes, empiezan a valorar igualmente estas opciones dentro de la contratación. Por otro lado, en el plano teórico, también puede apreciarse la existencia de trabajos que ya valoraban la cuestión. Véase, al respecto, E. MELERO ALONSO, y M. ESPÍN SÁEZ (1999).

y efectiva (10). Igualmente, aun cuando la unificación legislativa promovida por la entonces Comunidad Europea buscaba lograr los tres efectos descritos por el estudio de Atkins de 1984, siempre primó sobre los demás el efecto competitivo. Para la UE la búsqueda de una mayor eficiencia y eficacia en el desembolso de los fondos públicos por medio de la correcta selección del contratista, ostenta un papel subordinado en comparación a la creación e impulso del mercado interior europeo, sin perjuicio de gozar también de carácter prioritario (11).

En ese sentido, todas las medidas encaminadas a facilitar la participación de las PYME en los procedimientos de contratación, entre las que se encuentra la división por lotes, coadyuvan en primer lugar a la realización de los fines fundamentales de las Directivas. Después de todo, las PYME componen el 99,88% del tejido empresarial español (12), cifra muy próxima a la media de la UE (13), por lo que abrir el mercado a la competencia es sinónimo de dar entrada a las PYME en él. Si la regulación y la praxis del sector de la contratación pública derivan en dinámicas poco amigables para las PYME, de facto se está impidiendo, o como mínimo dificultando, el acceso de la práctica totalidad de las empresas, exceptuando ese exiguo 0,12%, al 15-20% del PIB nacional y europeo.

Por otro lado, la ausencia de presión concurrencial se estima que puede originar al alza desviaciones medias del 25% del presupuesto de la contratación (14). Trasladado al caso español, a nivel agregado, ello supondría una pérdida de hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros al año, a causa de una deficiente concurrencia competitiva.

(10) C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 34-36); S. DIEZ SASTRE (2012: 34-37); J.M. GIMENO FELLÚ (2006: 23-29); y E. MAÑEZ MARTÍNEZ (2015: 391-407).

(11) De interés, la resolución 121/2012, de 23 de mayo de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que literalmente dice «como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del Derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia».

(12) Información extraída de los *Retratos de las PYMES* del año 2015 y 2016, elaborados por la Subdirección General de Apoyo a la PYME, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

(13) La principal diferencia entre las estadísticas españolas y de la UE no se halla en la cifra global de las PYMES, prácticamente coincidentes. Las divergencias entre unas y otras radican en el mayor peso de las microempresas dentro del tejido empresarial español en contraposición al que detentan en el resto de la Unión.

(14) Así lo refleja el informe *PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015*.

En consecuencia, al menos sobre el papel, el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, responde satisfactoriamente al espíritu de las Directivas de contratación y, de forma particular, a la filosofía subyacente bajo la cuarta generación de estas. La división en lotes facilita una mejor adecuación de la contratación a las dimensiones de las PYME y al grado de especialización que realmente poseen, reduciendo de ese modo parte de los obstáculos que usualmente se interponen frente a ellas en el iter contractual. Por consiguiente, si las empresas hallan más asequibles las prestaciones a desempeñar con relación a su escala, parece más probable que, gracias a ello, aumente el número de las que se planteen concurrir a las licitaciones del sector público. Corolario de esa mayor presión competitiva, en teoría, debería lograrse un abaratamiento de las ofertas o la mejora de su calidad, redundando en beneficio del correcto empleo de los fondos públicos.

De igual modo, la división por lotes permite articular objetivos sociales y medioambientales. Si más empresas acuden a los procedimientos de contratación, también son más empresas las que quedan dentro del área de influencia de las políticas de refuerzo y orientación a las que hacíamos alusión anteriormente. El 66% de los trabajadores aportados por las empresas provienen en concreto de las PYME (15), lo cual las convierte en un pilar imprescindible para el desarrollo de cualquier política de empleo. Durante esta crisis económica, son varias las voces (16) que han constatado la capacidad de la contratación pública unida a las PYMES para hacer frente al problema del desempleo.

A modo de epítome de todo lo dicho, ayudar a las PYMES en su acceso al mercado de los contratos públicos, retirando los obstáculos que medien en su camino, implica, simultáneamente, apoyar los fines que inspiran el marco normativo vigente desde una perspectiva estratégica y no burocrática de la contratación. Por ese motivo, las novedades introducidas en el área de las PYMES, tanto en la cuarta generación de Directivas como en el proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), son mucho más que un simple cambio sectorial [algo que, por ejemplo, sí cabría predicar, con bastantes matices, de las reglas sobre compra pública innovadora, introducidas al calor de este periodo de reformas legislativas (17)]. En especial, el establecimiento

(15) Información extraída de los *Retratos de las PYMES* del año 2015 y 2016, elaborados por la Subdirección General de Apoyo a la PYME, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

(16) M. A. BERNAL BLAY (2013: 183-183); G. BARRIO GARCÍA (2013: 133 y ss.); y J. M. GIMENO FELIÚ (2012: 59-84).

(17) La *Guía 2.0 para la compra pública innovadora*, elaborada por encargo de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad, ilustra las incorporaciones al régimen de la compra pública innovadora o de innovación.

de una suerte de presunción *iuris tantum* en favor de la divisibilidad en lotes de los contratos, debiendo justificar las decisiones en sentido contrario, repercute sobre las raíces de la lógica imperante hasta ahora en las licitaciones, que habrá de modificarse en un auténtico giro copernicano.

Aunque suponga anticipar las conclusiones de razonamientos ulteriores, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE ya resultan aplicables a efectos del Derecho español; ergo, la no división en lotes de los contratos sin la pertinente y expresa justificación de tal decisión, comporta la contravención de las reglas en vigor. Alterar inercias instaladas durante décadas no es tarea sencilla.

En vista de lo expuesto, queda sobradamente acreditado el interés del presente tema. Nos hallamos, quizás, ante de una de las cuestiones más relevantes derivada de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, destinada a tener un gran impacto sobre el *modus vivendi* de los órganos de contratación. Desde sus modestas pretensiones, este artículo aspira a clarificar el nuevo escenario inaugurado tras del 18 de abril de 2016, fecha límite en la que deberían haber estado transpuestas las referidas directivas. En aras de alcanzar esta meta se hará un repaso de la realidad jurídica española anterior; un examen de las causas que explicaban el contexto previo; un resumen de las novedades atinentes a las división por lotes en la Directiva 2014/24/UE y en el proyecto de la LCSP; se determinaran aquellos aspectos que ya estén vigentes del nuevo régimen; y, finalmente, se realizaran algunas valoraciones sobre como aplicar las nuevas normas desde una perspectiva más práctica.

II. LA SITUACIÓN DE LA DIVISIÓN EN LOTES ANTES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

1. Fraude de ley, elementos del contrato y justificación en el expediente

Dice el Libro de Eclesiastés, en el Antiguo Testamento, que «Lo que fue, eso será, y lo que se hizo, eso se hará; no hay nada nuevo bajo el sol. ¿Hay algo de que se pueda decir: Mira, esto es nuevo? Ya existía en los siglos que nos precedieron». Aunque, personalmente, soy más partidario de la línea de pensamiento planteada por el filósofo Heráclito, resulta indudable que ciertas realidades poseen una dimensión atemporal. Entre ellas figura la picaresca, casi tan antigua como el ser humano.

Por eso mismo, el todavía vigente artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) no supuso especial novedad en la historia legislativa española, que ya había contemplado en el pasado ciertas argucias relacionadas con la división de los contratos. No hablamos simplemente de que ya se regulara el fraccionamiento en términos semejantes a

los actuales en la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 74); en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública (artículo 68); o en la Ley de Contratos de la Administración Pública (artículo 69). Su presencia en el Derecho español cuenta con precedentes bastante más remotos (18).

Así, el último párrafo del artículo 2 del Real Decreto de 26 de abril de 1900 declaraba que «por ningún concepto las Corporaciones podrán dividir la materia en parte o grupos, con el fin de que la cuantía no llegue a la precisa para la celebración de una subasta o concurso, cuando se trate de una misma clase y de obras para un mismo servicio». Curiosamente, no dista tanto del enunciado actual del artículo 86.2 cuando prohíbe fraccionar un contrato «con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». También el Real Decreto de 2 de Julio de 1924, por el que se aprobó el Reglamento para la contratación de obras y servicios a cargo de las entidades municipales, en su artículo 3 reprodujo la regla previamente establecida en el artículo 2 del Real Decreto de 26 de abril de 1900. Ciertamente, la cita bíblica queda confirmada en este caso, pues ya existía en el siglo precedente, *mutatis mutandi*, una cláusula de cautela con un estilo similar a la establecida en el artículo 86.2 del TRLCSP.

Empero, no todos los «trucos» del repertorio del artículo 86 del TRLCSP son viejos conocidos. Su apartado 3 incorporó una medida nueva, prevista igualmente en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE, consistente en el cálculo de los umbrales que determinan la aplicación de las normas procedimentales y de publicidad para la adjudicación en función del valor acumulado del conjunto total de lotes, a salvo de las excepciones dispuestas en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP (19). Esta nueva norma debería haber espoleado la utilización de los lotes al neutralizar los riesgos que comportaba el fraccionamiento de cara al eventual fraude de ley. Sin embargo, la cultura contractual española no varió sensiblemente y en esencia continuamos actuando conforme a las mismas antiguas querencias ya instaladas.

Tal y como explica el informe 69/08, de 31 de marzo, de la JCCA del Estado (20), el objetivo de la regulación sobre el fraccionamiento (21) no es

(18) Véase, J.M. CARBONERO GALLARDO (2010: 99 y ss.).

(19) Los artículos 136 y 204 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública ya disponían de una medida de este tipo, pero su alcance se restringía a la publicidad dentro de la Comunidad Europea y ni siquiera afectaban a las normas sobre procedimiento.

(20) Esta argumentación fue secundada por informes posteriores tales como el 1/09, de 25 de septiembre de 2009, 57/09, de 1 de febrero de 2010, y 31/12, de 7 de mayo de 2012.

(21) Un antiguo informe de la JCCA del Estado, 40/00, de 30 de diciembre, ya declaraba que «la regulación de la división por lotes, tanto en las Directivas comunitarias de

«agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley» y es que «no debe interpretarse este precepto —pese a hablar del artículo 74 de la LCSP los razonamientos expuestos en el informe pueden trasladarse íntegramente al vigente artículo 68— como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entres ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación independiente» (22).

Como puede comprobarse, la perspectiva desde la que se ha abordado tradicionalmente el fraccionamiento de los contratos públicos, en la que se incluye la división en lotes, gravita en torno a la idea del fraude de ley y la elusión, por medio de él, de las exigencias sobre procedimiento y publicidad (23). Sin embargo, éste no representa el único límite que proscribe la partición del contrato. Antes siquiera de evaluar un hipotético fraude de ley, hay que verificar si los contratos surgidos tras la segmentación del objeto reúnen todos los atributos de los que depende su propia existencia en el plano del Derecho.

Los contratos públicos comparten con los de la especie civil, a salvo de sus especialidades y particularidades, los mismos presupuestos de existencia contenidos en el artículo 1.261 del Código Civil (Cc): el consentimiento válidamente expresado por los sujetos contratantes, objeto y causa (24). Estos elementos experimentan notables modulaciones trasladados al campo de la regulación administrativa, fruto del inmanente interés público del que participan en su actuación los entes, organismos y entidades comprendidos dentro del concepto del sector público enunciado por el artículo 3.1 del TRLCSP. Empero, el tronco de la estructura en la que se apoya la validez del negocio jurídico es esencialmente idéntica. Una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (25) ha venido declarando que «el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, pues responde claramente a un esquema

donde proceden los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como en esta última, persigue un objetivo fundamental reflejado en el apartado 2 del artículo 68 en el sentido de que no puede fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda».

(22) J. VÁZQUEZ MATILLA (2014: 186-187); J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 133); J.A. MORENO MOLINA y PLEITE F. GUADAMILLAS (2008: 364-366).

(23) Resulta de interés, al margen del Derecho positivo, el informe de la JCCA del Estado 5/1963, el cual ya hacía alusión a esta problemática: «este es el peligro más importante: al fraccionarse la cuantía total de la obra en diversos contratos parciales, permite contratar directamente la ejecución de aquélla y la libre elección del adjudicatario».

(24) P. CONTRERAS (2011: 351) y ss.; J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 112 y ss.).

(25) Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1988, de 16 de mayo de 1990 y 30 de septiembre de 1998.

contractual común elaborado por el Derecho civil y ello justamente permite invocar con carácter supletorio la doctrina establecida en el Código Civil». Partiendo de este razonamiento, el Tribunal Supremo (26) concluye que en la contratación «han de ser cumplidos los requisitos esenciales de dicha relación jurídica en la que necesariamente han de concurrir los de «consentimiento de los contratantes», «objeto cierto que sea materia del contrato» y «causa de la obligación que se establezca», conforme expresa el artículo 1261 Cc».

Si bien el TRLCSP carece de un precepto específico que replique el 1.261 del Cc, con carácter disperso varios artículos situados a lo largo del Texto Refundido contienen referencias, implícitas o explícitas, a estas tres condiciones. De este modo, el artículo 22.1 alude a la causa; el 109.2 a la necesidad de contar con un objeto completo; y el Título II en general disciplina la aptitud que han de reunir los sujetos que pretendan contratar con el sector público, así como la capacidad de los órganos de contratación para vincular al ente adjudicador en el que están integrados. En ausencia de cualquiera de estos tres elementos, el contrato sencillamente deviene inexistente (27). De ahí que el primer muro de contención frente al fraccionamiento irregular sea la propia sustantividad del contrato. Solo una vez superada esta barrera, podrá pasar a examinarse si ha transgredido las formalidades imperativas con el propósito de rebajar las garantías del procedimiento de adjudicación o la publicidad de la licitación. De hecho, incluso si el fraccionamiento no tuviera ninguna repercusión sobre las normas relativas al procedimiento de adjudicación y las reglas de publicidad, tampoco en ese caso sería posible soslayar la necesidad de que concurrieran consentimiento, objeto y causa en cada uno de los contratos resultantes (28).

Focalizando la atención en el requisito del objeto, la regulación administrativa toma distancia respecto a la civil al establecer el principio de objeto completo, ausente en la segunda. Si en el Derecho civil los motivos que impelen a celebrar el contrato son irrelevantes (29), a excepción de la causa ilícita regulada en el artículo 1275 del Cc, no es posible aseverar lo mismo cuando hablamos de los contratos públicos. Hay que tener en cuenta que en la actua-

(26) Véase, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1998. En ese mismo sentido, también, la sentencia anterior de 30 de abril de 1979 que declaró la inexistencia de un contrato por no disponer de un objeto y causa apropiados.

(27) J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 114).

(28) En apoyo de este planteamiento, la resolución 349/2015, de 24 de abril de 2015, del TACRC: «sin embargo, el modo escogido a la hora de fraccionar el objeto contractual no se corresponde con las exigencias legales. Es cierto que desde el punto de vista cuantitativo no existe obstáculo para admitirlo en la forma que se pretende hacer pues no afecta ni a la publicidad del contrato ni al procedimiento aplicable, sin embargo es claro que no concurre el cumplimiento de ninguno de los restantes requisitos antes enunciados».

(29) P. CONTRERAS (2011: 377-379).

ción contractual del sector público, así lo expresó el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 1981, el fin público en la causa del contrato es el elemento esencial del mismo (30), y ello incide de forma decisiva en la configuración de las prestaciones que componen el objeto contractual.

Como denota el artículo 22.1 del TRLCSP la orientación finalista de la contratación pública tiene trasunto en la regulación positiva. Conforme a lo dispuesto en este precepto, los entes, organismos y entidades del sector público no pueden celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

A diferencia del Derecho civil, presidido por la idea de la autonomía de la voluntad de las partes (31), la vinculación obligatoria de los contratos del sector público a la satisfacción del interés general constriñe severamente su margen de disposición en todas las fases de la contratación, incluyendo la propia voluntad de acudir a ella. Un particular puede actuar movido por impulsos erráticos o caprichosos y nada de ello afectaría a la validez del contrato. Si una persona desea utilizar una bicicleta como macetero, por extravagante que resulte semejante empresa, la respuesta del Derecho es clara: *laissez faire, laissez passer*. No es esta la situación del sector público y en especial de la Administración Pública. La causa del contrato surge de la simbiosis entre el elemento objetivo y la realización de los intereses y las necesidades públicas. Es en ese punto, el elemento causal, donde confluyen las prestaciones a ejecutar, las necesidades a cubrir y los fines a satisfacer (32).

Por esa razón el TRLCSP demanda que el objeto del contrato sea completo (33). La completud implica la idoneidad, aptitud y capacidad plena de las prestaciones para responder a las circunstancias que han dado lugar a la celebración del contrato y los objetivos perseguidos desde él. Mientras una persona corriente puede escoger libremente adquirir un bien por fascículos si así lo estima oportuno, difiriendo en consecuencia la utilidad efectiva al momento en el que termine la colección, el sector público precisa *ab initio* de

(30) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a: 504). A diferencia de los sujetos privados, los poderes públicos siempre han de respaldar su actuación con razones objetivas que la justifiquen con respeto al principio de legalidad.

(31) C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS (2011: 417-420).

(32) I. GALLEGO CÓRCOLES (2008: 62).

(33) J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 113 y ss.).

objetos contractuales plenamente operativos en aras de cumplir los intereses que tienen encomendados.

A pesar de no consagrarse expresamente, el principio de completud o completitud puede deducirse del juego cruzado de los artículos 22.1, 86.3 y 109.2 del TRLCSP u otras referencias, como el artículo 125 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP) (34). A su vez, este principio de completitud enlaza con la noción de la unidad funcional, decisiva para la admisión de la división en lotes de los contratos. La unidad funcional ha de entenderse como la capacidad autónoma de una serie de actividades para cumplir por sí mismas una función económica o técnica. Existirá unidad si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato (35).

Citando al informe de la JCCA del Estado 69/08, de 31 de marzo, secundado por los subsiguientes informes 1/09, 57/09 y 31/12, «el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones». De acuerdo a la interpretación que realiza la Junta del artículo 86.3, resulta admisible desgranar el objeto del contrato en varios lotes siempre y cuando las prestaciones producto del fraccionamiento sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional (36). En definitiva, sólo si es posible identificar más de una unidad funcional en el marco del objeto contractual será factible acometer la división en lotes, puesto que cada uno de esos lotes ha de ser por sí mismo una unidad funcional que al mismo tiempo permita la utilización o aprovechamiento individual.

Naturalmente, si ya de por sí las prestaciones carecen de un vínculo funcional u operativo, de tal manera que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para el ejecución y explotación de cualquiera

(34) La Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la JCCA de Aragón aclara que «la jurisprudencia —por todas, STS 15 de febrero de 1984— acogió dicho criterio al entender consagrado «el principio de unidad de obra para evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo, y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que correspondía» lo que implicaba, según la sentencia mencionada, que por obra completa ha de entenderse las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto».

(35) J. VÁZQUEZ MATILLA (2014: 185-188); y J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 120-125).

(36) A mayor abundamiento, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de 247/2012, 918/2014 y 927/2014.

de las demás, con más razón en esos casos podrá escindirse el objeto en varios lotes o contratos. Sucede igual cuando los objetos son semejantes pero independientes entre sí.

No obstante, el TRLCSP prevé varias excepciones al principio de unidad funcional (37). En primer lugar, el artículo 86.3 contiene el siguiente inciso «podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, (...), o así lo exija la naturaleza del objeto (38)». Se trata de una exclusión de la unidad funcional muy casuística. La interpretación mayoritaria en torno a esta exención considera que el fin de la misma es habilitar el fraccionamiento en lotes cuando no todos ellos reúnan la condición de unidad funcional, en virtud de la singular naturaleza de las prestaciones a desempeñar bajo el contrato. Si tan sólo se limitara a reconocer la existencia de supuestos cuya particular idiosincrasia impone la licitación en lotes, incurriría en una redundancia en relación con el resto del apartado, sin proporcionar una posibilidad adicional a lo ya contemplado por éste.

Las otras dos excepciones se refieren exclusivamente al contrato de obras. La primera de ellas también está situada en el artículo 86.3 y consiste en la posibilidad de contratar separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación. Por último, el apartado 11 de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP permite en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, en los contratos de obras cuyo período de ejecución exceda al de un presupuesto anual, la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que éstas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio; o puedan ser sustancialmente definidas, y preceda autorización concedida por el Pleno de la Corporación, adoptada con el voto favorable de la mayoría absoluta legal de sus miembros, autorización que no podrá ser objeto de delegación. Esta especialidad obedece principalmente a razones de tipo presupuestario y financiero en atención a las características de estos pequeños municipios.

Finalmente, además del respeto a las normas sobre procedimiento y publicidad y de los presupuestos esenciales del contrato, el artículo 86.3 establece

(37) J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 122-124).

(38) Críticamente, J.E. CANDELA TALAVERO (2011: 92). Candela Talavero reprueba la redacción otorgada por el legislador al artículo 86.3 del TRLCSP por apreciar, a su juicio, una insuficiente concreción de los supuestos donde se admite el fraccionamiento. Además, desde su punto de vista, la excepción de la naturaleza del objeto permitiría acudir al fraccionamiento siempre que un informe técnico afirmara la concurrencia de esa especial naturaleza. En sentido contrario a esta conclusión, J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 122).

un último requerimiento para aceptar la descomposición del contrato en lotes: justificarlo debidamente en el expediente de contratación. Dicha exigencia proviene de una visión integral del sistema contractual, basada en la integración de todas las prestaciones necesarias en un único contrato (39). Corolario de ello, la regla general por la que apostaba nuestro Derecho (40), actualmente desplazada por el criterio fijado en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, fue la no división del objeto del contrato; *a sensu contrario*, lo singular era la división en lotes. Como toda excepción que se aparta de la pauta común, es necesario acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que aconsejen el abandono en el caso concreto de la regla general. Sobre la virtualidad de esta condición ahondaremos con mayor profundidad al hilo del siguiente apartado.

2. La división en lotes como potestad administrativa discrecional

El artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE marca un verdadero giro de 180 grados en la contratación pública europea, al presumir por defecto la descomposición en lotes como una opción factible y aconsejable. Por consiguiente, los poderes adjudicadores a partir de ahora están obligados a explicar caso por caso las razones que les lleven a rechazar la conveniencia de encauzar una licitación a través del formato de lotes.

A mayor abundamiento, la combinación entre los apartados 1 y 4 del mismo artículo faculta a los Estados miembros para imponer de manera obligatoria la adjudicación en lotes separados, cuando se cumplan una serie de condiciones que habrán de precisar las respectivas legislaciones nacionales, de acuerdo a las normas derivadas de su propio Derecho y del de la Unión Europea. Dentro de la fuerte apuesta por lotes que rodea a la Directiva en su conjunto, el apartado 4 da un paso más allá al autorizar la creación de auténticas presunciones o imposiciones *iure et iure* en favor de la división del contrato. Naturalmente, la trascendencia de esta última previsión variará de forma notable dependiendo del país que se trate y como decida desarrollarlo, a diferencia del apartado 1 que rige por igual en todos los Estados miembros de la UE.

Volveremos más adelante a posar nuestra mirada en aquellos aspectos innovadores que ha traído bajo el brazo la cuarta generación de Directivas

(39) Entre otras muchas, las resoluciones del TACRC 247/2012, de 7 de noviembre de 2012, 652/2014, de 12 de septiembre de 2014, 756/2014, de 15 de octubre, y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, abogan por esta interpretación del artículo 86.3 del TRLCSP.

(40) El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón remarcaba cómo no se sentía este carácter excepcional preconizado desde el TRLCSP en la Directiva 2004/18/CE y aún menos en la Directiva 2014/24/UE.

sobre contratación pública, pero por el momento basta este pequeño bosquejo para ilustrar el gran contraste que media entre la nueva realidad jurídica y el escenario precedente, acerca del cual sí profundizaré a continuación.

Retomando las consideraciones del epígrafe anterior, la conjugación del verbo «poder» dentro del enunciado del artículo 86.3 del TRLCSP resulta sumamente reveladora. Si bien esta voz gramatical no siempre implica la configuración de una potestad en un sentido discrecional (41), aquí las apariencias no engañan. De manera reiterada las juntas consultivas y los tribunales administrativos han interpretado la división en lotes como una facultad potestativa que asiste al órgano de contratación, gozando en su ejercicio de una considerable discrecionalidad técnica (42).

A priori, bajo el marco normativo previo, el hecho de que un contrato fuera susceptible de fragmentarse en varios lotes dotados individualmente de unidad funcional propia, sin incurrir en fraude de ley, y satisfaciendo el resto de presupuestos elementales de los contratos, no obligaba al órgano de contratación a transformar esa potencia en acto. Ni siquiera existiendo una justificación viable, capaz de colmar las exigencias de motivación del artículo 86.3 del TRLCSP, el órgano de contratación estaba impelido a acudir forzosamente a la fórmula de la división de lotes.

Desde un plano abstracto, ante la dicotomía entre unidad o fraccionamiento suscitada por los contratos potencialmente divisibles, los informes de las juntas consultivas y las resoluciones de los tribunales administrativos preconizaron la necesidad de acometer un juicio comparativo entre los diferentes principios de contratación recogidos en el artículo 1 del TRLCSP. Así la decisión del órgano de contratación debía ser el resultado en el caso concreto de la ponderación conjunta de los principios de eficacia y eficiencia en la utilización de los fondos públicos, de una parte, y, por otra, de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia (43). En la práctica, la carga del análisis comparativo se vio fuertemente atenuada debido al influjo de varios factores.

(41) J. BARCELONA LLOP (2002: 772).

(42) Véanse, las resoluciones 138/2012, de 20 de junio de 2012, 143/2012, de 4 de julio de 2012, 187/2012, de 6 de septiembre de 2012, 210/2012, de 25 de septiembre de 2012, 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 156/2013, de 18 de abril, 194/2013, de 23 de mayo, 756/2014, de 15 de octubre, y 803/2014, de 31 de octubre de 2014, del TACRC. En especial, la mayoría de estas resoluciones han subrayado que las pretensiones de los recurrentes no pueden sustituir la voluntad de la Administración para determinar el objeto del contrato. Los órganos de contratación poseen un elevado grado de discrecionalidad para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, o para no fraccionar el contrato y licitarlo de manera unitaria.

(43) En ese sentido, las resoluciones 247/2012, de 7 noviembre de 2012, o la 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, ambas del TACRC

A la hora de confrontar pros y contras, el TACRC sintetizó cuatro grandes argumentos favorables al mantenimiento de la unidad de los contratos (44): el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; el aprovechamiento de la economía de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias, como podría ocurrir si se estableciesen lotes (45). Dada su amplitud y generalidad, si el órgano de contratación no deseaba enfocar la licitación a través de lotes, tan sólo tenía que apelar a valores como la eficacia, la eficiencia o la coordinación en la ejecución para evitarlo, sin perjuicio de que luego debiera vincularlos, al menos mínimamente, con el supuesto específico.

A esta generosa visión acerca de las razones favorables que justifican el empleo del llamado sistema integral de la contratación, hay que sumar las reticencias de los tribunales administrativos de recursos contractuales a desautorizar el criterio escogido por el órgano de contratación. Por ejemplo, en la resolución 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC, a pesar de concluir el Tribunal que la motivación dada por el órgano de contratación era genérica y no justificaba de forma real y concreta la solución adoptada, no impuso la distribución en lotes del contrato. Únicamente, anuló el procedimiento y ordenó retrotraer el expediente para que esta vez lo justificara correctamente. A la vista que la motivación era meramente nominal, lo aconsejable hubiera sido instalarlo a reexaminar por completo las ventajas y los inconvenientes de cada una de las posibilidades, no tratarlo como un mero defecto de forma, cuando la ausencia de motivación suficiente es más que eso.

Asimismo, las objeciones basadas en una eventual restricción de la competencia, fruto de la no división del contrato, han venido siendo rechazadas con excesiva ligereza, invocando la posibilidad de que las PYMES se agruparan en UTEs (46). Las resoluciones 247/2012, de 17 de octubre de 2012,

(44) Véanse, las resoluciones 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014.

(45) El texto del Proyecto de la LCSP incluye en su artículo 99.3, como motivos predeterminados para justificar la no división del contrato, cuestiones de tipo técnico u organizativo inspiradas en el segundo y en cuarto argumento.

(46) Citando textualmente la resolución del TACRC 227/2012, de 17 de octubre de 2012, «a estos efectos interesa reseñar que la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma un restricción a la competencia, en cuanto que las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas dada su actividad para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas,

y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, del TACRC declararon que «el fraccionamiento en lotes sólo deberá efectuarse, aun a costa de sacrificar los principios de eficacia y eficiencia, cuando de seguirse el sistema integral se produzca realmente una situación de restricción de la competencia. Esta situación de restricción de la competencia tendrá lugar cuando tal restricción afecta a un número razonable de empresas que operen en el sector que se considere y que represente un porcentaje considerable de éste, de manera que les impida o, al menos, les dificulte para acceder a la licitación». Empero, esta reflexión deviene en estéril desde el momento en el que no se considera una dificultad de acceso la necesidad de constituir uniones temporales para poder concurrir a la licitación (47). No hablamos ni siquiera de ganarla.

De acuerdo con estas consideraciones, parece más acertada la pauta sugerida en la resolución 52/2013, de 30 de enero de 2013, del TACRC y tomar como parámetro la propia realidad del mercado. Si el mercado no refleja de forma ordinaria la unificación de prestaciones recogida en el objeto del contrato, por mucho que quepa la colaboración de varias empresas especializadas a través de la creación de una UTE, habrá una restricción de la competencia que difícilmente puede redundar en beneficio de ninguno de los objetivos de los entes del sector público, incluido el adecuado empleo de los fondos públicos. Además, el propio TRLCSP ya exige a los órganos de contratación que otean en el mercado para determinar ciertos aspectos. Por ejemplo, el artículo 87.1 utiliza la noción del precio general del mercado (48). Pese a

sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas y que deberán tenerse en cuenta a los efectos del fraccionamiento en lotes de un contrato». Esta idea también es recogida en las resoluciones del TACRC 657/2014, de 12 de septiembre de 2014, o en la 918/2014, de 12 de diciembre de 2014. Igualmente, la resolución 92/2012, de 12 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM) defendió el mismo razonamiento.

(47) E. PÉREZ PAREDES (2013: 371-373). Todo el artículo en general ilustra las complicaciones que rodean a las UTE, suficientes para considerar que la necesidad de acudir a ellas constituye por lo menos una dificultad en la licitación; sin embargo, al margen de las complejidades intrínsecas al mecanismo organizativo, hay otro dato que se cohonesto mal con el razonamiento del TACRC. Constituir una UTE es un derecho, no una obligación. De facto, asumir como remedio a la restricción el recurso a las UTE, implica conculcar el carácter de derecho de las mismas para convertirlas en una genuina obligación de cara a las PYME. En refuerzo de esta tesis, E. MOREU CARBONELL (2009: 695-696). Cito textualmente «la constitución de UTE es voluntaria y la legislación contractual no limite su participación en los procesos selectivos. Por tanto, ni puede imponerse ni puede excluirse su participación. La posibilidad de adoptar la forma de unión temporal como modalidad de colaboración entre empresas para contratar con la Administración no constituye una facultad o prerrogativa de la Administración contratante, sino un derecho reconocido a las empresas que aspiran a ser contratistas». Evidentemente, habrá ocasiones donde las PYME deberán agruparse y colaborar en una UTE, pero no puede presuponerse por sistema, so riesgo de convertir su constitución en una verdadera obligación.

(48) Con mayor profundidad, J. AGUDO GONZÁLEZ (2015: 75-78).

que la contratación pública responde a sus fines propios, puesto que se provee de bienes y servicios esencialmente del mercado, exceptuando la contratación *in house providing*, que no desconozca la estructura de éste de cara a diseñar el procedimiento de contratación resulta lo más lógico. Igualmente, parece consecuente con la propia naturaleza de la contratación pública como punto de encuentro entre el sector público y el sector privado.

Por desgracia, no ha sido esta la línea predominante en el TACRC. De haber versado el recurso acerca de un sector diferente al de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), campo donde la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se había pronunciado en varias resoluciones a favor de la división en lotes (49), es muy probable que el TACRC se hubiera limitado a suscribir una vez más la idea de que en principio no hay restricción de la competencia mientras los potenciales licitadores puedan formar una UTE. De ahí el carácter aislado de esta resolución, que palidece en comparación a la plétora de aquellas que no entran a valorar la realidad del mercado.

Muy crítica con esta doctrina mayoritaria, la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM). Toda una *rara avis* dentro del contexto al que pertenece. En contraposición a la generalidad de las resoluciones comentadas, en esta sentencia el TSJM sí se adentra en el fondo y evalúa la ponderación efectuada por el Ayuntamiento de Parla, tomando en consideración la composición del objeto y las actividades que lo integran. Gracias a ese examen sustantivo de la propuesta del Ayuntamiento, logra advertir la enorme disparidad que rodea a los tres servicios a prestar. Las diferencias son tales que afectan a los requisitos técnicos, los ámbitos de actuación, el contenido y el alcance del servicio, el plan integral de actuación, los criterios de valoración, la documentación a aportar, la puntuación y los precios.

Desde esa perspectiva de lo concreto, el TSJM enjuicia de manera apurada a la realidad una serie de asertos esgrimidos por el Ayuntamiento y el TACPM, como el incremento de la eficacia, la eficiencia y el aprovechamiento de las economías de escalas, basadas desde el punto de vista del Tribunal únicamente en prejuicios positivos. De forma contundente, llega a afirmar que el planteamiento sostenido por el Ayuntamiento en lugar de promover la con-

(49) La resolución de 29 de abril de 2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recalcó «la importancia de asegurar que, en la medida de lo posible, las Administraciones públicas procedan a la separación por lotes de los servicios de comunicaciones electrónicas que desean contratar». Sin este argumento de autoridad, el sentido de la resolución del TACRC quizás hubiera variado. A mayor abundamiento, el informe INF/DP/007/14, de 13 de junio de 2014, sobre los Pliegos del procedimiento abierto de contratación de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado, de la CNMC es una muestra bastante representativa de las especialidades del sector de las TIC.

currencia, restringe ésta sin ninguna justificación real basada en magnitudes medibles o cuantificables y en criterios ciertos sobre el beneficio o ventaja que tal forma de proceder puede aportar para la Corporación Municipal o para el interés general que representa. El TSJM también entró a refutar en su sentencia el celeberrimo argumento de las UTE como forma de superar los obstáculos de acceso. Por esa razón, el fallo anuló la resolución 92/2012, de 12 septiembre de 2012, del TACPM, confirmatoria del enfoque del Ayuntamiento, y la parte afectada de los Pliegos del contrato. Aquí puede comprobarse el choque con la resolución 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC, ya que el TSJM sí ordena en este caso la licitación del servicio por lotes independientes, enmendando y supliendo la decisión del propio órgano de contratación.

Al hilo del comentario de esta sentencia son tres las críticas que cabría argüir contra la doctrina dominante en los tribunales en los tribunales administrativos de contratación pública antes del 18 de abril de 2016. La primera de ellas es un problema recurrente cuando se trata de controlar el ejercicio de las potestades discrecionales (50). Persiste cierta renuencia a fiscalizar el ejercicio de las mismas por miedo de interferir y usurpar la voluntad de sus titulares. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico para la potestad; constatar la efectiva concurrencia de la base material sobre la que se apoya la potestad discrecional no invade el margen de apreciación legítimo del que dispone el titular. A fin de cuentas, la posibilidad de control es lo que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad. En el caso de la división en lotes, la ponderación conjunta de los principios en juego es susceptible plenamente de fiscalización, tal y como hizo el TSJM en la sentencia 624/2014, porque el juicio de estos principios se proyecta sobre realidades concretas. Si un órgano quiere aprovechar los beneficios de las economías de escala, nada puede oponerse a esa decisión siempre y cuando existan motivos verdaderos para esperar el hipotético aprovechamiento de esos efectos. El exceso de celo a la hora de respetar las decisiones de los órganos de contratación, salvo casos extremos, ha conducido a una aquiescencia no demasiado meditada, teñida de automatismo.

La segunda crítica esta conectada con la primera premisa y radica en la sobrecualificación de los principios de eficacia o eficiencia en parangón al valor de la concurrencia competitiva (51). No podemos olvidar que la correcta utilización de los fondos públicos constituye un objetivo secundario para las Directivas respecto a los principios que garantizan la apertura de una sana competencia y el desarrollo del mercado. En la medida de lo posible debe

(50) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a: 488 y ss.).

(51) C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 34-36); S. DíEZ SASTRE (2012: 34-37); J. M. GIMENO FELIÚ (2006: 23-29); E. MAÑEZ MARTÍNEZ (2015: 391-407).

procurarse satisfacer ambas parejas de principios, pero de primar una de ellas frente a la otra, sería la atinente a la competencia, en consonancia con el espíritu de las Directivas.

Por último, antes que rechazar la licitación en lotes de plano, parece una mejor solución admitir la oferta integradora y comprobar de ese modo cual de las dos fórmulas es superior en el caso específico. Llama la atención las escasas referencias a esta técnica que no presenta contrapartidas si la intención inicial ya era licitar el contrato de forma unitaria. La posibilidad de adjudicar el contrato en bloque continúa estando en la mesa si la oferta global resulta económicamente más ventajosa que la división en lotes; y si no es así, el haber comparado los dos escenarios permite seleccionar la mejor oferta con mayor conocimiento de causa (52).

III. EL PORQUÉ DE LA CONFIGURACIÓN EXCEPCIONAL DE LA DIVISIÓN EN LOTES EN EL TRLCSP

1. Entre el escepticismo, la indiferencia y la fe

Descrito el marco normativo español anterior a la irrupción de la Directiva 2014/24/UE, inevitablemente alterado tras el 18 de abril de 2016, con el consiguiente despliegue del efecto directo de varias de las previsiones contenidas en el artículo 46 de la Directiva, el siguiente interrogante a despejar estriba en el porqué de esta determinada regulación y no de otra alternativa.

En esta cuestión, como ya hemos reseñado, el legislador español imprimió su propia idiosincrasia, desmarcándose respecto a la orientación subyacente en la Directiva 2004/18/CE (53). Pese a sus paralelismos, el artículo 86 del TRLCSP de manera implícita expresa un juicio de valor en relación a la división de lotes, inexistente, por contra, en el artículo 9 de la Directiva. Los dos preceptos, tanto el europeo como el nacional, establecen una serie de cautelas con el objeto de evitar que a través de fraccionamientos artificiosos se puedan sustraer los contratos del régimen procedimental y publicitario que les corresponda por razón de su verdadera cuantía; sin embargo, la norma española no se conformó con estas reglas y añadió una carga adicional: la

(52) El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón realiza un estudio exhaustivo de la oferta integradora.

(53) De esta opinión, el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón: «sin embargo, no se aprecia este carácter excepcional en la regulación de la licitación en lotes de la Directiva 2004/18, que se limita a establecer reglas de cálculo de valor estimado de los contratos públicos en los supuestos de adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, concluyendo que se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes».

necesidad de justificar en el expediente de contratación el fraccionamiento. En definitiva, el artículo 86.3 del TRLCSP en cierto modo presume (54), *iuris tantum*, la imposibilidad o falta de oportunidad de dividir en lotes, debiendo ser el órgano de contratación quien desvirtúe la presunción por medio de la pertinente motivación. La *ratio legis* de tal presunción responde a los vicios que han anidado y anidan, por desgracia, en la praxis contractual del sector público español (55).

En el argot jurídico, al escuchar la palabra «fraccionamiento» tendemos a evocar primordialmente su variedad ilegal. A modo de anécdota, Pleite Guadamillas (56) en una ocasión puntual dio la siguiente definición del fraccionamiento: «la división artificial en varios expedientes de un gasto que constituye una unidad, realizada por el gestor del mismo y que tiene como consecuencia la elusión de la aplicación de una norma que, en caso de no haber realizado el fraccionamiento, le resultaría plenamente aplicable». No habría nada que objetar si al describirlo hubiera incluido a continuación el adjetivo «fraudulento». Por el contexto, se infiere que efectivamente esta hablando de esa modalidad y no del fraccionamiento en general. Por ese motivo, la omisión no tiene mayor trascendencia que la de un pequeño descuido. Con todo, el lapsus sí constituye una muestra bastante representativa de nuestra inclinación, casi automática, a asociar mentalmente fraccionamiento con ilegalidad.

La mala fama que rodea a la ruptura de la unidad del objeto contractual es más que un simple prejuicio irracional, existe una base empírica que lo sustenta y explica. No parece extraño que el uso de esta vía suscite tantos recelos cuando es tan socorrida desde el fraude de ley. La propia normativa europea participa de esta desconfianza al dotarse de mecanismos dirigidos a salvaguardar, frente a eventuales divisiones ilegales, la correcta aplicación de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación y publicidad. No obstante, la posición mantenida por las dos últimas generaciones de directivas ante el fenómeno del fraccionamiento no resulta coincidente con la española. Compartiendo parte de esa misma inquietud, no se ven absorbidas por ella.

(54) Resulta complejo seleccionar el tiempo verbal desde el que referirse al artículo 86 del TRLCSP. Hoy por hoy, su tenor literal permanece impertérrito, ajeno completamente a las transformaciones derivadas del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE. En ese sentido, es derecho vivo que precisaría de una modificación o abrogación formal para acomodarlo a las últimas exigencias europeas en la materia. No obstante, en el plano de la aplicación práctica, el efecto directo vertical desplaza el artículo 86 en varios aspectos. En aquellos puntos donde el artículo 46 prevalece sobre el artículo 86 habría que hablar en pasado, pero no puede desconocerse que por el momento sigue ahí. Ello nos obliga a hacer malabares lingüísticos de cara a trasladar esa doble naturaleza de norma formalmente vigente, pero desplazada en su aplicación en todo aquello que quede comprendido dentro del efecto directo del artículo 46.

(55) MAÑEZ MARTÍNEZ, E. (2015, pp. 396-397).

(56) MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008, p.364).

La Directiva 2004/18/CE a la vez que se preparaba ante las posibles contingencias negativas derivadas de la división de lotes y su impacto en el cálculo del valor estimado (véanse, los apartados 3, 4 y 5 de su artículo 9), también contemplaba varias reglas de índole práctica acerca de los lotes. En concreto, el Anexo VII A dedicó varios apartados a determinar los contenidos que habían de figurar en el anuncio de licitación cuando se procediera al fraccionamiento en lotes. Por ejemplo, una de esas menciones necesarias era la indicación en el anuncio del número máximo de lotes para los que podrían presentar ofertas los operadores económicos. Sin desconocer los riesgos latentes en el fraccionamiento, la Directiva 2004/18/CE asumía el fraccionamiento desde una perspectiva ecléctica. No lo promovía de manera activa, pero tampoco lo repudiaba. De ahí que tomara interés en proporcionar algo más que normas anti-fraude. Aunque el TRLCSP no prohíba el fraccionamiento *per se*, al entrar a regularlo lo hace desde un prisma esencialmente negativo (57). Gracias al artículo 86 del TRLCSP podemos saber en que casos no será susceptible un contrato de descomponerse en varios lotes; en cambio, no hay ninguna alusión directa sobre cómo actuar si finalmente nos acogemos válidamente a esta técnica. Extremos como el número máximo de lotes por los que poder licitar quedan a extramuros de la norma principal, relegadas a los reglamentos de desarrollo (58).

En consonancia con la excepcionalidad de la que imbuye el TRLCSP al fraccionamiento, la prioridad del texto español parece que sea justo su evitación. Y es ahí donde radicaba la gran diferencia entre el Derecho español y el Derecho de la Unión Europea en este campo. Al menos en su dicción literal, la Directiva 2004/18/CE optó por una posición equidistante o neutral ante el fraccionamiento, siempre que se respetaran las pautas del artículo 9. Posteriormente, la aparición de documentos como el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos del año 2008 fueron auspiciando la división como método para garantizar la concurrencia de las PYMES en mejores condiciones. En la actualidad, la Directiva 2014/24/UE ha adoptado un firme rol proactivo en torno a los lotes, confirmando la paulatina trayectoria experimentada desde la indiferencia a la promoción. Un panorama en claro contraste con el enfoque predominantemente restrictivo que dominaba hasta hace muy poco el Derecho nacional.

(57) Citando al TACRC, en su resolución 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, «en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominar sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes».

(58) El Proyecto de la nueva LCSP rompe con esta situación del TRLCSP. Las referencias a los lotes, ahora sí desde un punto de vista también proactivo, se desparraman con profusión a lo largo del articulado.

Naturalmente, las transformaciones a escala europea, como no podía ser de otra forma, han ido repercutiendo sobre la exégesis del Derecho nacional. El informe 31/12, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA del Estado rechazó la posibilidad de adjudicar por separado las obras de reparación de una serie de aceras en el municipio de Badajoz, apreciando que el objetivo de fomentar la participación de las PYMES no constituía razón suficiente para quebrar la unidad funcional del contrato (59). Un informe más reciente de la misma Junta, el 12/15, de 6 de abril de 2016, declaraba, precisamente, la necesidad de revisar el criterio mantenido en el informe 31/12 y anteriores, en aras de una mayor flexibilización del artículo 86.3 del TRLCSP que atienda mejor al nuevo contexto europeo y nacional. A día de hoy, la JCCA del Estado no se hubiera opuesto a la licitación sugerida, basada en la distribución de lotes en función de las calles. Con anterioridad, el informe de la JCCA de Aragón 11/2013, de 22 de mayo de 2013, haciéndose eco de la línea seguida desde la UE, consideraba que la regla general debía ser «la licitación en lotes siempre que ello fuera posible con el fin de favorecer la competencia y la participación de las empresas». También, la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del TSJM asumió en su seno este cambio de visión.

Eso sí, no podemos olvidar que se tratan de cambios muy recientes, por lo que no desvirtúan el sentido de las afirmaciones anteriores. Irónicamente, aunque las leyes hayan dado preferencia a la unidad del contrato en oposición a la segmentación, el funcionamiento ordinario del sector público español en su día a día nunca ha discurrido conforme a esa concepción excepcional del fraccionamiento, más bien justo lo contrario. El fraccionamiento, no tanto la división en lotes, dista mucho de ser una práctica infrecuente. Esta irónica discordancia entre lo preconizado desde el texto legal y la realidad burocrática

(59) Véase, al respecto, la consideración jurídica tercera del informe: «en el caso concreto, el contrato de obras adjudicado presenta una unidad funcional, como es la reparación de las aceras de la ciudad. El hecho de que se divida en lotes obedece a la única finalidad de que se beneficien a las pequeñas empresas de ese municipio. Esta finalidad por sí sola, no justifica que se proceda a dividir el objeto del contrato, rompiendo esa unidad funcional, por lo que deben respetarse las reglas generales de adjudicación de contratos, en cuanto a la publicidad, la concurrencia y el procedimiento a seguir, que serán las correspondientes a la totalidad del objeto del contrato adjudicado, esto es, al conjunto de todas las reparaciones previstas, sin que resulte válido, en opinión de esta Junta Consultiva, que se puedan adjudicar los contratos por separado». Particularmente llamativo, es el informe 57/08 de la misma Junta, de 31 de marzo de 2009, donde de forma lapidaria se descarta la posibilidad de licitar en lotes diferentes estas prestaciones: movimiento de tierras y estructura; peletería y saneamiento; cierres y carpintería exterior; pintura; puertas prefabricadas; redes de agua, gas y electricidad; climatización; y ascensores. Sin aportar razón alguna, negaba de plano la posibilidad de insertar estas diferentes actividades en las habilitaciones del entonces vigente artículo 74.3 de la LCSP. Una muestra clara de la predisposición negativa a la división de lotes que anidaba en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales y juntas consultivas de contratación administrativa.

constituye una de las razones, si no la principal, que explica el porqué al que antes aludíamos y sobre el que seguiremos ahondando en seguida.

2. El miedo al procedimiento negociado y al contrato menor

A) Las fisuras del procedimiento de contratación en relación al objeto del contrato

Con independencia del volumen real de la corrupción, magnitud de muy complicada medición, la percepción de la misma en España es mucho más elevada en comparación a la de otros países del ámbito de la UE, como revelan los informes publicados por Transparencia Internacional (60). El Eurobarómetro del año 2015 sobre empresas y corrupción expone también la mayor preocupación de los empresarios españoles ante la corrupción. Un 56% de los encuestados consideran que en los últimos tres años la corrupción ha impedido que pudieran ganar algún procedimiento de adjudicación frente al 34% de la media europea. Asimismo, un 93% cree que la corrupción es un problema totalmente extendido por el país, lo cual supone un 22% adicional en relación al computo global de los 28 estados de la UE.

No sorprende que la contratación pública constituya una de las áreas donde se proyecta más intensamente la corrupción dado el gran volumen de recursos económicos desplegados (61). Después de todo, entre el 13 y el 20% del PIB esta en juego en la contratación pública. Como expuso el Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, «el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea».

Lógicamente, la corrupción repercute en todo el *iter* contractual, desde la preparación hasta la fase de ejecución (62), por lo que, consecuentemente, también las medidas destinadas a combatirla han de distribuirse a lo largo del proceso en su conjunto. Centrando la atención en aquellas áreas relacionadas con la división de lotes, el Informe Anticorrupción de la Unión Europea, del año 2014, el primero en toda su historia, entre las anomalías detectadas, identificó el uso indebido del procedimiento negociado sin publicidad y el

(60) Véase, al respecto, la progresión apuntada en los Índices de la Percepción de la Corrupción elaborados por Transparencia Internacional desde el año 2002.

(61) T. MEDINA ARNÁIZ (2013: 5-6).

(62) J.M. GIMENO FELLÚ (2016: 273-280).

fraccionamiento del contrato para eludir las normas sobre publicidad, ambas cuestiones íntimamente ligadas en el escenario español, como dos de las infracciones más frecuentes.

Esta impresión se ve reforzada si tenemos en cuenta el hecho de que las empresas españolas declararan al ser consultadas en el Eurobarómetro 2013 (fue éste el empleado para confeccionar el Informe Anticorrupción de la Unión Europea) que la principal infracción cometida en la fase de licitación era el abuso de los procedimientos negociados. A mayor abundamiento, el informe del Tribunal de Cuentas número 935 constató como una de las irregularidades más recurrentes en la contratación pública el fraccionamiento indebido de la cuantía de los contratos, con la finalidad de tramitarlos mediante procedimientos negociados sin publicidad o como contratos menores, según el caso, y la habitual falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad.

Páginas atrás hacíamos alusión al atavismo de las normas anti-fraccionamiento (63) y si estas son antiguas, lo natural es que la existencia de la conducta que pretenden evitar lo sea aun más. Prácticamente desde que existen normas disciplinadoras de la contratación pública, ha habido intentos de burlarlas por medio de la ruptura de los contratos en pedazos más pequeños, que queden por debajo de los umbrales de corte. Una picaresca que, pese a lo elemental de la misma, lleva trayendo de cabeza al Derecho de la contratación pública desde sus orígenes. Al constituir la cuantía del contrato junto a la condición subjetiva del ente adjudicador los principales puntos de referencia para la aplicación de las normas, la tendencia natural ha sido reputar como más seguros los contratos voluminosos en detrimento de los pequeños, ya que los primeros están sometidos a formalidades más rigurosas. En nuestro Derecho impera la máxima implícita de que cuanto mayor volumen, mayores son las garantías. *A sensu contrario*: menor volumen, menores garantías.

En principio, esta premisa puede calificarse como esencialmente correcta siempre y cuando se introduzcan dos matices. Hay tener en cuenta que la elevación de los estándares formales no asegura al cien por cien la corrección del procedimiento. Desde un punto de vista material, resulta factible defraudar la limpieza del proceso creando objetos artificiales carentes de trasunto en el tráfico mercantil regular (64), que restrinjan de facto el acceso a cualquier operador económico distinto de la empresa que haya servido de modelo para la determinación del objeto. También cabe aglutinar sin necesidad muchas prestaciones hasta alcanzar valores desorbitados a los que únicamente pue-

(63) Véase, J.M. CARBONERO GALLARDO (2010: 99 y ss.).

(64) Como apunta la resolución 52/2013, de 30 de enero de 2013, del TACRC es perentorio adecuar el objeto contractual a la realidad del mercado.

dan dar respuesta unas pocas empresas. De ese modo, aunque se utilicen los procedimientos más favorables a la concurrencia competitiva, en la práctica apenas acudirán unos pocos licitadores, porque el resto sabrá que no tienen ninguna opción de conseguir la adjudicación del contrato. Tiene poca utilidad dar una gran difusión al anuncio de licitación si sólo sirve para disuadir al resto de operadores económicos de concurrir a la licitación.

Si bien en líneas generales el mayor valor del contrato redundaría en un incremento de las garantías, hay ocasiones donde puede emplearse justo en el sentido contrario, con el agravante de contar con ese caso de un *fumus boni iuris*. Por esa razón, no podemos bajar la guardia y presumir inmaculado un procedimiento por el hecho de haber estado sujeto al nivel máximo de aplicación del TRLCSP. El Derecho demanda una actitud de permanente vigilancia, máxime en campos tan proclives al fraude de ley y la corrupción.

Por otro lado, el segundo matiz viene del artículo 86.3 del TRLCSP. El artículo 86.3 para determinar las normas procedimentales y de publicidad en la adjudicación de cada lote toma el valor acumulado del conjunto, en vez del individual de los diferentes lotes presentes en el expediente. La regla tiene por excepciones las fijadas en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 de la norma. El artículo 88.7 del TRLCSP en relación al valor estimado reproduce la misma fórmula del artículo 86.3. En teoría, desde este método de cálculo la compartimentación de la contratación no debería acarrear una degradación de las garantías. Un contrato de un millón de euros dividido en un millón de lotes de un euro seguiría rigiéndose conforme a las disposiciones en materia de publicidad y procedimiento que le hubieran correspondido en ausencia de fraccionamiento. Sin embargo, las Directivas, pues suya es la redacción de los apartados 2 de los artículos 14, 15 y 16 del TRLCSP, dejaron abierto un resquicio, que sin anular por entero la regla, atempera parcialmente su virtualidad.

El artículo 14.2 del TRLCSP en los contratos de obra o concesiones de obra permite excluir la aplicación de la regulación armonizada a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros, siempre que el importe global de lotes exceptuados no sobrepase el 20% del valor acumulado de la totalidad de los mismos. En cuanto a los artículos 15.2 y 16.2 del TRLCSP, contienen la misma patente de curso para los contratos de suministro y servicios, variando solamente el importe del valor estimado de los lotes que pueden exceptuarse, en ese caso 80.000 euros. Resulta llamativa la falta de exigencia de motivación o justificación para acogerse a dicha posibilidad, un aspecto que conserva el artículo 5.10 de la Directiva 2014/24/UE. *Strictu sensu*, tal y como esta configurada, aparenta ser una potestad de uso libre por parte de los órganos de contratación de los poderes adjudicadores.

Curiosamente, los contratos de concesión de servicios divididos en lotes no pueden acogerse a ninguna de estas excepciones. El legislador nacional se

limitó a transcribirlas tal cual, sin ponderar que el contrato de concesión no se veía alcanzado por la regulación armonizada de aquel momento. En ellos el artículo 86.3 sí se cumplía a rajatabla. Lo cierto es que tampoco ahora hay visos de que con la Directiva 2014/23/UE vaya a cambiar esa situación. El artículo 8 de la Directiva no establece excepciones, a diferencia del artículo 5.10 de la Directiva 2014/24/UE que mantiene esta posibilidad intacta. Por ende, las concesiones de servicios continuarán en la misma situación del vigente TRLCSP, a la que se sumaran las concesiones de obra pública. Así puede comprobarse en el artículo 20 del proyecto de la LCSP. No parece que en este punto el texto definitivo vaya a variar en exceso de lo dispuesto en el anteproyecto genuino, vista la continuidad en el proyecto de ley.

El problema de esta prerrogativa son las cuantías escogidas en conexión con la regulación española del procedimiento negociado y el contrato menor. El artículo 171.D del TRLCSP faculta el uso del procedimiento negociado en los contratos de obras cuando el valor estimado de éstos sea inferior a un millón de euros. Por su parte, los artículos 173.F y 174.E del TRPCSP en relación a los contratos de suministro y servicios autoriza el recurso al procedimiento negociado, en todo caso, cuando los contratos no superen los 100.000 euros. Yuxtapuestos estos artículos y el 177.2 del TRLCSP, el balance no es muy alentador de cara a las garantías formales del procedimiento. Un 20% de lotes producto de la fragmentación pueden adjudicarse desde el procedimiento negociado mientras individualmente los lotes no superen el valor de un 1.000.000 de euros en las obras y 80.000 en los suministros y servicios. Asimismo, si el valor estimado de esos lotes en las obras no supera la cifra de 200.000 euros en las obras y 60.000 en los suministros y servicios, cabría llevar a cabo la adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad. A todo esto hay que añadir la opción de utilizar el contrato menor conforme a los umbrales del artículo 138.3 del TRLCSP.

Diseñando sagazmente los lotes hasta un 20% del contrato resultaría susceptible de quedar exento de un control más estricto y licitado desde procedimientos poco abiertos a la competencia. Aunque el otro 80% restante continúe cubierto por normas más rigurosas, un 20% supone deja demasiado dinero a la intemperie, al albur de procedimientos escasamente garantistas. Parece evidente que el legislador europeo no valoró lo suficiente el gran espacio virgen disponible allende las Directivas. Un espacio que la normativa española no ha desaprovechado, aunque sea para mal.

B) Los lotes y el fraccionamiento ante el procedimiento negociado y el contrato menor

La figura del procedimiento negociado apareció por primera vez en el Derecho nacional con la transposición de las Directivas 1992/50/CEE,

1993/36/CEE y 1993/37/CEE, a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. A pesar de que el procedimiento negociado siempre ha sido concebido a escala europea como un procedimiento de carácter excepcional sometido a supuestos tasados, cuyo principal elemento definitorio es la negociación, España alteró sus perfiles de manera significativa al interiorizarlo dentro de su ordenamiento jurídico (65).

Si nos atenemos a su diseño genuino, como ya hemos dicho, las dos notas que distinguen al procedimiento negociado de los ordinarios son su excepcionalidad (66) y la necesidad de negociar durante la tramitación del mismo. Sin salir del ámbito de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado estos dos aspectos en una reiterada y copiosa jurisprudencia. Así la sentencia de 5 de octubre de 2000, asunto C-337/98, Comisión-Francia, ya afirmó en su considerando número 26 que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato». En cuanto al carácter limitado, la sentencia de 8 de abril 2008, asunto C-337/05, Comisión-Italia en sus considerandos 56 explica que «el procedimiento negociado deberá considerarse excepcional y, por lo tanto, sólo deberá aplicarse en aquellos casos taxativamente enumerados». Asimismo, el considerando 57 de esta sentencia recuerda que «las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación restrictiva (67) (...)

Por lo tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/36 de su efecto útil, prever unos supuestos de utilización del

(65) F. BLANCO LÓPEZ (2011: 35-41); F. BLANCO LÓPEZ (2012: 32-33); J.M. CARBONERO GALLARDO (2014: 227-231); J.A. MORENO MOLINA (2008: 53-55); J.A. MORENO MOLINA (2009: 526-532); J. COLÁS TENAS (2013: 4-11).

(66) No obstante, en la Directiva 2014/24/UE se aprecia cierto viraje hacia posiciones más abiertas cuando se trate del procedimiento negociado en su modalidad con publicación previa. El considerando 42 resalta la necesidad de que los poderes adjudicadores puedan elegir con mayor flexibilidad las clases de procedimientos que incluyen negociaciones. Empero, no ha de malinterpretarse el planteamiento del considerando 42 y confundirlo con una ratificación de la praxis española. Cuando el considerando 42 habla de facilitar el acceso al negociado lo hace teniendo en mente contratos que realmente precisen de la negociación y no en convertir la negociación en un modo ordinario de proceder, aunque la naturaleza de la prestación no lo requiera. De este relanzamiento de la negociación en los procedimientos de contratación dan cuenta J.M. GIMENO FELJÚ (2014: 97-103); y J.A. MORENO MOLINA «La apuesta europea por un mayor recurso del procedimiento negociado en la contratación pública», en el Observatorio Público de la Contratación Pública.

(67) Véanse, las sentencias del TJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23; de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13, y de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec. p. I-4713, apartado 33.

procedimiento negociado no previstos en la citada Directiva, como tampoco establecer para los supuestos expresamente previstos por la Directiva nuevas condiciones que tengan por efecto hacer más cómoda la utilización del citado procedimiento».

Pasando a la esfera nacional, son muchas las referencias disponibles que abonan el planteamiento del procedimiento negociado suscrito legal y jurisprudencialmente desde la UE. El informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, de la JCCA del Estado se pronuncia en este sentido: «el procedimiento negociado, ya sea con o sin publicidad, es un procedimiento de adjudicación de contratos excepcional que sólo es de aplicación en los supuestos determinados en la Ley y sólo en esos, y que, precisamente por esa excepcionalidad, su régimen difiere de las reglas de los procedimientos abiertos y restringidos». De igual parecer, el informe 2/12, de 30 de mayo de 2012, de la JCCA de las Islas Baleares expone que «el procedimiento negociado es un procedimiento específico de adjudicación de los contratos que se configura como un procedimiento excepcional que sólo es de aplicación en los casos que determina la Ley y que tiene como elementos esenciales y diferenciadores respecto de los procedimientos abiertos y restringidos, que son los procedimientos de adjudicación ordinarios, la consulta y negociación previas a la adjudicación del contrato».

En cualquier caso, como resaltó la resolución 8/2015, de 16 de enero de 2015, del TACRC, debe tenerse presente que no hay libertad en la elección del procedimiento negociado aun por la cuantía, pues siempre debe motivarse porque se escoge en vez de los ordinarios (68).

Tal es la dimensión troncal de la negociación que la ausencia de la misma ha llegado a considerarse un vicio de nulidad absoluta (69). A esos efectos, según la resolución 50/2011, de 24 de febrero de 2011, del TACRC «la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas». Si bien esta conclusión es consecuente con la naturaleza del procedimiento, aplicada de forma categórica obligaría a negociar incluso si es innecesario por ajustarse la oferta inicial plenamente a las necesidades de la entidad contratante y no dejar margen real para la transacción. A salvo de este matiz, dado el sistemático abuso de este tipo procedimental parece una medida apropiada de cara a cortar de raíz los excesos en su empleo y remi-

(68) Suscriben esta idea J.F. FERNÁNDEZ GARCÍA (2013:103) y C.V. RUIZ RUBIA (2012:60-62).

(69) Apuntan hacia esta conclusión las resoluciones 50/2011, de 24 de febrero, 145/2014, de 20 de febrero de 2014, 146/2014, de 20 febrero, de 2014, y 829/2014, de 7 de noviembre de 2014, del TACRC. En una línea similar, el acuerdo 10/2013, de 14 de junio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

tir al procedimiento negociado solamente aquellas cuestiones que en verdad encajen con su perfil propio.

Hasta aquí todo lo desarrollado es cierto al menos teóricamente: el procedimiento negociado debería aplicarse exclusivamente en los supuestos tasados y de manera excepcional; la negociación constituye el elemento basilar sobre el que se edifica el procedimiento; la ausencia de negociaciones durante el curso de la tramitación puede acarrear su nulidad, etc. *Eppur si muove*. Ninguna de estas restricciones ha impedido que el 42% de las adjudicaciones que figuran en la Plataforma de Contratos del Sector Pública se realicen a través del procedimiento negociado sin publicidad (70). Una vez más en el Derecho español, lo extraordinario ha acabado transformado en ordinario (71).

La clave detrás de esta elevada cifra de adjudicaciones desde el procedimiento negociado responde a una singularidad del Derecho español vigente, que lo distingue y separa de la regulación armonizada impulsada desde las Directivas europeas. Con la primera transposición del procedimiento negociado al orden jurídico nacional, el legislador aprovechó para adicionar más supuestos habilitantes en relación al elenco previsto en las Directivas. A instancias de la Comisión, poco a poco fueron cayendo de nuestra regulación esas causas extra, no sin resistencia, hasta que sólo quedó una: aquella fundamentada en la cuantía de los contratos. Aunque difícilmente pueda cohonestarse una cláusula semejante con las bases inspiradoras del procedimiento negociado (72), lo cierto es que ha sobrevivido al transcurso del tiempo y hoy por hoy sigue sub-

(70) Así lo recoge el dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LCSP. Tomando de referencia a la Administración de la Generalitat de Cataluña de los 7.402 contratos que celebró durante el año 2015, fueron adjudicados 3065, el 41,4% del total, siguiendo el procedimiento negociado.

(71) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b: 299-303). Por ejemplo, en el procedimiento expropiatorio, la expropiación urgente es la fórmula más socorrida en clara divergencia con el tenor de la Ley. Dejando a un lado otros factores, la mayor agilidad de esta clase de procedimientos supone una tentación demasiado fuerte. En principio, si se da a elegir nadie escoge el sendero plagado de obstáculos, pudiendo recorrer uno más llano y descansado. Sin embargo, esos obstáculos acostumbran a ser algo más una rémora puesta en el camino de la Administración Pública por pura malicia del legislador, normalmente comparten importantes garantías. De ahí la gravedad de esta conversión de lo ordinario en excepcional y lo excepcional en ordinario.

(72) En base a la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), aquellos contratos de importancia para el mercado interior, incluso si no quedan cubiertos por los umbrales de las Directivas, están sometidos a una serie de principios básicos que deben regir la adjudicación. Por ese motivo, aunque las cantidades del procedimiento negociado por razón de la cuantía se sitúen por debajo de los baremos de las Directivas, ello no exonera al procedimiento de respetar los principios de libre competencia, transparencia, igualdad y no discriminación, especialmente cuando el artículo 1 del TRLCSP los asume como propios.

sistiendo. Los artículos 171.D, 172.B, 173.F, 174.E, 175 y 177.2 del TRLCSP son los causantes de la profusa utilización del procedimiento negociado sin publicidad (73), sin perjuicio de interpretaciones laxas del resto de supuestos que puedan coadyuvar al incremento de la estadística.

En cierto modo el procedimiento negociado por razón de la cuantía en el terreno práctico deviene en otra especie procedimental distinta de la del procedimiento negociado convencional. Por más que comportan un nombre idéntico o se agrupen bajo la misma sección, la irrelevancia del *nomen iuris* constituye un principio asentado firmemente en el Derecho. Levantado el velo, el procedimiento negociado basado en umbrales económicos aparece ante nuestros ojos como una suerte de híbrido, a medio camino entre un procedimiento simplificado y la contratación directa (74). Los poderes adjudicadores tienden a representarse el negociado como un procedimiento simplificado de contratación, sin publicidad, basado en la consulta reducida a tres operadores económicos.

Con acierto destaca Francisco Blanco López (75) la incongruencia de considerarlo ágil procesalmente cuando de desarrollarse una verdadera negociación, incluso sólo entre tres candidatos, las conversaciones dilatarían notablemente la duración de la tramitación (76). Sucede igual con su pretendida simplicidad (77); no ha de confundirse la menor rigidez y formalismo que lo

(73) Véase, la Recomendación 1/2011, de 6 de abril de 2011, de la JCCA de Aragón «es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración. Cuando el legislador diseña un catálogo de procedimientos de contratación, y establece unas franjas económicas operativas para cada uno de ellos, está estableciendo una pauta del camino, orientando acerca de la mejor forma de abordar la adjudicación de los contratos públicos, haciendo inoperativo el carácter preferente y ordinario de los procedimientos abierto y restringido. No obstante, y pese al panorama legislativo expuesto, los órganos de contratación en la elección del procedimiento de adjudicación no pueden olvidar uno de los principios generales que deben de inspirar la contratación del sector público, que es la garantía de la mayor concurrencia y publicidad, como de hecho predica el artículo 1 LCSP».

(74) J.A. SANTÍAS VIADA (1996: p.137). «Como resumen de lo expuesto puede afirmarse que la regulación del procedimiento negociado en la LCAP coincide sustancialmente con la de la contratación directa en la legislación de contratos del Estado...». Desde el principio hubo voces que advirtieron la proximidad del procedimiento negociado, en los términos de la regulación española, con la adjudicación directa del contrato.

(75) F. BLANCO LÓPEZ (2011: 39 y ss.).

(76) J. COLÁS TENAS (2013: 10-11). Como apunta Colás Tenas, no se ha llegado a comprender la naturaleza real de la negociación.

(77) Véase, la resolución 50/2011, de 24 de febrero de 2011, donde se resalta la complejidad intrínseca del procedimiento negociado.

caracterizan con sencillez (78). La búsqueda de flexibilidad responde a las necesidades derivadas de la negociación. Esta visión únicamente resulta posible desde la desnaturalización completa del procedimiento (79) y es precisamente la alteración de sus raíces lo que permite calificarlo sustancialmente como un remedo de contratación directa cualificado o procedimiento hipersimplificado, donde la consulta a tres candidatos es la pieza vertebradora. Sin duda, tal perspectiva está muy alejada de la configuración genuina del negociado europeo.

Además del procedimiento negociado, el Derecho español también contempla otra figura desconocida para el Derecho de la Unión Europea e igualmente propensa a ser empleada como vehículo de huida de los principios generales de la contratación pública (80). Se trata del contrato menor, regulado por los artículos 23.3, 111 y 138.3 del TRLCSP. De nuevo, las estadísticas son abrumadoras (81). Gráficamente, Moreno Molina auguró —profecía cumplida— que con la LCSP para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional iba a resultar adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda los 18.000 (82). El contrato menor (83) es un procedimiento de contratación simplificado aplicable a los supuestos de contratos administrativos de escasa cuantía y que viene definido por la práctica ausencia de procedimiento como tal. Los contratos menores pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación; la libertad del órgano de contratación para seleccionar al contratista es absoluta dentro de los endeblés límites marcados del artículo 111 y 138.3 del TRLCSP.

(78) F. BLANCO LÓPEZ (2012: 42-43).

(79) De parecer similar, G. LAGO NÚÑEZ (2008: 1772-1784). En su opinión, «considerar que la negociación es incompatible con la rigurosidad (de la subasta y el concurso) y exagerar su carácter necesariamente flexible y sin formalismos ha desnaturalizado el procedimiento y ante una dificultad cierta de definir la negociación (quizás debido a la falta de tradición administrativa de esta figura o al arraigo de expresiones peyorativas como es el de negociaciones prohibidas en el ámbito funcional), se ha llegado a un vaciamiento de su forma y contenido en la mayoría de los Pliegos de cláusulas administrativas. De manera que venimos asistiendo en la práctica a unos procedimientos negociados que se caracterizan por la ausencia de negociación, una especie de concursos rápidos, sin baremos, sin puntuación. Unas adjudicaciones directas disfrazadas que constituyen, a la postre, «la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos».

(80) J.A. MORENO MOLINA (2011: 140-142).

(81) M. RIERA LÓPEZ (2013: 63). En el año 2011, el 86% de los contratos de Andalucía fueron menores

(82) J.A. MORENO MOLINA (2008: 54) y J.A. MORENO MOLINA (2011: 141).

(83) J. VÁZQUEZ MATILLA (2014:178-179); J.E. CANDELA TALAVERA (2011: 85-94); M. RIERA LÓPEZ, (2013: 61-68); I. GRAJAL CABALLERO (2009: 2955-2978); y A. GARCÉS SANAGUSTÍN (2009: 220-222).

El informe 14/2014, de 22 de julio de 2014, de la JCCA de Cataluña explica que «la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho interno en el artículo 86 del TRLCSP y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor». Parece poco probable que ante un uso tan reiterado del contrato menor pueda salvaguardarse la integridad de la normativa en materia de contratación pública. Como mínimo el efecto útil de las Directivas debe verse bastante debilitado.

Por su parte, el informe 6/2009, de 30 de julio de 2009, de la JCCA de las Islas Canarias da cuenta de los principales rasgos del contrato menor, sintentizándolos en cinco: la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y, en el contrato de obras, además el presupuesto de las mismas; no podrán tener duración superior a un año ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.; no es preciso constituir la mesa de contratación ni tramitar procedimiento de contratación; tampoco se exigen pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas particulares; los principios de publicidad y concurrencia no son de obligatorio cumplimiento; y no es posible el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de eludir los principios fundamentales recogidos en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011. No resulta demasiado reconfortante saber que la inmensa mayoría de los contratos se adjudican siguiendo un «procedimiento» que tiene por el elemento modular el cumplimiento potestativo de los principios de publicidad y concurrencia.

En aras de una mayor celeridad, flexibilidad y simplicidad, el contrato menor y el procedimiento negociado de cocina española sacrifican demasiados aspectos troncales de la contratación pública. La reducción o anulación de la tensión competitiva provocada por los contratos menores y los procedimientos negociados repercute de forma clara en un aumento del gasto público (84). Evidentemente, como hemos sostenido a lo largo de estas páginas, la falta

(84) Por ejemplo, en relación a la eficaz y eficiente utilización de los fondos públicos, el informe PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015, comprobó que los contratos tramitados a través de procedimientos abiertos experimentaban un descenso medio del 20% en el precio de adjudicación respecto al presupuesto de licitación. Por contra, las variaciones en los procedimientos negociados oscilaban en torno al 1 o el 4%.

de transparencia favorece el riesgo de favoritismo y corrupción. De ahí, la conveniencia de ir mermando el empleo de estas fórmulas procedimentales y armar un verdadero procedimiento simplificado que aúne en su seno flexibilidad, rapidez y garantías (85).

C) Perspectivas de futuro a raíz del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Recuperando la idea que servía de pórtico para este epígrafe, el TRLCSP teme el fraccionamiento porque sabe que a través de él se pueden alcanzar los umbrales del procedimiento negociado y el contrato menor. Sin embargo, la LCSP lejos de restringir la aplicación de estas vías, aumentó las cuantías fijadas como baremo de acceso a éstas (86). Al proceder de este modo, el legislador incurrió en cierta bipolaridad o esquizofrenia; a la vez que desaconsejaba implícitamente el fraccionamiento, proporcionaba incentivos a su uso al vincular la cuantía de los contratos al procedimiento negociado. Si no fuera por las excepciones de los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP, la división en lotes sería totalmente ajena a la problemática del contrato menor y el negociado. Sin embargo, no es así; hasta un 20% de los lotes pueden ser adjudicados al margen de la disciplina armonizada. Por eso, existe una fuerte imbricación ahora mismo entre los lotes y las fórmulas de mayor opacidad y menor carga competitiva.

No obstante, el horizonte es más esperanzador. El proyecto de la nueva LCSP abroga la posibilidad del uso del procedimiento negociado, con y sin publicidad, por razón de la cuantía, tal y como demandaba la doctrina desde hacía muchos años. Con ello el procedimiento negociado español se aproxima al diseño legal europeo, como un procedimiento dirigido a atender las especiales circunstancias de algunos objetos contractuales. Era un error del Derecho español presumir que a partir de un umbral resulta aconsejable acudir a la negociación, cuando la necesidad de la misma deriva de las características materiales del objeto del contrato y no de su valor económico. Resituado el procedimiento negociado en las coordenadas que siempre debería haber ocupado, el Proyecto, siguiendo la estela de la Ley 3/2011, de 24 de febrero,

(85) F. BLANCO LÓPEZ (2011: 39-41). Blanco acogió muy favorablemente la introducción por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, en materia de Contratos del Sector Público de Aragón de la tramitación simplificada dentro del procedimiento abierto. El artículo 157 del Proyecto de la nueva LCSP es claro epígono del precedente aragonés.

(86) J.A. MORENO MOLINA (2008: 53-55); J.M. GIMENO FELIÚ (2008: 39). Tanto Moreno Molina como Gimeno Feliú manifestaron de forma contundente el error de haber incremento los umbrales de aplicación. Al hilo de estos cambios normativos, Gimeno Feliú abogó por suprimir la figura del contrato menor. Esta planteamiento puede seguir identificándose en trabajos posteriores. Véase, J.M. GIMENO FELIÚ (2016: 267-268).

en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, entra a regular un procedimiento abierto simplificado destinado a colmar el permanente vacío de un procedimiento garantista que no renuncia a la agilidad procesal.

Por contra, el marco del contrato menor continúa siendo exactamente el mismo, a salvo de un par de detalles que no inciden en el enfoque que estamos abordando. Hubiera sido positivo trasladar al Proyecto el artículo 4.2 de la Ley aragonesa. Aunque no altere drásticamente el funcionamiento del contrato menor, la obligación de consultar al menos a tres empresas reduce un poco el automatismo de la adjudicación directa. Posiblemente, la comparación entre las empresas acabará siendo más simbólica que real, pero algo es algo.

Gracias a estas futuras modificaciones legislativas el uso intensivo de los lotes, como exhorta la Directiva 2014/24/UE, acarreará menos riesgos que en el contexto actual, quedando latente el peligro vinculado a los contratos menores. Con todo, actualmente nos hallamos en un periodo de interinidad hasta la definitiva aprobación del Proyecto de la LCSP, por lo que sigue rigiendo el texto del TRLCSP en su redacción vigente al mismo tiempo que la Directiva 2014/24/UE despliega su eficacia directa. Desde que finó el plazo de transposición, los poderes adjudicadores españoles deben priorizar la división de lotes frente a la unidad del contrato. Persistiendo en este momento los procedimientos negociados, con o sin publicidad, por razón de la cuantía puede dar lugar a situaciones conflictivas en combinación con las excepciones a la regla general de cálculo del artículo 86.3 del TRLCSP.

En ese sentido, la mejor cautela que podemos adoptar ante los peligros que puedan conjurarse alrededor del fraccionamiento en lotes es aplicar rigurosamente el procedimiento negociado. Como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010 (C-337/1998), Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato». Reiterando lo ya dicho, el acuerdo 8/2015, de 16 de enero de 2015, del TACPA advierte «que aun por la cuantía, no hay libertad de elección de procedimiento, pues debe motivarse porqué se elige frente a otros procedimientos ordinarios (artículo 109.4 TRLCSP). Ahonda en esta dirección, la Recomendación 1/2016 de 20 de abril de 2016, de la JCCA de Aragón relativa a la utilización del procedimiento negociado.

Recordar, además, que «la elección del procedimiento de adjudicación por el órgano de contratación, no solo debe resultar conforme a la legalidad, sino que tiene que responder al principio de eficiencia que consagra la Constitución Española en el artículo 31, y que acoge el artículo 1 TRLCSP. Eficiencia que se consigue promoviendo la publicidad y la concurrencia. Es por ello que el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía no puede ser utilizado si no concurren otras circunstancias que hagan aconsejable que exista

negociación (87)». Evitando de forma voluntaria la aplicación de los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP o siguiendo las orientaciones defendidas por las juntas consultivas y los tribunales administrativos de contratación pública, deberían evitarse los eventuales perjuicios en la licitación por lotes.

Claro que si hasta ahora los entes adjudicadores han hecho caso omiso a estas observaciones, no hay razón para pensar que vayan a cambiar radicalmente sus pautas de conducta, por mucho que el proyecto de la LCSP anuncie el fin de los procedimientos negociados por razón de la cuantía.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016, por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada, representa un buen paso a la hora de hacer frente al *impasse* producido por la falta de aprobación de la nueva LCSP. A través de él se instrumentan unas obligaciones mínimas de publicidad en relación a todos los contratos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 177 del TRLCSP, cuyo valor estimado sea igual o inferior a 200.000 si se trata de contratos de obras y 60.000 euros si se trata de otros contratos, sin perjuicio de la publicidad legalmente prevista para el resto de los contratos mencionados en dicho apartado 2 del artículo 177. Igualmente, quedan sujetos a las exigencias de publicidad del acuerdo los contratos a los que se refiere el artículo 191 del TRLCSP celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, cuando su cuantía, con exclusión del IVA o impuesto equivalente, sea superior a los 50.000 euros si se trata de contratos de obras o a los 18.000 euros en el resto de los contratos.

En el ámbito del sector público estatal, el acuerdo mitiga parte de los riesgos derivados del procedimiento negociado sin publicidad, aunque sigue sin cubrir al contrato menor. En cualquier caso, no pueden equipararse los efectos del acuerdo con los que producirá la efectiva entrada en vigor de la próxima LCSP. Si bien esta clase de decisiones pueden animar al optimismo, no ha de obviarse que la adopción del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016 está ligada a las advertencias realizadas por el Consejo en el marco de un procedimiento de déficit excesivo. Sin este estímulo, probablemente, no se hubiera llegado a adoptar el referido acuerdo. El resto de entes adjudicadores que no estén sujetos a presiones de este tipo, pueden verse tentados a seguir ignorando la llamada a controlar los procedimientos de contratación con baja publicidad.

(87) Recomendación 1/2016, de 20 de abril de 2016, de la JCCA de Aragón.

IV. EL NUEVO SISTEMA DE LICITACIÓN POR LOTES DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El marco en el que se insertan las novedades de la Directiva 2014/24/UE

La irrupción de la Directiva 2014/24/UE y, en particular, de su artículo 46 quedan enmarcadas dentro de un contexto favorable a la promoción de la participación de las PYMES en la contratación pública, así como del empleo de ella como vehículo a través del cual lograr la realización de fines públicos. A pesar de que la última reforma efectuada por la cuarta generación de Directivas (88) ha traído consigo importantes innovaciones en relación al régimen previo (89) —el ya referido artículo 46 constituye un claro paradigma de estas novedades—, en esencia las bases sobre las que se asienta el procedimiento de adjudicación continúan siendo las mismas que las de la tercera generación.

En el aspecto técnico, más allá de la evolución y perfeccionamiento lógicos, fruto de la experiencia acumulada durante el periodo de aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, no hay una ruptura con la herencia anterior ni un punto de inflexión radical. En cambio, la concepción u orientación general de la contratación pública sí que ha experimentado una transformación de mayor calado (90). A modo de ejemplo, la división en lotes constituye un instrumento arraigado en el seno del Derecho de la contratación pública, independientemente del grado de utilización en la práctica. Dejando al margen las variaciones que se han ido produciendo en las reglas de cálculo, la figura de los lotes continúa configurada bajo perfiles similares a los que la venían definiendo. No obstante, sin haber cambiado la técnica en sí, la finalidad subyacente bajo ésta sí lo ha hecho.

Tomando de muestra el dictamen 69/06, de 28 de julio de 2006, de la Abogacía General del Estado, en él se identificaba como objetivo del fraccionamiento en lotes la diversificación del riesgo de incumplimiento por parte de los contratistas. Dicho dictamen no contiene ninguna alusión a la vinculación

(88) Sobre los motivos de la reforma J.M. GIMENO FELIÚ (2015: 40-45); J.M. GIMENO FELIÚ (2013: 39-47); J.A. MORENO MOLINA (2015a: 109-113); y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA (2015: 97-135).

(89) J.M. CARBONERO GALLARDO (2014: 69-73). Carbonero Gallardo sintetiza en diez puntos las novedades del paquete de directivas: mejora de la transparencia en la contratación; mayor calidad de los contratos públicos; reducción de la carga burocrática; potenciar la contratación electrónica; mejor acceso de las PYME a los contratos públicos; mayor flexibilidad en el uso de la negociación; la creación de la figura de la asociación para la innovación; mayor colaboración entre los poderes adjudicadores; subcontratación; y el riesgo operacional y la publicidad comunitaria en relación a la adjudicación de concesiones. Con mayor extensión, J.A. MORENO MOLINA (2015b); y J.M. GIMENO FELIÚ (2014).

(90) G. BARRIO GARCÍA (2013:133); y J.M. GIMENO FELIÚ (2014: 31-33).

entre los lotes y el mejor acceso de las PYMES al mercado de la contratación pública. Tampoco la exposición de motivos de la LCSP anudaba de manera expresa los lotes con el apoyo de las PYMES en su inserción dentro de los procedimientos contractuales, a diferencia de la redactada para el proyecto de la nueva LCSP y del considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE.

El contraste entre el análisis de los lotes realizado por el dictamen 69/06 de la Abogacía General del Estado y la valoración que hacen de ellos la Directiva 2014/24/UE y el proyecto de la LCSP ilustra la trascendencia de la dimensión teleológica de la contratación y como su impacto puede llegar a trastocar previsiones normativas ya vigentes, sin necesidad de modificar el tenor literal de las mismas. Con todo, debe hacerse notar que no estamos ante un salto repentino y abrupto, más bien ante la culminación de un proceso iniciado con bastante anterioridad y que ha ido solidificándose gradualmente con el transcurso de los años.

Desde su origen en 1971, las Directivas reguladoras de la materia han enfocado la contratación pública como una herramienta disponible para el logro de objetivos ajenos a la satisfacción de las necesidades que determinan, en sentido estricto, el diseño del objeto contractual. En palabras de Moreno Molina, «los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias» (91).

Inicialmente, este papel estratégico se restringía al desarrollo del mercado interior y de las libertades que lo definen (92); sin embargo, con el tiempo, sin renunciar a la primera meta planteada, fueron incorporándose otras aspiraciones adicionales, susceptibles de aprovecharse de los beneficios que ofrece el soporte de la contratación pública. De ese modo, la vertiente finalista de la contratación pública ha ido ampliando su alcance a otras áreas, como las correspondientes al medio ambiente, las políticas sociales, la innovación, o el apoyo al sector de las PYMES (si bien esta última está interrelacionada con todas las demás, incluidas la apertura del mercado interior y el fomento de la competencia competitiva). En ese sentido, cabe identificar dos fases en relación a estos objetivos: una primera donde se reconoce la virtualidad de la contrata-

(91) J.A. MORENO MOLINA (2015a:108-109). Véase, también A. HUERGO LORA (2005: 234).

(92) C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 34-36); J.M. GIMENO FELIÚ (2006: 23-29); y E. MAÑEZ MARTÍNEZ (2015: 391-407).

ción publica para alcanzar o coadyuvar en el desarrollo de políticas públicas; y una segunda en la cual constatada la posibilidad, se alienta enérgicamente a emplear tal potencialidad de forma efectiva (93).

La Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 1998, encajaría con esa primera fase. En ella, la Comisión aprecia el efecto sinérgico que puede producirse entre la contratación pública y otras políticas comunitarias, e incluso parece afirmar la conveniencia de activarlo. No obstante, el tono predominante de la Comunicación es más expositivo que conminatorio. Pone en conocimiento a los poderes adjudicadores la existencia de las opciones disponibles conforme al marco comunitario del momento, pero deja a su arbitrio utilizarlas o no. Solamente en relación a las PYMES la comunicación adopta una postura algo más expeditiva, como se trasluce cuando sugiere la implantación de medidas concretas desde la que aumentar su participación en las licitación. Sin embargo, mas que apoyar una política activa destinada al auxilio de las PYMES, la preocupación latente en la Comunicación estriba en el escaso número de proveedores que acuden a los procedimientos de adjudicación y, por ende, el bajo grado de eficacia que presentaba en ese momento la regulación armonizada de cara a modificar los viejos patrones.

Por su parte, las comunicaciones interpretativas de la Comisión fechadas en el año 2001, de 4 de julio y de 15 de octubre, que estudiaban las diversas líneas de acción para integrar cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública, de acuerdo con la legislación comunitaria vigente en aquel momento, continuaron en la línea, ahondado en lo que aparecía simplemente esbozado en la comunicación anterior. Una diferencia respecto a la Comunicación de 11 de marzo de 1998 radica en el mayor respaldo del que gozan en comparación con ésta. Así, la Comunicación de 7 de abril de 2001 conecta su contenido con la Propuesta de la Comisión sobre el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente, correspondiente al periodo abarcado desde el año 2001 hasta el 2010. También es el caso de la Comunicación de 15 de octubre 2001, cuya introducción alude a la Agenda de política

(93) Apunta en esa dirección la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría Técnica de la JCCA de Cataluña al decir que «de hecho, hay que entender que las previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/UE no hacen sino confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a Derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones al respecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para «animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes» con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública». Lo esencial de la segunda fase no es tanto la incorporación de innovaciones, como el hecho de espolpear a utilizar aquello de lo que ya se disponía.

social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000, y al Tratado de Ámsterdam de 1997.

Esta serie de documentos contribuyeron a reforzar favorablemente la visión estratégica de la contratación pública como vía aceptable en el desarrollo de políticas públicas concretas. De todos modos, ambas comunicaciones, las de 2001, seguían sin instar expresamente a su uso. Al igual que la Comunicación de 1998, a la cual completaban, la intención era ilustrar a los poderes adjudicadores de los Estados miembros acerca del amplio abanico de posibilidades accesibles y que fueran éstos quienes tomaran la decisión de servirse o no de tales mecanismos.

Circunscribiendo el foco de atención en torno al ámbito de las pequeñas y medianas empresas, la UE siempre ha mostrado interés por ellas en relación a la contratación pública. Así lo atestigua la reiteradamente citada Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 1998. En un sentido más amplio, no solo referido a la contratación pública, la declaración del año 1983 como «año europeo de la pequeña y mediana empresa» o el impulso del programa de acción para las pequeñas y medianas empresas presentado por la Comisión Europea y aprobado por el Consejo, en su resolución de 3 de noviembre de 1986, acreditan la persistente fijación de la UE por las PYMES en el marco de sus políticas.

Sin embargo, no es hasta la aprobación de la tercera generación de las Directivas pertenecientes al ramo cuando de verdad se adquiere una actitud más decidida a la hora de abordar esta cuestión dentro de la contratación pública. Aunque las PYME pudieran beneficiarse de otras disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, la única mención directa a ellas se halla en el considerando 32, que animaba a establecer previsiones en materia de subcontratación favorables al acceso de las PYME dentro de las legislaciones nacionales. En contraposición, la Directiva 2014/24/UE hace especial énfasis en la situación en la que se encuentran las PYME dentro de los sistemas de contratación pública. De nuevo, la coyuntura del pasado y la del presente proyectan dos imágenes muy dispares entre sí. Justamente, la inquietud comunitaria por el tema crece de forma exponencial durante el intervalo que media entre la aprobación de la Directiva 2004/18/CE y su sucesora, la Directiva 2014/24/UE.

En el año 2008 surgieron varias iniciativas relevantes en el contexto de la ayuda a las PYME: la *Small Business. Act for Europe* (SBA) (94), inspirada en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento europeo, al Con-

(94) En el año 2014, se abrió el plazo de consulta pública para la elaboración de nueva SBA. No estamos ante un episodio aislado en la historia de la Unión Europea sin visos de proseguir en el futuro.

sejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de junio de 2008, denominada «Pensar primero a pequeña escala»; y el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos», aprobado el 25 de junio de 2008. Sin poseer carácter vinculante, el Código alentaba a superar los problemas derivados del tamaño de los contratos fomentando la división en lotes del objeto de los contratos, siempre que ello resultara posible. Esta invitación por parte de la Comisión a descomponer los contratos en lotes es una clara emanación del principio «pensar primero a pequeña escala». No pasa inadvertido que la sugerencia del Código ha acabado positivándose en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE. En gran medida, la simiente de las últimas reformas comunitarias en todo aquello atinente a las PYMES se halla en estos dos proyectos.

A su vez, la Estrategia Europea 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, ha sido otro de los grandes puntales en la redacción de las nuevas Directivas. La Estrategia Europea 2020 persigue de forma prioritaria un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en otras palabras, el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; la promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva; y el fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

Lejos de representar dos factores aislados e inconexos, la Estrategia Europea 2020 y las medidas destinadas a apoyar a las PYME confluyen en numerosos puntos (95). En palabras de la Comisión Europea (96), las PYMES «son la espina dorsal de la economía europea, contribuyendo de manera significativa a la innovación, el crecimiento y la creación de empleo. En la UE unos 20,7 millones de PYME emplean al 67% de los trabajadores del sector privado. Un reciente estudio ha puesto de manifiesto que el 85% de la creación neta de puestos de trabajo en la UE entre 2002 y 2010 es atribuible a las PYME. Ello indica claramente su importancia para el crecimiento económico y creación de empleo en Europa». Resulta complicado imaginar cualquier transformación ambiciosa de la economía que no pase necesariamente por las pequeñas y medianas empresas a la vista de su enorme peso en ella.

(95) La Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 23 de febrero de 2011, al realizar una visión de conjunto de los dos años de aplicación de la actual SBA, concluyó que seis de los siete iniciativas emblemáticas de la Estrategia Europea 2020 contribuyen favorablemente al logro de los fines de la SBA. Por esa razón, recomienda integrar la SBA en la Estrategia Europea 2020. De hecho, la Directiva 2014/24/UE constituye uno de esos puntos de encuentro entre la SBA y la Estrategia Europea 2020.

(96) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Normativa inteligente: responder a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas», de 7 de marzo 2013.

Como es lógico, el Libro Verde sobre la Modernización de la Política de Contratación Pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, reflejó las tendencias emergentes en el momento y, a su vez, estas acabaron teniendo eco finalmente en el nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública. La Directiva 2014/24/UE en su segundo considerando asimila los planteamientos esbozados por la Estrategia Europea 2020 y manifiesta su voluntad de desarrollarlos por medio de los resortes que pone a su disposición el sector de la contratación pública. Precisamente, la mayor accesibilidad de las PYME a los mercados de contratación pública figura entre los campos que han de actualizarse y renovarse a raíz de la implantación de la Estrategia Europea 2020, según el considerando 2 de la Directiva. Asimismo, el considerando 78 alienta a los poderes adjudicadores a utilizar el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos» y incorpora con carácter normativo parte de sus recomendaciones en el artículo 46. A éste hay que sumar el considerando 124 que destaca el potencial que poseen las PYME para la creación de empleo, el crecimiento y la innovación; aspecto que justifica las medidas de fomento promovidas.

En definitiva, éstos y otros considerandos dejan patente el contexto que ha rodeado la elaboración y aprobación de la Directiva 2014/24/UE, contexto del que cabe esperar una mayor profundización a lo largo de los años venideros. Con ella la UE entra de lleno en la segunda fase a la que aludíamos páginas atrás; la Directiva 2014/24/UE en vez de limitarse a exhibir un catálogo de posibilidades vinculadas a la vertiente finalista de la contratación pública, mantiene un tono marcadamente proactivo, llegando incluso a preceptuar imperativamente parte de lo que eran hasta ahora recomendaciones. Así, la división en lotes no es ya una fórmula voluntaria a disposición de los entes adjudicadores, sino la regla general de las licitaciones. De hecho, el apartado 4 del artículo 46 de la Directiva permite a los Estados miembros excluir completamente cualquier modalidad de adjudicación diferente a la de los lotes separados, sí así lo establecen en su legislación propia y bajo unas condiciones respetuosas con el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea. Aunque la Directiva no llega a señalar ningún supuesto concreto, desplazando esa decisión a los Estados miembros, la sola existencia de esta facultad legislativa, capaz de anular la tradicional discrecionalidad de los entes adjudicadores en el diseño del objeto del contrato y las prestaciones que lo componen, corrobora sin lugar a dudas la firme apuesta que ha hecho la UE en aras de la Estrategia Europea 2020 y la ayuda a las PYME.

Por último, situados a nivel nacional, la trayectoria dibujada por las leyes 11 /2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, o el Real Decreto 962/2013, de 5

de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la Pequeña y la Mediana Empresa, respalda los cambios que pretende introducir el Proyecto de la nueva LCSP en materia de PYMES y constituye una pauta interpretativa conforme al artículo 3.1 del Cc (97).

2. La regulación de los lotes en la Directiva 2014/24/UE y el Proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

A lo largo de las presentes páginas hemos ido anticipando diversos aspectos de la Directiva 2014/24/UE y de la regulación general del Proyecto de la nueva LCSP, sin embargo, no dejaban de ser pinceladas dispersas. El objeto de este epígrafe queda dedicado de forma monográfica al examen de las innovaciones efectuadas por estas normas en el campo de los lotes. Empezando por el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, su apartado 1, al que ya hemos hecho referencia repetidamente, consagra una presunción *iuris tantum* en favor de la subdivisión en lotes de los contratos. Con ello se ha interiorizado el principio «cumplir o explicar», sugerido desde el Parlamento Europeo a la Comisión (98), que se traduce en la obligación de respetar la pauta marcada con carácter preferente en la normativa o en caso contrario explicar porque no se ha seguido.

Igualmente, el artículo 46.1 es trasunto de la primera orientación con la que se abre «el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos». Hay que aclarar que este primer apartado no posee un sesgo proteccionista, pues la división en lotes no proporciona por sí misma ninguna ventaja competitiva favorable a las pequeñas y medianas empresas en detrimento de las grandes. Si la oferta presentada por un operador económico de escala superior se reputa como la más ventajosa económicamente, ésta seguirá alzándose con la adjudicación del lote, sin que exista óbice alguno que lo impida. Descomponer en lotes los contratos no entraña la creación de un espacio reservado enteramente a la pequeña y mediana empresa, simplemente les da cabida en procedimientos que de licitarse de manera conjunta, no serían capaces de abarcar, al sobrepasar los medios o el grado de especialización que poseen por razón

(97) El informe 12/15, de 6 de abril de 2016 de la JCCA reinterpreta el criterio que había mantenido previamente la Junta en relación al artículo 86.3 del TRLCSP, apelando al nuevo contexto normativo surgido tras las diferentes iniciativas nacionales y europeas realizadas en pos de un mayor soporte institucional hacia el emprendimiento y, por ende, a las PYME. Parece una postura sensata desde una visión integradora del ordenamiento jurídico, que no considere cada norma como una isla perdida en el vasto océano.

(98) Véase, la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, del Parlamento Europeo.

de su tamaño. La aproximación de los contratos públicos al ámbito de la pequeña y mediana empresa desde el plano cuantitativo y cualitativo no acarrea especiales inconvenientes a los entes adjudicadores por regla general y, en contraposición, redundante en una mayor concurrencia competitiva que, a su vez, dota de opciones adicionales plenamente operativas a la hora de seleccionar la mejor oferta. Unas opciones que en condiciones ordinarias, bajo el sistema integral, no hubieran podido ser evaluadas por no disponer de ellas al no haber sido siquiera presentadas.

En el hipotético caso de que la competencia se viera restringida a causa del fraccionamiento en lotes; o que la división convirtiera la realización en algo muy complejo u oneroso; o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes supusiera el riesgo de socavar la adecuada ejecución del contrato, el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 46 permite apartarse de la regla general en supuestos como éstos, siempre y cuando se expresen de manera motivada en los pliegos de la contratación o en el informe específico del artículo 84 de la Directiva. A través de esta previsión los poderes adjudicadores cuentan con la suficiente flexibilidad para apartarse de la licitación por lotes, no imponiendo una solución que podía ser muy gravosa para los intereses públicos en juego, pero lo suficientemente constreñida para que no se infrautilice el sistema de lotes. El requisito de motivación debe satisfacer de forma real y no meramente nominal.

El artículo 99 del texto inicial del anteproyecto de la LCSP se apartaba formalmente del tenor literal del artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE por un pequeño, aunque relevante, matiz. El encabezamiento del apartado 4 del artículo 99 empezaba así: «cuando el órgano de contratación decida motivadamente proceder a la división en lotes del objeto del contrato». El empleo de la palabra «motivadamente» constituía una particularidad de la adaptación española. El artículo 46.1 de la Directiva únicamente habla de justificar la no división, pero no al contrario. No obstante, la discordancia no era tan profunda como transmite una lectura superficial. El considerando 78 de la Directiva dice que «el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial». Por lo tanto, independientemente de si se mantiene la integridad del contrato o se subdivide en lotes, los poderes adjudicadores nunca están dispensados de desarrollar un análisis prospectivo que permita esclarecer de forma ajustada al caso concreto la conveniencia de adoptar un modelo u otro en la licitación. Aunque el artículo 46.1 no señale explícitamente la necesidad de efectuar este juicio cuando se divida en lotes, ello no exonera a los poderes adjudicadores de recabar información y datos concretos acerca de cada una de las opciones.

El concepto de Estado de Derecho implica que el único poder legítimo en su ejercicio específico es aquel que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. Con contundencia, García de Enterría afirmó que «el simple porque sí queda formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico político» (99). De ese modo, de la configuración del Estado como un Estado de Derecho dimana una obligación inexcusable de aportar razones justificativas de todas y cada una de las decisiones de los poderes públicos, cobrando mayor intensidad esta exigencia en relación a los actos discrecionales. Visto desde ese punto de vista, la motivación es un aspecto consustancial a toda actuación del sector público y decantarse por seguir la regla general también demanda una mínima reflexión. Con todo, la decisión de eliminar la palabra «motivadamente» del enunciado del artículo 99.4, adoptada en la redacción del Proyecto de la LCSP resulta más acertada. La anterior redacción podía generar una falsa sensación de equiparación entre el tradicional sistema integral y la división en lotes, pese a que la cuarta generación de Directivas claramente apuesta de forma prioritaria por los lotes, en consonancia con sus objetivos propios (100). De conformidad con el artículo 46.1, la exigencia formal y cualificada de motivación solo cabe predicarse de la unidad del contrato y lo lógico es que la nueva Ley de Contratos del Sector Público sea consecuente con lo establecido a nivel comunitario.

Otra diferencia del Proyecto respecto a la Directiva se encuentra en su artículo 99.3. Como hemos dicho, el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE en su segundo párrafo faculta a los poderes adjudicadores para mantener la unidad del contrato mientras expongan las razones de esa determinación, sin llegar a indicar en el articulado algún ejemplo de las razones consideradas válidas a efectos del artículo. En cambio, el apartado 3 del artículo 99 del Proyecto individualiza, *numerus apertus*, varios supuestos aceptados como válidos por la norma: el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia; el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista

(99) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a: 504).

(100) Varias federaciones y organizaciones empresariales (la Federación Española de Hostelería, las Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales, la Asociación Nacional de Empresas de Control de Plagas, la Federación Empresarial Española de Seguridad y la Confederación Nacional de Asociaciones de Instaladores y Fluidos) manifestaron una opinión muy crítica en relación con el artículo 99 del Anteproyecto. Desde su punto de vista, la conjunción de los apartados 4 y 5 del precepto tienden a favorecer a los grandes operadores en perjuicio de las PYMES, provocando, de facto, el mantenimiento de la situación precedente por la que unas pocas empresas tienden a concentrar las adjudicaciones.

técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Empero, realmente no puede decirse que el legislador español sea muy original; el artículo 99.3 se limita a transponer en cuanto a los motivos el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE.

Hay un aspecto del artículo 99.3 donde se aparta de la regulación de las Directivas. Al recoger el apartado 3 la obligación de justificación de la no división del contrato, se exonera de la misma a los contratos de concesión de obra o servicios. Esta previsión no figura en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, que no hace distinción entre modalidades del contrato. Por su parte, la Directiva 2014/23/UE cuando aborda el fenómeno de la división en lotes lo hace con naturalidad, sin establecer ninguna salvedad particular para los contratos de concesión. Parece que el proyecto de la nueva LCSP ha considerado que la especialidad de los contratos de concesión dificultan su división, pero ello no es razón suficiente para establecer una dispensa general en cuanto a la motivación. El artículo 99.3 ya hace referencia como un motivo válido para oponerse al fraccionamiento del contrato «el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferente». Por consiguiente, los problemas que puedan derivar de las singularidades de los contratos de concesión deberían poder encauzarse a través de esta previsión, pero motivando ad hoc que concurre esa razón y no dándola por supuesto de antemano en la Ley.

Al margen de las salvedades subrayadas, el artículo 99 reproduce en su seno el contenido del artículo 46.1. Pasando a examinar los siguientes apartados del artículo 46 de la Directiva, el segundo de ellos regula el eventual establecimiento de limitaciones al número máximo de lotes para los que puede presentar ofertas un licitador y al número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un solo licitador. La determinación de estas restricciones a las ofertas o adjudicaciones han de precisarse en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivas y no discriminatorias que se proponen aplicar para determinar que lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación

pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado.

En este punto, el Proyecto sigue con fidelidad la pauta de la Directiva. El artículo 99.4 autoriza a limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta o a limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, previa justificación en el expediente. Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de las estas limitaciones, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Cuando se introduzca la limitación relativa al número máximo de lotes posibles a adjudicar en favor de un mismo licitador, además, deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

No es la primera vez que el Derecho de la Unión Europea contempla esta clase de prerrogativas asociadas a los poderes adjudicadores. Aun cuando la Directiva 2004/18/UE no hacía un reconocimiento directo de esta facultad, resultaba posible inferirla indirectamente del Anexo VII A de la Directiva 2004/18/UE (101), así como su conformidad respecto a la normativa comunitaria. Entre los contenidos que debían de formar parte del anuncio de licitación según dicho anexo, se incluyó la determinación del número de lotes por los que podían licitar los operadores económicos, cuando el contrato estuviera dividido en lotes. Eso sí, el paraguas proporcionado por la generación anterior de Directivas solamente cubría la restricción en relación a las ofertas, no así la de las adjudicaciones (102); ese último aspecto sí constituye una genuina incorporación de la Directiva 2014/24/UE.

(101) La obligación de indicar en el anuncio de licitación la posibilidad de licitar por uno, varios o todos los lotes ha sido una constante en las Directivas sobre contratación pública. Puede comprobarse esta afirmación revisando los siguientes anexos: el Anexo IV de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993; Anexo IV de la Directiva 97/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997; Anexo XII de la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998; y Anexo XIII de la Directiva 2004/17/CE.

(102) A mayor abundamiento, el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos» advertía a los poderes adjudicadores que, aun estando autorizados a acotar el número de lotes por los que los licitadores pueden presentar ofertas, no debían hacer uso de esa facultad de manera que alterara las condiciones de competencia leal. Que la orientación no aborde al mismo tiempo las restricciones a las adjudicaciones, siendo los riesgos para la competencia los mismos, únicamente puede explicarse partiendo de la ausencia de amparo normativo en la Directiva 2004/18/UE para el ejercicio de esa prerrogativa.

Lo cierto es que tampoco para el Derecho español representan algo inédito estas previsiones. Los apartados 5.a, 6.a (103) y 7.a del artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) (104), especifican que la posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan es un dato que ha de incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de suministros y servicios. A la lectura de estos preceptos hay que añadir la del Dictamen 69/06, de 28 de julio de 2006, de la Abogacía General del Estado, especialmente aclaratorio al hilo de esta cuestión. Ante las desavenencias interpretativas manifestadas entre quienes concebían a los apartados 5.a, 6.a y 7.a del artículo 67 del Real Decreto 1098/2001 como una facultad de elección en favor de los contratistas, y aquellos que los veían, por contra, como una facultad de decisión atribuida a la parte contratante, el Dictamen se decantó por la segunda corriente basándose en cuatro argumentos: la literalidad del precepto; su coherencia con al finalidad a la que responde la segmentación en lotes; las premisas sobre las que asienta la técnica de la división; y su mayor coincidencia con el modelo de anuncio de licitación y adjudicación de contratos para la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), que marcaba el Anexo VIII del RGCAP.

Al igual que la Directiva 2004/18/CE, la norma española desde su dición literal sólo aprueba los límites a la presentación de ofertas. Citando al Dictamen 69/06, «a diferencia de lo que ocurre con el supuesto anterior (establecimiento de limitaciones a la posibilidad de licitar), el establecimiento de limitaciones a la posible adjudicación de varios lotes a un mismo empresario no cuenta con ninguna previsión normativa que lo ampare. Ni el TRLCAP (actualmente el TRLCSP) ni en el RGCAP se contiene precepto alguno que pueda justificar la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de requisitos o condiciones que impidan adjudicar a un mismo contratista varios lotes de un mismo contrato» y «ello por cuanto que, así como las limitaciones a la posibilidad de licitar a todos los lotes operan con objetividad en la fase inicial del procedimiento de contratación (...), el establecimiento de requisitos o condiciones que impidan a los empresarios admitidos a la licitación resultar adjudicatarios de más de un lote implicaría desechar proposiciones válidamente presentadas y admitidas a la licitación sobre la base de criterios que no cuentan con ningún apoyo normativo».

(103) Téngase en cuenta que éste fue derogado por el Real Decreto 773/2015, por el que se modifica el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(104) Exactamente, la primera disposición normativa española que esbozó esta posibilidad fue el artículo 244.8 del derogado Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

Aun aprobada la Directiva 2014/24/UE, el TACRC continuó rechazando las cláusulas que imponen un número máximo de lotes susceptibles de ser adjudicados a un mismo contratista. En ese sentido, las resoluciones 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 394/2015, de 24 de abril de 2015, ratificaron el criterio mantenido por la Abogacía General en el Dictamen 69/06 y partiendo desde él fundaron su rechazo, al considerar que el efecto interpretativo de las nuevas Directivas no era suficiente para ampliar el alcance por encima de las limitaciones fijadas por la Directiva 2004/18/CE y el artículo 67 del Real Decreto 1089/2001 (105). Una vez expirado el plazo de transposición, lo más lógico es que la postura del TACRC varíe en futuras resoluciones. Con todo, en vinculación a los acuerdos marco sí ha llegado a defenderse la admisibilidad de restricciones a la adjudicación, por lo cual no estamos ante una técnica totalmente desconocida por el ordenamiento jurídico pasado.

El enunciado del apartado 3 del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE podría resumirse en dos palabras: oferta integradora. Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse.

En puridad, un apartado como éste requeriría de un acto de transposición expreso, al faltar en él la nota de incondicionalidad a la que se supedita el despliegue del efecto directo de las Directivas (106). Sin embargo, la oferta integradora es un mecanismo de amplio uso en la práctica española, de modo que ya es compatible con el vigente marco jurídico y, en principio, no sería imprescindible uno nuevo para hacer uso de esta técnica en los términos del artículo 46.3 de la Directiva (107).

Cabe definir la oferta integradora «como aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados, según se

(105) En sentido contrario, los informes 19/2014, de 17 de diciembre, y 1/2016, de 6 de abril, de la JCCA de Cataluña sostuvieron que estas previsiones eran plenamente aplicables incluso antes de haber finalizado el plazo de transposición de la Directiva. Donde no distinguen los informes, no cabe distinguir, ergo, para la JCCA de Cataluña ya era posible acotar un número máximo de lotes susceptibles de ser adjudicados al mismo licitador.

(106) Véase, el informe 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón.

(107) El documento de trabajo sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público, presentado y aprobado el de 1 de marzo de 2016, por los diversos tribunales administrativos de contratación pública de España, abona esta tesis. Uno de los ejemplos que exponen es el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones

establezca en el pliego, de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo» (108). De cara a conseguir ese efecto comparativo, la posibilidad de plantear una oferta integradora ha de conllevar correlativamente para el licitador la obligación de presentar una oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen aquella. De ese modo, el contrato se adjudicará a la oferta del licitador que, respecto al conjunto de la totalidad de los lotes integrados, resulte ser la más ventajosa; o, en cambio, se adjudicará por lotes individualizados, al representar la suma de todos ellos un resultado más beneficioso en los términos previstos en el pliego. En cierto sentido, la admisión de la oferta integradora hibridiza el procedimiento de contratación al conjugar la división en lotes y el sistema integral, representado por la oferta integradora, en la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa.

En palabras de la JCCA de Aragón, el concepto de «oferta integradora», aunque no encaja exactamente con el de variante (109) —al no conllevar una solución técnica alternativa—, ni con el de mejora —pues no incorpora prestaciones adicionales a una oferta base— tiene mucho en común con estos mecanismos que permiten la presentación de proposiciones simultáneas. Se trata, en suma, de una reformulación de la proposición económica, que posibilita la revalorización de la oferta aplicando los criterios de valoración que se establezcan, criterios que deberán ser los mismos que se apliquen a las ofertas individualmente consideradas, de modo que puedan ser objetivamente comparadas. Igual que las variantes y las mejoras, la oferta integradora también constituye una excepción a la prohibición general del artículo 145.3 del TRLCSP, que se opone a la presentación simultánea de varias ofertas por un mismo licitador. La «oferta integradora» debe tener en nuestro sistema una consideración jurídica similar a la de las variantes o mejoras, por lo que aunque no esté dotada de desarrollo reglamentario general, puede ser directamente contemplada en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratos cualquier tipología —independientemente de si se tratan de servicios de telecomunicaciones o no— en los términos del artículo 147 TRLCSP, precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

En lo que respecta a los presupuestos habilitadores de la oferta integradora, la JCCA de Aragón reputa básicos: la autorización expresa para su

(108) El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón realiza una descripción y un estudio muy detallados de la figura de la oferta integradora. Este informe ha servido de modelo para otras instancias, como denota la resolución 291/2015, de 30 de marzo de 2015, del TACRC. Por ese motivo, las ulteriores consideraciones sobre la oferta integradora se extraerán primordialmente de esta fuente.

(109) Prueba de esta ambigua naturaleza es el informe 155/2013, de 18 de abril de 2013, del TACRC, que dio a la oferta integradora el tratamiento de variante.

presentación por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que para el interés público reporta su incorporación; la previsión explícita en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación; la utilización varios criterios de adjudicación, al ser éste un requisito exigido por el artículo 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejora; todos los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote serán de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras; el carácter potestativo de su presentación para los licitadores, pues, en caso contrario, quebraría el propio principio de defensa de la competencia que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato; por el mismo motivo, todo licitador que desee presentar una «oferta integradora», deberá necesariamente presentar una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella; cada licitador solo podrá presentar una «oferta integradora» en función de los lotes autorizados a ser integrados (no puede existir simultaneidad de «ofertas integradoras» referidas a los mismos lotes); la identidad de los criterios de adjudicación que se apliquen para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta, y la identificación en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una «oferta integradora»; el pliego deberá contener la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva; y por último, para que el contrato se adjudique a una «oferta integradora», ha de garantizarse en la valoración que es más ventajosa (según los criterios de adjudicación que se apliquen) que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo caso, es requisito indispensable que iguale o mejore individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador.

La regulación del artículo 99.5 del Proyecto de la LCSP hereda nítidamente el grueso de esta doctrina. Si en algún extremo el Proyecto llega a desmarcarse de lo expuesto en el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón, es más por falta de detalle en la redacción que por la existencia real de una voluntad tendente a diseñar nuevas reglas. Todas las letras del artículo 99.5, de la A) a la D), aparecen en el informe 11/2013, pero a la inversa no sucede lo mismo, no todo el contenido del informe figura en el precepto.

Resultaría aconsejable para la redacción definitiva colmar algunas de esas omisiones. Por ejemplo, la necesidad de justificar la idoneidad y ventajas de la admisión de la oferta integradora de acuerdo al interés público. Siendo que la división en lotes se ha impuesto como regla general en la contratación, no parece lo más adecuado aceptar de plano una fórmula, la oferta integradora, que deshace en parte o en todo, según el caso, los efectos del fraccionamiento, al abrir la puerta a la unidad del contrato. Con una modificación de este tipo se mitigarían las objeciones lanzadas desde varias federaciones y organizaciones

empresariales (110). Otros aspectos de la oferta integradora, tales como los criterios de adjudicación o los requisitos técnicos, están mejor perfilados en el informe y resultaría conveniente pulir su redacción un poco más.

Finalmente, el artículo 46.4 de la Directiva 2014/24/UE da carta blanca a la creación por el legislador nacional de verdaderas presunciones *iure et iure* en favor de la división del contrato. Como ya hicimos referencia, el Proyecto no contiene ninguna cláusula que haga aprovechamiento de la opción del artículo 46.4. Con vistas al futuro, la praxis que se desarrolle a partir de ahora puede ser una guía útil para establecer más adelante algún supuesto imperativo de descomposición en lotes, en función de las fortalezas y debilidades que hayan podido detectarse durante la experiencia práctica.

3. El efecto interpretativo y el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE

El 16 de abril de 2016 se cumplió la fecha fijada por las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE para su transposición al ordenamiento jurídico español, sin haber concluido a tiempo la pertinente adaptación. La ausencia de mayorías consolidadas en el Congreso de los Diputados hace presagiar que esta etapa de interinidad va a dilatarse, al menos, durante unos cuantos meses, posiblemente bastante más tiempo. Por consiguiente, clarificar el alcance que poseen el efecto interpretativo y el efecto directo en la Directiva 2014/24/UE resulta crucial para el devenir inmediato de la contratación del sector público español, mientras no concluya el iter legislativo del Proyecto de Ley.

La eficacia plena de las Directivas está supeditada a la incorporación de su contenido al Derecho nacional. Empero, desde su entrada en vigor ya poseen cierta fuerza jurídica a través de el efecto interpretativo (111), por más que su grado de influencia diste del que desplegaran una vez transpuestas. Son dos los límites que condicionan la potencia de este efecto: el debido respeto a los principios generales del derecho, en especial la seguridad jurídica y la irretroactividad, y la ausencia de normas en la materia que permitan alcanzar el resultado perseguido desde la Directiva. La sentencia de 10 de noviembre

(110) Entre ellas, la Federación Española de Hostelería, las Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales, la Asociación Nacional de Empresas de Control de Plagas, la Federación Empresarial Española de Seguridad y la Confederación Nacional de Asociaciones de Instaladores y Fluidos.

(111) D. J. LIÑÁN NOGUERAS (2011: 382-385); R. ALONSO GARCÍA (2010: 238-252); y L. MILLÁN MORO (1991: 862-872). También son de interés los informes 7/2015, de 12 de mayo de 2015, 16/2015, de 4 de noviembre de 2015, y 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón.

de 2005, asunto C316/04, del TJUE se pronunció claramente en el sentido de permitir que los ordenamientos nacionales continúen rigiendo durante el periodo de transposición de las Directivas, aun cuando éstos no sean conformes con las mismas. Una interpretación *contra legem* sobrepasaría el campo de la hermenéusis, pasando a invadir y suplantar el Derecho nacional vigente por los preceptos de la Directiva. A modo de corolario, sólo resulta factible la interpretación conforme a la Directiva si la base jurídica ya existente da pie a ello.

A lo largo de los más de tres años transcurridos desde la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE, el efecto interpretativo ha jugado un papel notablemente relevante a nivel de juntas consultivas, tribunales administrativos de contratos y tribunales de justicia. Destaca el informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA donde se declara la necesidad de revisar el criterio mantenido con anterioridad, en aras de acomodarlo mejor al nuevo contexto normativo propiciado por la irrupción de la Directiva. Otro caso semejante es el de la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del TSJM, cuya fundamentación dimana en buena parte del prisma que ofrecen las nuevas reglas armonizadas sobre lotes. Igualmente, el acuerdo 60/2015, de 15 de mayo de 2015, del TACPA aconsejó la división del objeto de un contrato en lotes, reputando dicha división como una buena práctica en aplicación del marco normativo vigentes, al entender que la Directiva 2014/24/UE ya se halla en vigor, aunque no transpuesta, y que ésta establece la regla general de licitar por lotes.

A la luz de estos tres ejemplos, entre otros, la eficacia del efecto interpretativo en relación al artículo 46 y los considerandos 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE queda fuera de toda duda. No obstante, la virtualidad de este efecto comenzó a decaer hace un año. Aunque suponga precipitar algunas conclusiones, aquellas partes del artículo 46 que no son susceptibles de beneficiarse del efecto directo, tampoco podrían desarrollarse a partir del efecto interpretativo. En otros aspectos de la Directiva el efecto interpretativo seguirá desempeñando un rol notorio hasta la definitiva aprobación de las normas que la transpongan, pero en los lotes el margen es escaso o prácticamente nulo después del 18 de abril de 2016. Tras esa fecha, el efecto directo desplaza al efecto interpretativo en materia de lotes.

El efecto directo de las Directivas deriva de la primacía del Derecho de la Unión Europea frente al Derecho nacional (112). Fue la sentencia de 5 de

(112) La sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Flaminio Costa contra Enel, del TJUE consagró por primera vez el efecto de primacía del Derecho de la Unión Europea. Su alcance abarca tanto el Derecho primario como el Derecho derivado; cuando una disposición normativa nacional contravenga otra comunitaria, las autoridades del Estado miembro han de aplicar la comunitaria por encima de la nacional. De forma más minuciosa, R. ALONSO GARCÍA (2010: 253-268).

febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, la que sentó los cimientos sobre la que se ha edificado el desarrollo posterior. Introducida la noción en *Van Gend en Loos* son las sentencias 148/78, de 5 de abril de 1979, asunto *Ratti*, y la sentencia 8/81, de 19 de enero de 1982, asunto *Ursula Becker*, del TJUE las que ahondaron y sistematizaron la teoría general.

Las Directivas están, en principio, desprovistas de efecto directo mientras los Estados miembros cumplan puntual y correctamente las cargas impuestas por las propias Directivas. Si se ha satisfecho adecuadamente esta última condición, los derechos u obligaciones reconocidos en las Directiva serán exigibles conforme al Derecho nacional y no desde la Directiva. Como expuso la sentencia de 19 de enero de 1982, asunto *Ursula Becker*, «en todos los casos en que una directiva ha sido correctamente aplicada sus efectos alcanzan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro afectado». El TJUE conceptúa el efecto directo como una garantía mínima frente a una situación patológica anómala, provocada por el incumplimiento del mandato dirigido a los Estados miembros de ejecutar en plazo y correctamente la Directiva.

Por medio del efecto directo el incumplimiento no sana ni se ve corregido, representa tan sólo una barrera provisional hasta la efectiva ejecución por el Estado miembro afectado que acabe de manera rotunda con la anomalía (113). En definitiva, el efecto directo surge como un remedio para preservar, a su vez, el efecto útil y vinculante de las Directivas cuando los Estados miembros no han actuado con la diligencia debida en su transposición (114). El cariz sancionatorio que posee el efecto directo se colige del hecho de que únicamente abarque las relaciones verticales ascendentes entre particulares y Estado. Las horizontales de componente privado y las verticales quedan excluidas de su área de aplicación. Si repercute exclusivamente en el Estado miembro infractor es porque no hay más sujetos obligados por la Directiva, los demás quedarán sujetos a ella cuando adquiera trasunto en el ordenamiento jurídico nacional. El efecto directo pretende evitar que el Estado miembro que no ha adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva, no pueda oponer luego a los particulares la transgresión,

(113) Profundiza en esa vertiente la sentencia 270/81, de 15 de julio de 1982, asunto *FelicitasRickmers-Line KG & Co*;

(114) Para un mayor conocimiento de la naturaleza y rasgos del efecto directo de las Directivas pueden consultarse las siguientes referencias: D.J. LIÑÁN NOGUERAS (2011: 370-382); R. ALONSO GARCÍA (2010: 219-238); C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 37-38); L. MILLÁN MORO (1991: 845-877); y L. MILLÁN MORO (1984: 445-474). Principalmente, éstas han sido las bases utilizadas para confeccionar el epígrafe en todo lo relativo al efecto directo.

en la que él mismo ha incurrido (115), de las exigencias provenientes de la Directiva (116).

Pensando en el supuesto concreto de los lotes, la inobservancia de la nueva regla general implantada con el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, perjudicaría a las PYME europeas. Aunque por la estructura de las PYME sea más habitual que circunscriban su actividad a un único Estado, y dentro del Estado solamente a una parte de él, algunas de ellas pueden estar interesadas en participar en procedimientos de adjudicación de otros países de la UE, dependiendo de factores como el sector al que pertenezcan, el tamaño de la empresa o su localización geográfica (pensemos en territorios limítrofes). Dicha participación se vería severamente obstaculizada de pervivir el modelo integral de contratación. De modo que las PYME de un estado infractor si podrían acudir a las licitaciones de estados cumplidores, pero no a la inversa.

Para que pueda activarse el efecto de directo de una Directiva es preciso que concurren una serie de presupuestos, de los que se dará explicación a continuación de forma somera (117). El primero de ellos, ya mencionado, exige que el Estado miembro haya incumplido su deber de transposición, bien porque no haya dictado en plazo la norma de transposición, o bien porque habiéndola dictado su contenido no respete el mandato de la Directiva.

El segundo de los requisitos radica en que el precepto de la Directiva contenga un mandato preciso, claro e incondicionado. La sentencia 236/92, de 23 de febrero de 1994, asunto *Difesa della cava*, esclarece un poco más la dimensión real de estas tres palabras. Así, por incondicional ha de entenderse «no sujeta a ningún condición, ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones de la Comunidad (actual UE) o de los Estados miembros». La notas de precisión y claridad equivale al establecimiento de la obligación en términos inequívocos.

Por su parte, el tercero exige que el precepto suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos. Empero, hay que aclarar que desde la la sentencia de 19 de enero de 1982, asunto *Becker*, del TJUE la jurisprudencia entiende este requisito de forma muy generosa. Cualquier disposición, generadora o no de derechos subjetivos en sentido estricto, que el particular tenga interés en invocar frente a inejecuciones o ejecuciones defectuosas, es considerada apta de beneficiarse del efecto directo. Por esa razón,

(115) R. ALONSO GARCÍA (2010: 224). Alonso García vincula el carácter sancionatorio del efecto útil al juego de los principios generales del Derecho (*estoppel, nemo auditar suam turpitudinem allegans o non venire contra factum proprium*).

(116) La sentencia 91/92, de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori*, del TJUE declaró que un Estado no puede sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario.

(117) El informe 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón hace una buena síntesis de los mismos.

el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, sin reconocer ningún derecho subjetivo en favor de los particulares, es susceptible de generar consecuencias jurídicas a través del efecto directo. Superado el plazo de transposición, la aplicación del efecto directo gravita más en torno al cumplimiento de la segunda condición.

Por último, la técnica del efecto directo de las Directivas sólo debe emplearse en defecto de norma de incorporación correcta, que si existe, debe ser la que se aplique. Además, también es subsidiaria del principio de interpretación del Derecho nacional vigente, en el sentido favorable al efecto útil de las Directivas, de modo que solo cuando ésta operación no sea posible debe de acudir a la doctrina del efecto directo.

Hecho acopio de la teoría general, podemos confrontarla respecto al caso particular del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE. De momento, todos los informes publicados (118) coinciden al declarar que los apartados 1 y 2 del artículo 46 tienen efecto directo. Ambos son preceptos lo suficientemente claros y precisos y no están supeditados a ninguna condición. Con todo, la facultad de limitar las adjudicaciones podría ofrecer algunas dudas. Como hemos dicho, el Estado tiene que soportar la apelación por los particulares de sus derechos, a la vez que renunciar a exigir el cumplimiento de las obligaciones que pudiera establecer la disposición de efecto directo. Aun partiendo de una visión flexible del concepto de derecho a los efectos de aplicar, valga la redundancia, el efecto directo, el apartado 2 no parece encajar del todo. Realmente, no estamos ni ante un derecho ni un carga, variará en función de la relación subjetiva específica. Aquel contratista que habiendo presentado la oferta económicamente más ventajosa, deba renunciar a ella, por exceder el número máximo marcado en el anuncio de licitación, indudablemente esta soportando un perjuicio fruto de la nueva prerrogativa. Por contra, para los licitadores beneficiados por la mayor diversificación en el reparto de los lotes, en vez de concentrarlos en unos pocos contratistas, sí se trataría un derecho en el sentido dado por la sentencia de 19 de enero de 1982, asunto *Becker*, del TJUE. Más que ante un derecho, nos hallamos ante una cláusula neutra, situada en tierra de nadie.

No cabría argüir este mismo razonamiento en relación el apartado 1 del artículo 46 puesto que la división en lotes en todo caso puede beneficiar a las PYME, pero por sí misma no daña los intereses del resto de empresas. En

(118) Véanse, los informes 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón, 19/2014, de 17 de diciembre de 2014, y 1/2016, de 6 de abril de 2016, de la JCCA de Cataluña y el documento de trabajo sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público, presentado y aprobado el de 1 de marzo de 2016, por los tribunales administrativos de contratación pública españoles.

relación a las PYME, la caracterización presentada por la conspicua sentencia *Becker* se cumple de forma indubitada.

Siempre podría ampararse el límite a las adjudicaciones desde la interpretación conforme a la Directiva, ya que no existe ninguna prohibición expresa en el TRLCSP o sus reglamentos de desarrollo; sin embargo, esa vía se encontraría con la oposición de varios precedentes del TACRC (119). Sea como fuere, no deja de ser ésta una disquisición meramente intelectual, pues en el terreno práctico, probablemente se impondrá sin vacilación la interpretación manifestada, que defiende el efecto directo completo del apartado 2, por las juntas consultivas y los tribunales administrativos de contratación pública.

En cuanto al apartado 3 del artículo, de nuevo se produce el consenso: no goza de efecto directo. El apartado 3 no está lo suficientemente delimitado y requiere del complemento del legislador nacional. Sin embargo, en el caso español la oferta integradora ya constituía una fórmula admitida y empleada con asiduidad. No hay ningún inconveniente en que se siga utilizando como hasta ahora, a la espera de que el Proyecto colmate y concrete su regulación.

En último lugar, indudablemente, el apartado 4 no puede acogerse al efecto directo ya que remite expresamente al legislador nacional para el desarrollo de su régimen jurídico y lo configura como una opción legislativa de carácter potestativo. De hecho, tanto los redactores del Anteproyecto como los del Proyecto decidieron no hacer uso del apartado.

Recapitulando, los tres primeros apartados del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, ya sea por el efecto directo o por ser figuras contempladas con anterioridad en el ordenamiento jurídico español, resultan aplicables en estos momentos. Aunque no se haya transpuesto formalmente el artículo 46 a nuestro Derecho, exceptuando el apartado 4, va a regir plenamente. Por lo tanto, no queda otra al sector público español que hacer frente a las novedades y aprovechar sus ventajas, que son muchas si se les sabe sacar provecho.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ANTE EL NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL

Cada vez que se anuncia la llegada al Derecho de un gran cambio, al mismo tiempo, con la noticia surge la sombra de la incertidumbre. Desde la primera generación de Directivas en materia de contratación pública, el obje-

(119) Resoluciones 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 394/2015, de 24 de abril de 2015, del TACRC. En sentido opuesto, los informes 19/2014, de 17 de diciembre, y 1/2016, de 6 de abril, de la JCCA de Cataluña sostuvieron que estas previsiones eran plenamente aplicables incluso antes de haber finalizado el plazo de transposición de la Directiva.

tivo prioritario ha sido la supresión de las barreras formales y materiales que obstaculizan a los potenciales licitadores de los Estados miembros acudir con éxito a procedimientos convocados dentro de todo el territorio de la Unión Europea. Pese a la indudable contribución de las Directivas a la mejora de los mercados europeos de contratación pública, los beneficiarios de esos avances han sido eminentemente los licitadores nacionales. De acuerdo a los datos de los que dispone la Comisión, el 98% de los contratos adjudicados con arreglo a las pautas marcadas por las Directivas fueron a parar a licitadores del mismo país que impulsaba el procedimiento de contratación (aproximadamente un 96% del valor total) (120).

Calificar de estériles los esfuerzos de las Directivas por no haber alcanzado uno de sus grandes objetivos, quizás el principal, sería un error considerable. No deben desvalorizarse los logros conseguidos en las legislaciones nacionales gracias a su influjo. Parafraseando a Robert Schuman, el mercado interior de la contratación pública no se hará de una vez, se hará por medio de realizaciones concretas. Paso a paso hasta la luna se llega a conquistar. Cuando se mencionan esta clase de estadísticas no hay ninguna intención de alentar la desazón, el propósito subyacente bajo el recordatorio es simplemente preventivo. La experiencia de estos años nos ha enseñado a ser cautos; no resulta fácil eliminar inercias arraigadas profundamente durante décadas, a veces incluso siglos, en la práctica administrativa. Algunas transformaciones que prometían trastocar de arriba abajo nuestra forma de entender el Derecho, han acabado asemejándose al Gatopardo: todo debe cambiar para que nada cambie.

La cuarta generación de Directivas no está exenta de los riesgos que han atravesado sus predecesoras. En particular, el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, en conjunción con otros preceptos de la misma, plantea una de las modificaciones más ambiciosas hasta la fecha, incidiendo sobre patrones básicos de la contratación. Una aspiración tan elevada y tan rupturista con relación a las prácticas más frecuentes de la contratación pública, particularmente en el caso español, es muy probable que encuentre cierta resistencia a su paso. Los poderes adjudicadores que deberán dar alas al cambio legislativo para que alcance el vuelo, tal vez terminen siendo quienes se las corten.

A fin de cuentas, el artículo 46 se enfrenta con uno de los enemigos más poderosos de todo cambio normativo: la costumbre. El sector público español está habituado a un modelo de relaciones bilaterales entre el contratista y el ente adjudicador; por contra, la división en lotes obliga a seguir un enfoque

(120) Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, pág. 3).

multilateral. A la hora de supervisar la realización de una prestación hay más operadores y más puntos de interés a los que prestar atención. De este enfoque se colige, al menos en teoría, para el sector público una nueva forma de relacionarse e interactuar con los contratistas. Confeccionar el objeto de los lotes supone un desafío considerable cuando no se ha pensado en pequeño hasta ahora, o si cuando se ha hecho ha sido más con objeto de eludir requisitos de publicidad o procedimiento. Acomodados en las prácticas del sistema integral, basado en la unidad del contrato, crear nuevas rutinas de trabajo y superar al mismo tiempo las viejas querencias puede representar una tarea hercúlea.

Nos aguardan meses de ensayo y error hasta encontrar las fórmulas más óptimas. Dado que el artículo 46.1 de la Directiva consagra un principio de «cumplir o explicar» de cara al fraccionamiento en lotes, la duda estriba en si prevalecerá el cumplimiento o la explicación. Deseando que sea lo primero —por el momento las Administraciones Públicas muestran disposición de aplicar los cambios demandados por la Directiva—, no sería posible cerrar la investigación sin proponer antes varias orientaciones de corte práctico, que puedan servir de ayuda en el nuevo contexto en el que ya nos hallamos sumidos desde el 18 de abril de 2016.

Abrir las puertas a las PYME supone dar entrada al 99,8% del tejido empresarial español y europeo. A priori, la desagregación en lotes contribuye al fomento de la competencia al reducir las dimensiones de la contratación pública hasta un tamaño o grado de especialidad asequible para las PYME. Sin embargo, la ampliación de los objetos sobre los que licitar también incrementa las posibilidades de reparto entre las empresas. Una precaución imprescindible en el diseño de lotes es procurar que el número de lotes sea inferior al de los participantes que se presume que acudirán o pueden estar interesados (121). La economía como ciencia afronta el problema de la escasez. Ya que disponemos de bienes limitados, estamos obligados a sacarles el máximo aprovechamiento. Trasladada esta idea general al campo de los contratistas, la posibilidad de no obtener la adjudicación es lo que impulsa al licitador a perfeccionar su oferta de modo que pueda superar a la de los demás. Si tuviera garantizado al menos un lote, perdería parte de ese interés y el riesgo de colusión aumentaría en consonancia.

La pérdida de competencia puede verse agudizada en el caso de que se haga un mal uso de las prerrogativas para limitar el número máximo de ofertas a presentar o el número máximo de lotes a adjudicar. Incluso si el número de lotes coincidiera con el de los operadores interesados, siempre alguno de ellos

(121) En este sentido, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia, publicada en el año 2010 por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

puede aspirar a obtener la adjudicación de todos. Ese acicate desaparece en el momento que sabe que como mucho podrá obtener un par de lotes y el resto habrán de adjudicarse a otros licitadores. Por eso es capital que la oferta de lotes sea siempre inferior a la demanda esperada. De lo contrario, nos exponemos a situaciones semejantes a las ocurridas en EE. UU. durante los años 90 en relación a la contrata de la leche para los colegios (122).

Aunque parezca irónico, en aras de preservar la competencia los lotes deben ser lo suficientemente pequeños para que puedan participar las PYME en condiciones aceptables, y a la vez han de tener un tamaño lo bastante grande para que no quepa reparto del mercado entre los licitadores. Cada sector exigiría la confección de una arquitectura diferente atendiendo a la concreta realidad del mercado, que ha de convertirse en un canon permanente a la hora de afrontar los retos derivados de la contratación pública. Si bien siempre fue aconsejable, ahora el sector público está obligado a conocer con más detalle las circunstancias del sector privado (123).

En cuanto a la posibilidad de motivar la no división en lotes, hay que descartar cualquier argumento basado en asertos genéricos sin comprobación real en el supuesto práctico. En el pasado se adujo con mucha facilidad el incremento de la eficacia, la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones, el aprovechamiento de la economía de escala y la optimización de la ejecución global del contrato como argumentos contrarios a la descomposición en lotes (124); empero, en demasiadas ocasiones no se llegaban a detallar las razones desde las que se había concluido que todos estos beneficios concurrirían en el caso concreto del que se tratara. En principio, la oposición al fraccionamiento por argumentos de corte económico, salvo que sean muy contundentes y evidentes, han de ser descartados y sustituirse por la implantación en los pliegos y el anuncio de licitación de la posibilidad de recurrir a la oferta integradora.

En palabras de la JCCA de Aragón, «la oferta integradora permite, a través de la presentación de proposiciones simultáneas, visionar ambos resultados y compararlos (suma de mejores ofertas individuales versus oferta integradora) y, a la vista de esa valoración, concluir si son mejores las ofertas individualmente

(122) PORTER, R. y DOUGLAS ZONA, J. (1999, pp. 263-288). El Departamento de Justicia de EE. UU. describió como «epidémico» el escenario. La constitución de un lote por colegio permitió que cada empresa tuviera su cuota garantizada, disuadiéndolos de competir entre sí.

(123) El informe PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015, detectó importantes deficiencias en relación a la aproximación de los órganos de contratación a la realidad mercada, producto de las escasas evaluaciones realizadas sobre el mismo.

(124) A este respecto, las resoluciones 247/2012, de 7 noviembre de 2012, 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, o 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC.

consideradas o una de las ofertas integradas (125)». Admitiendo su uso se permite cotejar de manera efectiva cual de los dos modelos es mejor para el caso concreto y optar por él desde los principios de la oferta económicamente más ventajosa. Por consiguiente, el rechazo completo a los lotes debe fundarse esencialmente en consideraciones relativas a la ejecución y a la coordinación, no a lo económico, que siempre podrá comprobarse a través de la combinación de la oferta integradora con los lotes. Aun así, hay que tener cuidado y no emplear esta técnica ante la menor vacilación. Después de todo, el empleo excesivo de la oferta integradora vaciaría de sentido la nueva regla general del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, desvirtuándola.

Evidentemente, la división en lotes comporta una serie de dificultades organizativas ausentes en el modelo integral, lo cual no significa que no puedan salvarse con un poco de esfuerzo. En aquellos contratos que lo requieran por su naturaleza, conforme a las previsiones del artículo 118 del TRLCSP, puede establecerse en los pliegos y en el anuncio de licitación como condición especial de ejecución la necesaria coordinación entre los operadores económicos que finalmente resulten adjudicatarios de los diversos lotes.

Finalmente, acerca del tipo de lotes en los que se organicen las licitaciones de ahora en adelante, la casuística es prácticamente inagotable. En nuestro Derecho, la aplicación estos años de los acuerdos marcos ha dejado un acervo de experiencias que pueden constituir, *mutatis mutandi*, una primera guía desde la que empezar a trabajar, al haber sido bajo este marco donde se han utilizado con más asiduidad los lotes, por mucho que fuera dentro de otras dinámicas contractuales. Por desgracia, en esta tarea no podemos hacer acopio de la doctrina pasada, ya que se basaba en premisas diferentes y hoy las conclusiones no serían las mismas (126).

Al final no queda otra que seguir la máxima de la *Small Business Act*: pensar primero en pequeño. Una buena metodología podría ser buscar la mínima unidad funcional que cumpla todos los requisitos propios de un contrato (127) y desde ahí construir los lotes. Ello no significa necesariamente que el lote deba ser justo esa unidad funcional, pero es conveniente identificarla para saber hasta qué punto podría llegar a reducirse el tamaño y especialización de un lote sin perder su operatividad. Contar con esa base no constituye ningún óbice para diseñar con posterioridad lotes de mayor tamaño o especialización; siguiendo este sistema hallaremos las prestaciones que pueden realizarse de forma independiente, por lo que incluso facilitar la elaboración de lotes mayores al disponer de más información.

(125) Véase, el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón.

(126) En ese sentido, el informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA del Estado.

(127) AGUDO GONZÁLEZ, J., (2013, pp. 112 y ss.).

Ahondar en los posibles criterios para la división (gremios, especialización, calidades, fases de la ejecución en un proyecto, territorio, sedes, cuantía, etc) representaría una tarea casi inagotable. No obstante, independientemente del criterio seleccionado, el sector público siempre deberá otear antes en el sector privado para constatar cual es su estructura y distribución. La mejor forma de diseñar los lotes es subsumir la información del mercado dentro de las necesidades públicas, especialmente para evitar desajustes. En ocasiones, los requerimientos del sector público no van a tener un reflejo perfecto en el mercado y por ello no cabe limitarse a replicarlo de forma mimética, aunque tampoco pueda alejarse por entero. Como en tantas cosas la virtud aristotélica del punto medio es la respuesta. Asimismo, hacer un diseño lo suficientemente atractivo de todos los lotes, sin descompensarlos en exceso, es fundamental para que no queden desiertos una parte, mientras unos pocos concentran todas las ofertas.

Aunque durante los primeros años la división en lotes acarree algunos desafíos, los entes adjudicadores han de ser conscientes que el mayor atolladero va a ser esta primera etapa. Una vez superado el periodo adaptativo, los lotes pasarán a ser otra rutina más dentro de la praxis general, una rutina de la que pueden sacar mucho rendimiento si actúan juiciosamente, aunque no exenta de riesgos o dificultades. Sólo resta esperar para comprobar cuantos grados traza el recorrido: 180 o 360. Si estamos ante las puertas de una nueva lógica contractual o, por contra, de un gatopardo en el que todo cambie, sin que nada varíe realmente en el devenir futuro.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2015): «El precio en los contratos del sector público. Análisis sistemático. Parte I», en *Revista de estudios locales*, nº 176, pp. 44-81.
- (2013): «El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley», en *Número extraordinario de la revista de estudios locales*, pp. 147-181.
- BARCELONA LLOP, Javier (2002): «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, 1ª edición, Universidad de Cantabria, Santander.
- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2012): «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 116, pp. 30-43.
- (2011): «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador

- del procedimiento», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 111, pp. 34-41.
- BARRIO GARCÍA, Gonzalo (2013): «Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública», en PERNAS GARCÍA (Dir), *Contratación pública estratégica*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2013): «El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos», en PERNAS GARCÍA (Dir), *Contratación pública estratégica*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- CANDELA TALAVERO, José Enrique (2011): «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor», *Auditoría Pública*, Nº 53, pp. 85-94.
- CARBONERO GALLARDO, José Miguel (2014): «Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Nº 131, pp. 69-73.
- (2010): *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*, Editorial de la Universidad de Granada, Garanda.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2013): «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos (I)», en SÁNCHEZ MORÓN (Dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y su Estados Miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid.
- COLÁS TENAS, Jesús (2013): «El procedimiento negociado y el dialogo competitivo», en *Seminario contratación pública innovadora*, Castellón.
- CONTRERAS, Pedro de Pablo (2011): «Requisitos del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord), *Curso de Derecho civil (III) Derecho de obligaciones*, 3ª edición, Colex, Madrid.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 1ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José (2013): «Contratación administrativa y libre competencia», en *Revista española de Derecho administrativo*, nº 158, pp. 89-126.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2014): «Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de acreditación de la solvencia técnica», en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 134, pp. 52-58.
- (2008): «Necesidad e idoneidad de los contratos celebrados por el sector público», en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 81, p. 62.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (2009): El contrato menor, en Bermejo Vera (Dir) y Bernal Blay (Coord), *Diccionario de contratación pública*, 1ª edición, Iustel, Madrid.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011a): *Curso de Derecho administrativo I*, 15ª edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- (2011b): *Curso de Derecho administrativo II*, 12ª edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en Villoria Mendieta, Gimeno Feliú, Tejedor Bielsa (Directores), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, .
- (2015) «Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública», en *Revista Derecho y Sociedad*, N°44 pp. 39-54.
- (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, 1ª edición, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013): «Compra pública estratégica», en PERNAS GARCÍA (Dir), *Contratación pública estratégica*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013): «Las nuevas Directivas-cuarta generación-en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», en *Revista española de Derecho administrativo*, N°159, pp. 39-106.
- (2010): «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 9, pp. 50-55.
- (2008): «Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contrato del Sector Público», en esta REVISTA, n° 32, Monográfico X, pp. 13-48.
- (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, 1ª edición, Civitas, Madrid.
- GRAJAL CABALLERO, Inmaculada (2009): «Análisis de diversos aspectos de la figura del contrato menor en las Entidades Locales a la luz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, N° 20, pp. 2955-2978.
- HUERGO LORA, Antonio (2005): «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», en *Revista española de Derecho administrativo*, n° 126, pp. 217-246.
- LAGO NÚÑEZ, Guillermo (2008): «La negociación como procedimiento contractual», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n° 10, pp. 1772-1784.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego Javier (2011): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid.

- MAÑEZ MARTÍNEZ, Eva (2015): «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacía una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (2011): «Contenido y eficacia del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord.), *Curso de Derecho civil (II) Derecho de obligaciones*, 3ª edición, Colex, Madrid.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2013): «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», en *Diario la Ley*, nº 7382.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2011): «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor.
- MELERO ALONSO, E. y ESPÍN SÁEZ, M., «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº1, 1999.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2003): «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», en *Revista de estudios de la administración local*, nº 291, pp. 705-730.
- MILLÁN MORO, Lucía (1991): La eficacia directa de las directivas: evolución reciente, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, nº 3, 1991, pp. 845-879.
- (1984): «Aplicabilidad directa» y «efecto directo» en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en *Revista de instituciones europeas*, Vol. 11, Nº 1, pp. 445-474.
- MORENO MOLINA, J.A. (2015a): «Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español», en *Gabilex*, Número extraordinario con motivo de las XXVII Jornadas de Letrados de las CC. AA., pp. 103-132.
- (2015b): *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, 1ª edición, Chartridge Books Oxford, Oxford.
 - (2011): «Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración», en *Anuario de gobierno local 2011*, nº 1, pp. 117-145.
 - (2009): «Procedimiento negociado», en Bermejo Vera (Dir) y Bernal Blay (Coord.), *Diccionario de contratación pública*, 1ª edición, Iustel, Madrid.
 - (2008) «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos públicos», en *Revista jurídica de Navarra*, nº 45, pp. 45-73.

- MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008): *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 1ª edición, La Ley, Madrid.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2009): «Uniones temporales de empresas», en Bermejo Vera (Dir) y Bernal Blay (Coord), *Diccionario de contratación pública*, 1ª edición, Iustel, Madrid.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (2009): «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», en *Revista Electrónica CEMCI*, nº3.
- PORTER, Robert. y DOUGLAS ZONA, John (1999): Ohio school milk markets: an analysis of bidding, en *RAND Journal of Economics*, Vol. 30, nº 2, pp. 263-288.
- PÉREZ PAREDES, Esmeralda (2013): «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2015): «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», en *Revista de Administración Pública*, nº 196, pp. 97-135.
- RIERA LÓPEZ, Marta (2013): «Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo», en *Auditoría Pública*, nº 61, pp. 61-68.
- RUIZ RUBIA, Carlos V (2012): «La justificación del procedimiento negociado», en *Contratación administrativa práctica*, nº 12, pp. 60-63.
- SANTÍAS VIADA, José Antonio (1996): «La regulación del procedimiento negociado para la adjudicación de contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas», *Noticias de la Unión Europea*, nº 136, pp. 131-138.
- VÁZQUEZ MATILLA, Javier (2014): «Los contratos del sector público (2) Formación y vicisitudes», en YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.

CRÓNICAS

EL INCREMENTO DEL GASTO SOCIAL Y LA INVERSIÓN PÚBLICA EN LOS PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2017^(*)

SABINA DE MIGUEL ARIAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2017: 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 2017. Con este fin se examina, en primer lugar, la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y, en segundo término, su articulado o parte dispositiva. Asimismo, se efectúa una mención a las principales novedades que presenta la referida Ley respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2016.

Palabras clave: Ley de Presupuestos 2017; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2017. 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 2016 Budget.

Key words: 2017 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación anual de la Ley de Presupuestos por las Comunidades Autónomas constituye una manifestación legislativa de suma importancia (1), en

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 17 de mayo de 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 24 de mayo de 2017.

(1) Así ha venido indicándose en precedentes comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón. En especial, pueden consultarse los comentarios a los Presupuestos para los ejercicios 2015 y 2016, realizados, respectivamente, por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J., y CARRERAS MANERO, O., en los números 45-46 y 47-48 de la presente REVISTA.

la medida en que, según ha venido afirmando nuestro Tribunal Constitucional, el Presupuesto es un elemento esencial de cualquier organización política y una institución característica del sistema democrático (2).

Es más, como ha advertido el Tribunal Constitucional (3), la Ley de Presupuestos constituye uno de los aspectos fundamentales en que se proyecta el contenido de la *autonomía financiera* de las Comunidades Autónomas constitucionalmente reconocida, y, junto a lo anterior, la misma es el instrumento esencial para la ordenación económica y la dirección de la actividad financiera autonómica durante el periodo anual.

Siendo esto así, el presente trabajo tiene por objeto examinar el contenido de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2017, realizando, asimismo, un estudio comparativo respecto de los Presupuestos correspondientes al ejercicio precedente (2016).

Ahora bien, antes de proceder a analizar el contenido de Ley de Presupuestos, es preciso poner de relieve la conveniencia de realizar su aprobación con anterioridad al día 31 de diciembre de cada año, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 36 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (4). Sin embargo, en el presente ejercicio ha resultado necesario hacer uso del mecanismo de prórroga del Presupuesto del año 2016 hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos para 2017, según se contempla en distintas disposiciones normativas (5). Más en concreto, las específicas condiciones de la citada prórroga —que tiene un carácter automático— fueron objeto de determinación a través de la Orden de 23 de diciembre de 2016, del Departamento de Hacienda y Administración Pública (6).

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1994, entre otras.

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(4) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(5) Como el artículo 111.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón o el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(6) BOA núm. 250, de 30 de diciembre de 2016. La mencionada Orden fue objeto de modificación posterior por las Órdenes de 12 de enero y de 7 de febrero de 2017 (BOA núm. 11, de 18 de enero de 2017 y BOA núm. 27, de 9 de febrero de 2017).

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2017

Los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2017 han sido aprobados por la Ley 4/2017, de 10 de mayo (7), manteniendo la estructura que resulta habitual desde el año 1983, la cual es, por lo demás, idéntica a los de otras entidades territoriales —como el Estado o las Entidades Locales—. En este sentido, puede distinguirse en su seno el siguiente contenido: en primer término, el relativo a los *estados financieros* —entre los que se incluyen las partidas relativas a los gastos (obligaciones a reconocer) y a los ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, en segundo lugar, el referido a la *parte dispositiva o articulado* (8).

En consecuencia, a lo largo de los siguientes epígrafes se abordará el estudio de la Ley de Presupuestos para el año 2017, analizando tanto los estados financieros de gastos e ingresos como, ya con posterioridad, las previsiones contenidas en el articulado o parte dispositiva de la citada norma. Empero, cabe señalar que su elaboración se ha llevado a cabo en un contexto en el que no se han aprobado los Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, circunstancia ésta que genera cierta incertidumbre en relación con algunas materias, como las previsiones de ingresos, que han sido estimadas dentro del marco competencial que corresponde a nuestra Comunidad Autónoma.

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

Los créditos iniciales de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón del ejercicio 2017 suman un importe de 5.577.164 miles de euros, cifra ésta que, en comparación con los Presupuestos del año anterior (5.129.957 miles), determina un incremento absoluto de 447.207 miles y porcentual del 8,7%. Ello rompe con la tendencia decreciente seguida en los ejercicios 2015 y 2016, en la medida en que se produce un claro aumento global de la cantidad presupuestada.

De acuerdo con lo previsto el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, los créditos incluidos en el estado de gastos se agrupan atendiendo a una clasificación orgánica, económica y funcional. Así, esta triple clasificación permite poner de relieve,

(7) Publicada en el BOA núm. 22, de 17 de mayo de 2017.

(8) Las instrucciones relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2017 aparecen recogidas en la Orden de 8 de junio de 2016, del Departamento de Hacienda y Administración Pública (BOA núm. 113, de 14 de junio).

desde una perspectiva presupuestaria, qué órgano realiza un específico gasto (clasificación orgánica), la naturaleza de cada gasto —en qué se gasta— (clasificación económica) y la actividad a la que se destina el gasto —para qué se gasta— (clasificación funcional y por programas).

De conformidad con lo anterior, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el año 2017 se desarrollará atendiendo a las clasificaciones orgánica y económica (9), con el fin de destacar, por tanto, los entes que han de realizar cada gasto y su específica naturaleza.

Siendo eso así, y comenzando con la *clasificación orgánica*, en el ejercicio 2017 puede constarse un aumento de los créditos para gasto en la mayor parte de los Departamentos o Secciones integrantes del Presupuesto.

En este sentido, únicamente ven reducidas sus dotaciones el Departamento de Hacienda y Administración pública, que experimenta una minoración de 658 miles de euros —lo cual representa un descenso relativo del 1,5%— y, en menor medida, el Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón, cuyos créditos se reducen en 213 miles de euros —disminución ésta cercana al 9%, en términos porcentuales—.

Por su parte, los créditos correspondientes al Consejo Consultivo de Aragón y al Consejo Económico y Social de Aragón no han sido objeto de variación, puesto que se mantienen idénticos a los previstos en el ejercicio precedente (323 miles de euros y 474 miles de euros, respectivamente).

En cuanto a los créditos para gasto que han experimentado una subida en términos cuantitativos, deben destacarse los referidos a Diversos Departamentos (150.564 miles de euros más, que comportan un aumento del 25,7% en relación con el Presupuesto del año 2016), así como los correspondientes al Departamento de Sanidad (97.076 miles más —5,4%—) y al Departamento de Educación, Cultura y Deporte (69.758 miles más —8,4%—). A su vez, se aprecia un aumento en los créditos relativos al Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales de 28.996 miles de euros (8,1%) y en los que conciernen al Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad (21.285 miles —2,9%—).

Por otro lado, es destacable el aumento de los gastos destinados a la financiación de las comarcas, pues la sección que lleva por rúbrica A las Administraciones Comarcales experimenta un ascenso de 19.723 miles de euros, lo cual supone, en términos relativos, un montante un 49,2% superior al del ejercicio anterior.

Por lo demás, vienen a incrementarse los créditos de los Departamentos de Innovación, Investigación y Universidad (19.573 miles de euros —8,9%—),

(9) Estas clasificaciones se recogen en un Anexo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

Economía, Industria y Empleo (14.158 miles -7,1%-), Presidencia (13.801 miles -8,7%-), Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (13.013 miles -11,1%-), Cortes de Aragón (119 miles -0,5%-) y, por fin, los que atañen al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (8 miles -23%-).

Ya desde el punto de vista del volumen de crédito de las diversas Secciones y Departamentos, como resulta habitual es el Departamento Sanidad el que ostenta una mayor importancia cuantitativa, pues su montante global asciende a 1.898.364 miles de euros, que suponen un 34% del gasto presupuestado.

A este último Departamento le siguen, aunque ya con menos de la mitad del crédito previsto en el ámbito de la sanidad, el Departamento de Educación, Cultura y Deporte (901.006 miles), Desarrollo Rural y Sostenibilidad (766.035 miles) y la sección referida a Diversos Departamentos (736.495 miles), cifras todas ellas que suman, de modo aproximado, el 43% de la cuantía total del Presupuesto.

A continuación, con una importancia media desde un punto de vista cuantitativo, se sitúan los Departamentos de Ciudadanía y Derechos Sociales (388.532 miles), Innovación, Investigación y Universidad (240.431 miles), Economía, Industria y Empleo (214.566 miles), Presidencia (172.835 miles), Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (130.039 miles), A las Administraciones Comarcales (59.844 miles) y Hacienda y Administración Pública (42.572 miles)

Por último, las Secciones que presentan una dotación menor en el conjunto del Presupuesto del año en curso son, al igual que en años precedentes, las relativas a las Cortes de Aragón (23.425 miles), Presidencia del Gobierno de Aragón (2.170 miles), Consejo Económico y Social de Aragón (474 miles), Consejo Consultivo de Aragón (323 miles), así como al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (46 miles).

Así se desglosan, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 5.577.164 miles de euros previstos en el estado de gastos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2017, destinándose dicha cantidad al cumplimiento de las obligaciones de los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad.

Siguiendo con la exposición del estado de gastos de los Presupuestos objeto de análisis, pero ya en lo que atañe a la *clasificación económica*, los créditos para gastos vienen agrupándose de forma tradicional en los dos apartados siguientes: Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos V a IX). A estos efectos, cabe destacar que en el ejercicio 2017 los créditos atribuidos para las primeras operaciones citadas

(4.628.994 miles) superan ampliamente el importe total de los destinados a las segundas (948.170 miles), hasta casi quintuplicarlo (10).

En concreto, y en lo referido a los distintos Capítulos que integran esta clasificación, resulta destacable el hecho de que casi la totalidad de los mismos aumentan su importe en relación con lo previsto en el Presupuesto del ejercicio 2016. De hecho, únicamente se produce la disminución de los Gastos financieros en 12.104 miles de euros, cifra ésta que conlleva un descenso relativo del 6,2% con respecto a la cifra del año precedente.

En este sentido, el Capítulo que más ve aumentado sus créditos desde un punto de vista cuantitativo es el relativo a Pasivos Financieros (189.342 miles), comportando dicha cantidad un elevado incremento porcentual (57,1%). Por su parte, también reflejan un ascenso notable los Capítulos Transferencias Corrientes (138.047 miles) y Gastos de Personal (79.750 miles), cifras que, comparadas con las previstas en los Presupuestos del año 2016, determinan incrementos relativos del 9,6% y del 4,1%, respectivamente.

Asimismo, pero de un modo más moderado, se incrementa el monto de las partidas de los Capítulos referentes a Inversiones Reales (26.870 miles), Gastos en Bienes Corrientes y Servicios (21.723 miles), Transferencias de Capital (3.543 miles) y Activos Financieros (32 miles), cuantías que suponen respectivas elevaciones del 18,8%, 2,7%, 1,5% y 1%.

Por fin, es preciso señalar que el Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria mantiene idéntica dotación a la ya prevista en el Presupuesto del ejercicio 2016 (14.384 miles) (11).

En suma, los Capítulos que ostentan un mayor importe en sus dotaciones desde el punto de vista de la clasificación económica de gastos —representando, en conjunto, el 89% de estos últimos— son los referidos a Gastos de Personal (2.049.085 miles de euros), Transferencias Corrientes (1.579.165

(10) En esta línea, cabe advertir que los Presupuestos para el ejercicio 2016 destinaban a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 4.401.577 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 728.379 miles.

(11) El deber de consignar la dotación denominada Fondo de Contingencia en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste a cuyo tenor «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 en cuanto a la normativa aragonesa, el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón dispone, a estos efectos, que «Dentro del límite del 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».

miles), Gastos en Bienes Corrientes y Servicios (817.849 miles) y Pasivos Financieros (521.216 miles).

En cambio, presentan una importancia cuantitativa inferior a los recogidos en el párrafo anterior los Capítulos tocantes a Transferencias de Capital (239.709 miles), Gastos Financieros (182.894 miles), Inversiones Reales (169.673 miles), Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria (14.384 miles) y Activos Financieros (3.187 miles).

B) El estado de ingresos

Una vez efectuado el examen de los créditos recogidos en sede del estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2017, debe procederse a especificar las fuentes de financiación de aquéllos, lo cual exige analizar el estado de ingresos.

En concreto, el estado de ingresos del Presupuesto de Aragón para el ejercicio 2017 asciende a la cantidad de 5.577.164 miles de euros, cifra que coincide con la incluida en el estado de gastos, cumpliéndose la exigencia de presentar unos Presupuestos formalmente equilibrados (12). En este sentido, de la suma total prevista, 4.619.325 miles de euros corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 960.839 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma Aragón.

A estos efectos, el estado de ingresos se estructura atendiendo a una *clasificación económica*, pudiendo distinguirse los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX). Así, en los Presupuestos para 2017 los Ingresos indicados en primer lugar se elevan a 4.465.362 miles de euros, cantidad que cuadruplica el importe de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales ascienden a 1.111.802 miles.

Comenzando por los *Ingresos Corrientes*, cabe señalar que los mismos han experimentado un aumento global en relación con los Presupuestos de 2016, aunque algunos de sus Capítulos han sufrido una disminución, como ocurre con los referidos a Transferencias Corrientes (21.116 miles de euros menos) y a Ingresos Patrimoniales (10.002 miles menos) —cifras que determinan decrementos relativos del 2% y del 53,1%, respectivamente—.

Frente a ello, en los restantes Capítulos que integran esta tipología de ingresos se aprecia un ascenso, incrementándose, por tanto, las cuantías relativas a los Impuestos Directos (132.372 miles de euros más —10%, en términos

(12) A este respecto, la exigencia de que el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón 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.

porcentuales—), a los Impuestos Indirectos (65.737 miles —3,5%—) y a las Tasas y Otros Ingresos (517 miles —0,9%—).

Por otro lado, el montante total relativo a los *Ingresos de Capital y Financieros* aumenta de forma notable, debido, en su mayor parte, al incremento que tiene lugar en el Capítulo de Pasivos Financieros, el cual experimenta un ascenso de 264.926 miles de euros, que representa un 38,2% más respecto de lo previsto en el Presupuesto del ejercicio 2016. Asimismo, también el importe del Capítulo referido a las Transferencias de Capital asciende en 15.830 miles de euros, cifra que conlleva un incremento relativo del 11,7%.

Por el contrario, sufre una disminución en el monto de su partida el Capítulo correspondiente a los Activos Financieros (57 miles de euros menos —1,8% en términos proporcionales—), mientras que el Capítulo relativo la Enajenación de Inversiones Reales no incluye previsión alguna a estos efectos, disminuyendo, en consecuencia, en un 100% frente a lo presupuestado en 2016 (1.000 miles de euros menos).

Con independencia de lo anterior, del examen individualizado de los estados de ingresos incluidos en el Presupuesto correspondiente a 2017 cabe destacar que, al igual que en años precedentes, los gastos a que ha de hacer frente la Comunidad Autónoma de Aragón son financiados, de modo esencial, a través de las siguientes *fuentes*: Impuestos Indirectos (1.923.574 miles de euros), Impuestos Directos (1.460.912 miles), Transferencias Corrientes (1.010.916 miles) y, por fin, Pasivos Financieros (957.807 miles).

A su vez, presentan una importancia media desde la perspectiva de su cuantía los Capítulos relativos a las Transferencias de Capital (con un importe de 150.962 miles de euros) y a las Tasas y Otros Ingresos (61.122 miles).

En último lugar, los Capítulos referentes a Ingresos Patrimoniales (8.836 miles de euros), Activos Financieros (3.032 miles) y a Enajenación de Inversiones Reales (0), mantienen una dotación económica menor, en la medida en que todos ellos suponen apenas el 0,2% de los ingresos previstos en el presente ejercicio.

Concluido el examen de los estados financieros de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2017, resulta preciso abordar el análisis de las previsiones recogidas en su articulado, con el fin de comprender el contenido, significado y efectos de los referidos Presupuestos. A este respecto, cabe recordar que nos hallamos ante una verdadera norma jurídica cuyos preceptos determinan el destino y límites de los créditos incluidos en el estado de gastos, legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento) y regulan, asimismo, diversos aspectos de los mismos.

2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2017 se encuentra integrada por 41 artículos —distribuidos en 6 Títulos—, 35 Disposiciones Adicionales, 3 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final, siendo su esquema y contenido similar al de ejercicios precedentes.

Así, el *Título Primero* de la Ley de Presupuestos —que lleva por rúbrica «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3)— recoge el contenido esencial de dicha norma, pues viene a contemplar la totalidad de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2017, así como otros aspectos que influyen en su cómputo.

En este sentido, el artículo 2 de esta Ley prevé, con carácter informativo, el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —que se eleva a 766.562 miles de euros (13)—, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 21.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, L.O.F.C.A.) (14) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (15). A su vez, el artículo 3 de la Ley de Presupuestos se ocupa de la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma (16), las cuales, empero, no experimentan incremento alguno para el ejercicio 2017, con carácter general.

En lo que atañe al *Título Segundo* de la Ley objeto de análisis —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 14)—, en él quedan regulados

(13) En concreto, 688.450 miles de euros corresponden al Impuesto sobre el Valor Añadido y a los Impuestos Especiales regulados y gestionados por el Estado y los 60.613 miles de euros restantes corresponden a los Impuestos cedidos regulados y gestionados por la Comunidad Autónoma.

(14) De conformidad con el precepto citado en el texto «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».

(15) A tenor del 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.

(16) A estos efectos, cabe recordar que en virtud del artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón: «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».

tanto el mecanismo de control que ostentan las Cortes de Aragón en relación con ciertos expedientes de gestión presupuestaria, como el régimen aplicable a los créditos contenidos en el estado financiero de gastos y las alteraciones que pueden llegar a producirse en su seno durante el ejercicio.

En concreto, los artículos 4 y 5 de la Ley de Presupuestos establecen los medios de fiscalización que las Cortes de Aragón deben desarrollar acerca de determinadas operaciones financieras y de los expedientes de modificación que alteren el estado de los créditos inicialmente previsto en el Presupuesto por importe superior a 100.000 euros.

A continuación, el artículo 6 del mencionado Texto legal viene a recordar el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los diferentes programas de gasto en lo atinente a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Junto a ello, el apartado segundo del citado precepto complementa dicha previsión en lo que se refiere a la clasificación económica, haciendo alusión a la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a cada uno de los Capítulos integrantes de la referida clasificación.

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley de Presupuestos para 2017 se ocupa de fijar los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, en un primer instante, que con cargo a los respectivos créditos solo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general que se realicen en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario.

No obstante, se admite, en circunstancias determinadas y cumpliendo las exigencias previstas, imputar los créditos del Presupuesto vigente a las órdenes de pago derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios precedentes. Así, en la línea de anteriores Leyes de Presupuestos, el apartado segundo del artículo 7 de la norma examinada permite imputar a los créditos del Presupuesto en vigor el pago de las obligaciones derivadas de alguna de las siguientes causas: atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma, amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés, adquisiciones por precio aplazado de ciertos bienes de naturaleza artística, y, por fin, indemnizaciones por razón de servicio y becas y ayudas de estudio a desempleados.

Desde otra perspectiva, y sin perjuicio del citado carácter limitativo y vinculante de los créditos autorizados en el Presupuesto, existen una serie de créditos del estado de gastos a los que se confiere la condición de ampliables, los cuales aparecen enumerados en el artículo 8.1 de la Ley de Presupuestos, de conformidad con la autorización contenida en el artículo 40 del Texto

Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (17). Con este fin, se prevé que la financiación de los citados créditos se realizará mediante la baja en otros créditos para gastos y, de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de tesorería (artículo 8.2 Ley de Presupuestos).

Asimismo, el referido carácter vinculante de los créditos para gastos aparece excepcionado por el artículo 9 de la Ley de Presupuestos, a tenor del cual se otorga al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de las retenciones y transferencias de crédito recogidas en dicho precepto. Ahora bien, la efectiva autorización de las modificaciones presupuestarias se halla supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el Presupuesto, como al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (18).

Con independencia de lo anterior, el artículo 10 del Texto legal analizado viene a hacer realidad la autorización contenida en el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la medida en que el mismo se refiere a la posibilidad de que se incorporen a los Presupuestos del año 2017 los remanentes de créditos procedentes del ejercicio 2016, incorporación ésta que debe ser efectuada de forma excepcional y de manera condicionada a la existencia de cobertura financiera acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

A estos efectos, las previsiones precedentes se completan con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley objeto de estudio, el cual prevé que las transferencias, generaciones, ampliaciones de crédito e incorporaciones de remanentes, realizadas de acuerdo con la normativa vigente, habilitarán la apertura de las aplicaciones precisas en la estructura presupuestaria.

(17) Así ocurre, a título ejemplificativo, con aquellos créditos derivados de transferencias de competencias de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas que se efectúen este ejercicio o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(18) Como es bien sabido, el principio de estabilidad presupuestaria constituye uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en sede del artículo 135.1 de nuestra Constitución. Junto a ello, el referido principio se contempla en el artículo 21.1 de la L.O.F.C.A. y en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto de acuerdo con el cual «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural». Por otro lado, también el artículo 3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón viene a hacer alusión a la estabilidad presupuestaria, disponiendo su apartado primero 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».

Por su parte, la Ley de Presupuestos incorpora —en su artículo 12— una garantía para aquellos ingresos de derecho público que hayan sido legalmente afectados a la realización de determinadas políticas o finalidades de interés público, previendo que los créditos presupuestarios correspondientes deberán estar dotados, como mínimo, con el importe estimado en el ejercicio presupuestario en que se devenguen.

Por lo demás, el artículo 13 de la mencionada Ley recoge la posibilidad de que, a través de un acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública, puedan efectuarse retenciones de crédito y ajustes en los estados de gastos e ingresos siempre que ello proceda legalmente. A mayor abundamiento, el referido Consejero se encuentra autorizado para realizar los ajustes necesarios en el presupuesto de ingresos al objeto de mantener el equilibrio presupuestario de las fuentes de financiación (19), así como 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.

Sea como fuere, a tenor de las previsiones ahora examinadas, resulta del todo evidente que los preceptos contenidos en el Título Segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2017 confieren tanto al Gobierno autonómico, como al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en lo que atañe a la gestión de determinados créditos presupuestarios. De hecho, tales facultades implican que dichos órganos determinarán, en numerosas situaciones, la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos, de conformidad con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad.

En cualquier caso, el Título Segundo de la Ley de Presupuestos concluye previendo una cautela en relación con la modificación de créditos, al exigir que ésta deberá recogerse en un expediente que exprese 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 (artículo 14 Ley de Presupuestos).

De manera adicional, se refuerzan las específicas obligaciones de información a las que ha de darse cumplimiento en las hipótesis de realización de las operaciones de modificación de créditos citadas en los párrafos precedentes. En concreto, el artículo 14.4 de la Ley de Presupuestos prevé el deber de remitir a

(19) Véase la nota precedente.

las Cortes de Aragón, dentro de los primeros quince días del mes siguiente a cada operación, las resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas, precisando, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía, la autoridad que las aprueba, la normativa en la cual se apoya y su fecha.

Pasando ya a examinar el *Título Tercero* de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2017, bajo la denominación «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 15 a 18) se contienen una serie de previsiones para una adecuada disciplina presupuestaria, cuyo fin se centra en tratar de evitar la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas las que conllevan repercusiones en el gasto de ejercicios futuros.

A este respecto, y como viene resultando habitual, el artículo 15 de la susodicha Ley exige que cualquier proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento del gasto en el ejercicio 2017, o en otro posterior, tendrá que incluir una memoria económica que ponga de manifiesto las eventuales repercusiones presupuestarias de su ejecución, la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa y el informe preceptivo del Departamento de Hacienda y Administración Pública (20). Es más, la citada obligación afecta a toda propuesta de acuerdo o resolución, condicionándose su efectividad a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada en los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Por otro lado, el artículo 17 de la Ley de Presupuestos se encarga de regular los compromisos de gasto de ejercicios futuros. A estos efectos, el Consejero de Hacienda y Administración Pública es competente para acordar la autorización de gastos plurianuales 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 (21), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades, si bien corresponde al Gobierno de Aragón dicha competencia en el resto de las hipótesis contempladas en el último precepto citado. A su vez, también incumbe al referido Consejero la

(20) A estos efectos, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera precisa 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».

(21) Tales hipótesis son aquellas en que los citados gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica, de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año —o ello resulte más gravoso— o bien operaciones de endeudamiento.

autorización de los gastos plurianuales o de ejercicios futuros en los casos no contemplados de modo expreso.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 16 de la norma objeto de análisis confiere al Consejero de Hacienda y Administración Pública la posibilidad de acordar retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados, y ello hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, siempre que, como es lógico, tales retenciones no puedan afectar a intereses sociales de carácter básico.

En suma, cabe destacar que las reglas contenidas en el Título Tercero del Texto normativo examinado otorgan al Gobierno o al Consejero competente en materia de Hacienda facultades esenciales en sede presupuestaria. De hecho, así queda reflejado, también, en relación con los créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, puesto que el artículo 16.2 de la referida Ley concede al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de autorizar las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos. Ahora bien, en lo que concierne a los fondos europeos, se exige que dicho Consejero facilite trimestralmente a la Comisión correspondiente de las Cortes de Aragón un informe donde conste toda la información detallada de la ejecución de las partidas cofinanciadas con aquéllos.

Por lo demás, el artículo 18 de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio establece que las transferencias a organismos públicos o a la Universidad de Zaragoza se realizarán con periodicidad mensual por doceavas partes, a salvo de las excepciones debidamente motivadas.

En cuanto al *Título Cuarto* de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón —rubricado «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 19 a 34)—, viene a establecer el régimen retributivo aplicable, por una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad.

A estos efectos, dado que el contenido de tales previsiones requeriría un análisis detallado que excede de los límites del presente trabajo, baste destacar que, en este ejercicio, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón no experimentarán, con carácter general, incremento alguno respecto a las vigentes con anterioridad, pero —como no podría ser de otro modo— se adaptarán a lo que establezca en su momento la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017. Asimismo, se prevé la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio se adecue a esta disposición, resultando inaplicables, en caso contrario, las cláusulas sobre crecimiento retributivo que se opongan a la misma.

Centrándonos ya en el análisis del *Título Quinto* de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio, en él se aborda el régimen «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 35 y 36), siendo buena muestra de la coordinación financiera existente entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras entidades territoriales de Aragón.

Así, el artículo 35 de la mencionada Ley prevé las normas de gestión del Fondo Local de Aragón, el cual aparece integrado por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales incluidas en los Presupuestos de esta Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. Más en concreto, este Fondo —desglosado en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— se encuentra compuesto por programas específicos relativos a tales Entidades y por determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida), incorporándose todas aquellas partidas presupuestarias que se habiliten durante el ejercicio para realizar transferencias a estos entes con idéntica finalidad.

A mayor abundamiento, el precepto arriba citado prevé la posibilidad de que el Gobierno de Aragón establezca líneas de subvención del citado Fondo Local dirigidas a financiar la colaboración en el mantenimiento de actuaciones o servicios que sean de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Entidades Locales.

En cualquier caso, y en lo que respecta a la gestión del Fondo Local de Aragón, el Gobierno autonómico ha de informar trimestralmente a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón acerca del grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en aquél, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la específica actividad que se apoya y la operación financiada (artículo 35.3 Ley de Presupuestos).

En la línea de las previsiones anteriores, el artículo 36 de la Ley de Presupuestos regula los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen desarrollados también en el Anexo I del mencionado Texto legal. En este sentido, el Programa de Política Territorial, como instrumento multisectorial de ordenación del territorio, da cabida a un conjunto de dotaciones con el objetivo principal de conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas tanto mediante actuaciones de la propia Administración autonómica, como a través de medidas de fomento de entidades públicas o privadas.

El articulado de la Ley de Presupuestos para este ejercicio finaliza con el *Título Sexto*, encargado de precisar el régimen «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 37 a 41), esto es, la normativa aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma de Aragón

(incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como a los avales que aquélla conceda a lo largo del año 2017.

A este respecto, durante el presente ejercicio presupuestario el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 957.807 miles de euros (artículo 37.1 Ley de Presupuestos), cuantía que supera ampliamente la prevista para el año 2016.

Siendo esto así, la contracción de tal 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 (artículo 37.2 Ley de Presupuestos), pero siempre en el marco de los límites generales establecidos en la normativa vigente en la materia (22).

Por otro lado, el Consejero Hacienda y Administración Pública se encuentra facultado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el fin de conseguir una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros, junto a lo cual se permite la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad, cuando ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley de Presupuestos para 2017 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. Así, 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 que se contraigan con el fin de cubrir necesidades transitorias de tesorería.

En lo que afecta al otorgamiento de avales y garantías —artículo 39 de la Ley de Presupuestos—, es el Gobierno de Aragón quien, a propuesta conjunta

(22) A estos efectos, las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la L.O.F.C.A. Así, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero de este precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el citado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. La susodicha autorización es necesaria, a su vez, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el mencionado principio de estabilidad presupuestaria.

de los Consejeros Hacienda y Administración Pública y Economía, Industria y Empleo, ostenta la competencia para su concesión, pudiendo otorgarse aquéllos a empresas radicadas en Aragón en relación con las operaciones que tengan por finalidad garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. No obstante, el importe total de los citados avales no podrá rebasar, en principio, la cantidad de 100 millones de euros —cuantía ésta idéntica a la prevista en el ejercicio precedente— y su otorgamiento exigirá la previa autorización de la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en los casos en que los avales propuestos superen la cantidad de un millón de euros —de modo individual o acumulando todos los recibidos—.

Como es lógico, la concesión del aval exige el cumplimiento de una serie de requisitos de diversa índole. En concreto, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social, junto a lo cual los sujetos beneficiarios han de demostrar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos, no pudiendo ser beneficiarias las empresas que hubieran sido sancionadas por la autoridad laboral durante el tiempo que determine la sanción. Asimismo, se establece la obligación de presentar los estados económico-financieros de las entidades solicitantes con el fin de estimar su viabilidad con carácter previo.

En lo que se refiere a la posibilidad de formalizar contratos de reafianzamiento y aval, el artículo 40 de la norma examinada autoriza al Gobierno de Aragón —a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública— para formalizar este tipo de contratos con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio en Aragón por un importe máximo global de 20 millones de euros, estableciéndose, de forma concreta, las condiciones exigidas para ello.

Por lo demás, y ya para finalizar el estudio del Título Sexto de la Ley de Presupuestos, su artículo 41 prevé que el Departamento de Economía, Industria y Empleo realizará las actuaciones que correspondan a nuestra Comunidad Autónoma derivadas de la Ley de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

Una vez abordado el análisis de los diferentes Títulos integrantes de la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2017, es preciso efectuar una alusión sucinta a distintas cuestiones relevantes que aparecen reflejadas en diferentes *Disposiciones Adicionales* y *Transitorias* de la referida Ley: 1) la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas; 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 diversos criterios de gestión de algunos créditos presupuestarios y 4) la dotación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

Comenzando por la primera de las cuestiones ahora mencionadas, la tarifa general del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas para el año 2017 se recoge en la Disposición Adicional 21ª de la Ley ahora comentada, la cual procede a distinguir entre los usos domésticos y los industriales, concretando, asimismo, el componente fijo y el variable de dicho tributo —de conformidad con lo previsto en la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón (23)—.

En segundo término, en lo tocante al régimen de las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 4ª), la Ley de Presupuestos recoge la exigencia de que el solicitante de aquéllas acredite la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, 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. Empero, la primera de estas condiciones se ve excepcionada cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (24).

En lo que concierne la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval (aunque sea para una operación distinta), se establece la exigencia de autorización previa del Gobierno de Aragón, régimen éste que es de aplicación también en aquellas hipótesis en que, tras haber obtenido una subvención, se solicite un aval con posterioridad. Sea como fuere, y salvo en los casos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia de aval y subvención respecto de un mismo proyecto.

Por su parte, la Disposición Adicional 4ª se ocupa de prever las obligaciones de información en este ámbito, exigiendo que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus organismos autónomos y empresas publiquen en el BOA, con carácter trimestral, un listado-resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando, entre otras cuestiones, el programa, el beneficiario, su finalidad y cuantía. A mayor abundamiento, se dispone 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 otorgadas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

A su vez, las especialidades en la gestión de determinados créditos presupuestarios se regulan, en lo que atañe al Presupuesto de las Cortes de Aragón, en la Disposición Adicional 1ª de la Ley objeto del presente comen-

(23) Artículo 88.1.

(24) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

tario, ocupándose las Disposiciones Adicionales 9ª y 19ª, respectivamente, del establecimiento de previsiones específicas en torno a la gestión de los créditos concernientes a los Capítulos relativos a Diversos Departamentos y A las Administraciones Comarcales.

Por fin, y en relación con la última de las cuestiones que resta por abordar, el Fondo de Contingencia de ejecución Presupuestaria aparece dotado para este ejercicio 2017 con un importe de 14.384 miles de euros, con la finalidad de cubrir ciertas contingencias en materia de incendios, social, sanitaria, educativa, empleo, universitaria y de investigación (Disposición Adicional 9ª). No obstante, dicha cuantía puede verse incrementada a lo largo del ejercicio mediante modificaciones presupuestarias, debiendo el Departamento de Hacienda y Administración Pública informar trimestralmente de su aplicación a las Cortes de Aragón.

BIBLIOGRAFÍA

M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*, prólogo de E. Montoya Martín, Tecnos / Instituto García Oviedo, Madrid, 2015, 342 páginas.

Esta obra, junto con el libro *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización* (INAP, 2015) recoge la Tesis Doctoral de M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, elaborada bajo la dirección de E. Montoya Martín y J. A. Carrillo Donaire y defendida en la Universidad de Sevilla en el año 2014. El nivel académico de la memoria doctoral, y por lo tanto de este libro, viene avalado por el hecho de haber sido galardonado con el Premio INAP a Tesis Doctorales del año 2014.

Tal y como se deriva de su título, *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis* se centra en las modificaciones a que el Derecho de los bienes demaniales se está viendo sometido a raíz de la aguda crisis económica cuyo inicio suele situarse convencionalmente en el año 2008. La obra gira en torno a las tensiones que tradicionalmente han caracterizado la configuración y evolución de este sector del Derecho administrativo como consecuencia de la vigencia simultánea de exigencias constitucionales contrapuestas: eficacia en la satisfacción de los intereses generales *versus* eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos. Sin embargo, esta contraposición, bien conocida entre nosotros y en otros ordenamientos de nuestro entorno, se ha visto profundamente transformada por las restricciones derivadas del Derecho de la Unión en cuanto a la capacidad de endeudamiento y déficit de los Estados miembros, traducidas al máximo nivel normativo en el ordenamiento español a través de la reforma del artículo 135 CE. Los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y de limitación del déficit estructural y de la capacidad de endeudamiento de las Administraciones públicas han supuesto, en efecto, una profundización de la máxima relevancia en la mencionada tensión estructural, por cuanto modifican materialmente las exigencias que la conforman.

El libro que aquí se recensiona parte del escenario descrito para mantener la existencia, en el Derecho positivo y más allá de él, de un mandato de conciliar las exigencias de Estado y mercado en el ámbito de las propiedades públicas, a través de su *rentabilización* o *valorización*. Con tales expresiones se alude en la obra a un tipo de gestión de los bienes públicos que, lejos de centrarse exclusivamente en su conservación y en su uso para la satisfacción de los intereses generales, incorpore además, y sin menoscabo de ello, una concepción dinámica de tales bienes como activos susceptibles de producir un rendimiento económico para la Hacienda pública.

El núcleo del trabajo radica, así, en identificar qué mecanismos normativos existen en el régimen de los bienes públicos, así cómo cuáles podrían incorporarse a él, con la finalidad de maximizar la rentabilidad de tales bienes sin perjudicar su vocación de servicio al interés general. Esta operación se realiza, en síntesis, a través del análisis de varios bloques de cuestiones a lo largo del texto de la obra, todas ellas apoyadas en referentes de Derecho comparado, principalmente francés e italiano.

La primera de tales ideas, que constituye a la vez la tesis central del trabajo, consiste en la necesidad de reformular el propio concepto de dominio público a través de la recuperación del sentido funcional de la noción de afectación. Como es conocido, la dogmática clásica del dominio público hace pivotar su régimen exorbitante (caracterizado por las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad) sobre la noción de la afectación de los bienes de la Administración al uso o servicio público. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI sostiene que este régimen exorbitante ha sido extendido de forma monolítica, debido a inercias históricas y en ocasiones de manera injustificada, a la práctica totalidad de los bienes públicos. Plantea, por ello, la necesidad de reconstruir el régimen de los bienes públicos atendiendo a aquella idea primigenia, según la cual la afectación es la justificación —y la medida— del régimen demanial, con independencia incluso del dato de la titularidad, pública o privada, de los bienes afectos al interés general.

Según la autora, en tanto que la inalienabilidad supone una traba para la rentabilización económico-financiera del dominio público, bien jurídico de rango constitucional a fin de cuentas, su vigencia debería limitarse a aquellos supuestos en que sea estrictamente indispensable, y su intensidad habría de matizarse en función del grado de protección demandada por cada tipo de bienes públicos —recuperando, así, la imagen de la escala de la demanialidad que empleara ya en su día DUGUIT—. La remisión que al legislador efectúa el artículo 132.1 CE para que regule el régimen de los bienes de dominio público de acuerdo con las notas de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, ofrecería, según FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, margen suficiente para ello.

En segundo lugar, y como derivación de la idea anterior, la obra aborda las posibilidades de rentabilización del dominio público a través de varios mecanismos. Uno de ellos es el de la redefinición física de los bienes demaniales. Toma para ello en consideración, haciendo uso instrumental de experiencias de Derecho comparado, los mecanismos de división de volúmenes o estratificación de los inmuebles de dominio público, y aporta en este contexto relevantes ejemplos normativos y jurisprudenciales que ponen de manifiesto cómo la propiedad pública puede verse rentabilizada a través de su segregación vertical y de la correspondiente asignación de regímenes de protección de distinta intensidad, que van desde la vigencia absoluta del principio de

BIBLIOGRAFÍA

inalienabilidad hasta su vigencia matizada o, incluso, su desaparición cuando la porción de propiedad pública segregada no se encuentra afectada a la satisfacción de un interés general.

Pero el grueso del análisis en torno a los mecanismos de rentabilización del dominio público se centra, más allá de la técnica recién referida, en las posibilidades de potenciación de las fórmulas de colaboración público-privada, esto es, en la atracción de capital privado para la gestión, explotación y mejora de la propiedad pública. Bajo este paraguas analiza Fernandez Scagliusi de manera minuciosa el régimen de los ingresos públicos derivados de las tasas y cánones por uso privativo del dominio público, el régimen de las cesiones parciales de este tipo de bienes y, sobre todo, los mecanismos de construcción, explotación y mantenimiento de obras públicas por parte de particulares a través de la ruptura del binomio entre dominio público y obra pública.

La obra desgrena de manera detallada cómo cada uno de estos instrumentos de rentabilización requeriría, para su mayor eficiencia, de una flexibilización del régimen de protección de los bienes públicos, siempre con el límite de la afectación, para disminuir con ello la precariedad de los títulos de ocupación y de las garantías ofrecidas al inversor privado. Configurar normativamente esta aspiración para cada categoría de bienes públicos es una tarea que corresponde, de manera cada vez más imperiosa, al legislador sectorial, como etapa preliminar en el camino hacia la reforma del Derecho administrativo general de los bienes públicos.

DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO

Sergio DEL MOLINO, *La España vacía. Viaje por un país que nunca fue*, Madrid, Turner, 2016, 292 pp. (tres ediciones y nueve reimpressiones en 2017).

1) El autor nace en Madrid en 1979. En la actualidad vive en Zaragoza, donde trabaja como periodista del *Heraldo de Aragón*. Es un escritor consolidado, autor de novelas que le han valido diversos premios literarios. Aquí nos ofrece un ensayo sobre los desequilibrios territoriales de nuestro país, que se ha convertido en un importante éxito de ventas.

Una buena redacción entonada con ritmo y presentada con desenfado es el fundamento esencial de la agradable lectura de la obra. El lector va asimilando datos que pueden parecer anecdóticos, pero que le permiten ir construyendo una trama que probablemente le producirá sensaciones entre la indignación o la simple incomodidad, o bien de estupor o incluso de resignación, y finalmente también de indiferencia.

La certeza sobre el desolador panorama territorial de nuestro país no tiene que traducirse en actitudes radicales, como bien lo prueba el escaso calado de las políticas ensayadas y el tenue nivel de exigencia social en la materia. Así, el desinterés generalizado –que pudiera ser muestra de impotencia- termina explicando el constante incumplimiento de los objetivos de ordenación del territorio que enfáticamente se exhiben en nuestra legislación.

Nadie parece, efectivamente, considerar viables los «principios de equilibrio territorial, demográfico, socioeconómico y ambiental» que se enuncian en el Estatuto de Aragón [arts. 20.c) y 71.8º]. Especialmente difícil resulta asumir ningún planteamiento poblacional para la gran mayoría de municipios en declive, muchos de los cuales no cuentan con ninguna pareja humana en edad de reproducción.

No hay niños en los pueblos, ni sabemos cómo cabría repoblarlos tras contemplar el fracaso de las más diversas iniciativas para instalar nuevas familias en ellos. Los jóvenes escapan de la soledad y la crueldad del mundo rural al igual que lo hicieron, también de jóvenes, los abuelos o los padres de tantos habitantes de nuestras ciudades. Esta emigración, en la actualidad, suele ser menos penosa que la padecida en otras épocas al practicarse por personas con mayor preparación en un ambiente general de más amplias oportunidades.

La variedad, la riqueza, la cultura, pero, sobre todo, las personas están en las ciudades. El derecho a tener vecinos, sobre todo vecinos anónimos que no interfieran en nuestras vidas salvo en caso de necesidad. Vecinos y familiares que nos permitan escoger libremente a nuestras amistades, a nuestros amores y a los eventuales objetos de nuestros rencores, que también se llevan mejor en las urbes.

2) El ensayo se organiza en tres partes subdivididas en capítulos. En la primera se presenta «*el gran trauma*», esto es, el fenómeno de la emigración que ha vaciado el interior de la península. El autor no busca culpables, o al menos no parece hacerlo sistemáticamente, aunque sí identifica hechos, fenómenos y situaciones, repasa argumentos y objetivos en torno a lo que denomina, con gran acierto en la expresión, «*la España vacía*».

La segunda parte se dedica a exponer «*los mitos de la España vacía*», que llevan a configurar percepciones negativas y positivas. En el primer conjunto se incluyen las creencias sobre la concentración de la maldad en las zonas rurales (Casas Viejas en 1933, Puerto Hurraco en 1990, Fago en 2007) o sobre la existencia de comarcas permanentemente desconectadas de la civilización, las «*tribus no contactadas*», a la cabeza de las cuales, en nuestro imaginario colectivo, se han colocado siempre Las Hurdes. En cambio, la visión positiva se refiere a los intentos de redención que simbolizan las «*misiones pedagógicas*» de institucionistas y republicanos, la cartografía romántica de España, que termina exaltando «*la belleza de Maritornes*» y la pervivencia seductora de los carlismos como seña de identidad rural frente a las ciudades.

Finalmente, la tercera parte lleva el enigmático título de «*El orgullo*», con el que parece hacerse referencia a la construcción de «*una patria imaginaria*» integrada por los mitos del pasado de la España vacía. Tal sería el sustituto de la patria española que suplantó el Franquismo. Una patria pues de alcance familiar, es decir, un montón de patrias chicas asumidas muy cachazudamente, sin componentes dramáticos ni peligrosos, al menos de momento.

Todos estos elementos se nos presentan con amenidad, mezclando inteligentemente datos geográficos, históricos, literarios, cinematográficos, etc. Así, la obra comienza con la curiosa «*historia del tenedor*», empleada para hacer una comparación filológica de la insólita denominación española del instrumento, que el autor relaciona con los siglos de abandono de nuestro campo. Encontramos luego la representación de la España vacía en las comedias de Paco Martínez Soria e inmediatamente, por contraste, en la película «*Surcos*», originada en el núcleo duro del falangismo como denuncia del desarraigo derivado de la emigración. Aparecen también el Sr. Cayo y «*Los santos inocentes*» de Delibes, la crítica a la «*lluvia amarilla*» de Llamazares y al Buñuel que de Las Hurdes hace una película, no un documental. Unamuno, Giner, Bécquer, Valle y tantos otros contribuyen, junto con variadas referencias, a facilitar la lectura.

El autor llega incluso a hacer alarde de una pluralidad metodológica que, al parecer, le salvaría de toda posición dogmática:

«Aunque bebo de muchas fuentes documentales, no me debo a ninguna ciencia ni tengo especialización académica. Escribo desde la ignorancia del diletante» (p. 53).

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Jerónimo RÍOS SIERRA, *Breve historia del conflicto armado en Colombia*, prólogo de Heriberto CAIRO CAROU, Madrid, Catarata, 2017, 197 pp.

Un buen texto para introducirse en las procelosas aguas del conflicto colombiano. Se trata del trabajo doctoral en Ciencia Política del autor, que es profesor de Relaciones Internacionales en la Universidad EAN de Bogotá. El relato es coherente, está bien documentado, se lee con facilidad y proporciona información y criterios sobre el largo conflicto colombiano.

Cuándo empezó el enfrentamiento con las formaciones guerrilleras es cuestión que determina diversas respuestas en función de variadas consideraciones objetivas y subjetivas. El autor identifica la génesis en el período de La Violencia, que se desencadena en Colombia tras la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de un amplio descontento social. El punto álgido derivó del asesinato del líder liberal Gaitán (1948), que dio lugar a la revuelta popular conocida como El Bogotazo, desencadenando una terrible espiral de asesinatos, saqueos y otros actos violentos a lo largo de los dos decenios siguientes.

La dictadura del general Rojas Pinilla (1953-1958) sirvió probablemente para generar dos procesos paralelos y excluyentes: a) de una parte, la constitución del Frente Nacional por los dos grandes partidos tradicionales, el Liberal y el Conservador, que permitió un reparto periódico del poder político y sirvió para establecer ciertos pilares de una democracia formal; y b) de otra parte, la emergencia de algunos grupos guerrilleros de estirpe comunista como consecuencia de la represión gubernamental y la continua marginación económica, social, cultural y política.

Se han llegado a formar así dos Colombias: a) la Colombia urbana dotada de infraestructuras, equipamientos y comunicaciones, apta para las amplias relaciones financieras, comerciales y culturales de unas clases medias en progresión; y b) la Colombia periférica cuyos recursos naturales se explotan por el capital internacional y el narcotráfico ante una población altamente empobrecida, cuando no sojuzgada.

Esas dos Colombias siguen profundamente enfrentadas, ya que, a pesar de los esfuerzos provenientes de algunos sectores de ambos lados, la intolerancia, la exclusión y la violencia siguen dominando el pensamiento y la acción de muchos colombianos. Así se advierte en los barrios de la pobreza que rodean a las grandes urbes colombianas y también en el auge del paramilitarismo, que se vinculó, no sólo a las fuerzas militares, sino también a las fuerzas políticas locales en el movimiento conocido como la parapolítica.

El enfrentamiento está alimentado por el narcotráfico, que es, sin duda, el mayor cáncer del país. Es el factor que sigue justificando la colaboración estadounidense y el elemento que explica el robustecimiento financiero de los frentes guerrilleros y los bloques paramilitares.

En ese contexto general, el autor sitúa la evolución de los distintos movimientos guerrilleros, particularmente de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) y del ELN (Ejército de liberación Nacional). Tras ofrecer la trayectoria inicial de estos movimientos en el período del Frente Nacional (1958-1974), se explican los problemas sucedidos bajo las diversas administraciones, que llevaron, en la década de 1990, a que los movimientos insurgentes pudieran llegar a prever realmente la conquista revolucionaria del poder.

El relato se detiene, en especial, en los mandatos de los tres últimos presidentes: Pastrana, Uribe y Santos (1998-2016). Es el período de modernización de las fuerzas armadas al amparo de la ayuda norteamericana (Plan Colombia), que determina el empleo de las tácticas de lucha contrainsurgente, la erradicación de cultivos ilícitos por fumigación aérea y el auge del movimiento paramilitar organizado en las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia), con las consecuencias nefastas, entre otras, de las matanzas de civiles —incluidos los «falsos positivos»—, los desplazamientos forzados, las ocupaciones ilícitas de predios y el deterioro del medio ambiente. Bajo la administración Uribe, con su Política de Seguridad Democrática, se produjeron los enfrentamientos más duros, una vez el discurso político convirtió a los guerrilleros en narcoterroristas.

La presidencia de Santos, si bien no ha dejado de emplear la fuerza pública contra la guerrilla, ha abierto la puerta a la esperanza de la paz con los acuerdos de Cartagena (2016). No obstante, el resultado del plebiscito contrario a tales acuerdos pone de relieve ese enfrentamiento al que venimos refiriéndonos entre las dos Colombias. En tal sentido, no cabe ocultar que el proceso de paz, con independencia de su lícita aplicación por vía parlamentaria, está rodeado de notables dificultades. El autor resalta la violencia estructural que deriva del narcotráfico y de la orientación criminal de algunos grupos «posparamilitares». Quizá habría que añadir a esos factores, como escollo máximo para la paz, la prepotencia de esa Colombia urbana que exige una solución militar.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN