

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

47-48

2016



**GOBIERNO
DE ARAGON**

Departamento de Hacienda
y Administración Pública

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

47-48

Año 2016

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. 47-48 (2016)

	Páginas
Consejo de Redacción y Consejo Asesor.....	5
Lista de colaboradores	6
ESTUDIOS	
J. M. TRAYTER JIMÉNEZ: <i>Simplificación administrativa y modificación o supresión de las técnicas de limitación o intervención</i>	8
I. M. DE LA RIVA, <i>Régimen territorial, patrimonial, financiero y ambiental de las infraestructuras en Argentina</i>	45
G. CASTRO MARQUINA: <i>Una breve historia del Estatuto de Autonomía de Aragón en materia de aguas</i>	64
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>El peso de la tradición sectorial en el régimen de las obras públicas</i>	117
DEBATES	
B. SORO MATEO: <i>La revisión de concesiones de uso privativo de agua para su adaptación a las exigencias ambientales de los planes hidrológicos y su eventual indemnización</i>	151
J. MORCILLO MORENO: <i>Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario</i>	180
M. N. ARRESE IRIONDO: <i>Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y asistencia sanitaria a las personas migrantes en situación irregular</i>	210
M. F. GÓMEZ MANRESA: <i>Retos de la contratación pública electrónica</i>	244
M.A. SÁNCHO GARGALLO: <i>Reflexiones sobre la autonomía de la escuela pública</i> . ..	276
CRÓNICAS	
O. CARRERAS MANERO: <i>Una apuesta por las políticas sociales en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2016</i>	296
BIBLIOGRAFÍA	
L. PAREJO ALFONSO (dir.), <i>El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático</i> , 2015 (F. LÓPEZ RAMÓN)	316
J. AMENÓS ÁLAMO, <i>El mito legal de la ciudad compacta</i> , 2015 (F. LÓPEZ RAMÓN)...	318

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, Gobierno de Aragón

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

Ramón SALANOVA ALCALDE
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 FELIÚ
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

ARRESE IRIONDO, M^a Nieves: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de País Vasco.

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

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

GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (acreditada como PTU), Universidad de Murcia.

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

MORCILLO MORENO, Juana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

RIVA, Ignacio de la: Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina.

SANCHO GARGALLO, Miguel Ángel: Presidente de la Fundación Europea Sociedad y Educación, Madrid.

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

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Girona.

ESTUDIOS

SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y MODIFICACIÓN O SUPRESIÓN DE LAS TÉCNICAS DE LIMITACIÓN O INTERVENCIÓN (*) (**)

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS TRADICIONALES POTESTADES DE LIMITACIÓN: SU EXAGERADA PROLIFERACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO, NO SIEMPRE BASADA EN RAZONES DE INTERÉS GENERAL.– II. LA RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA.– III. DETERMINACIONES CONCEPTUALES. QUÉ SON Y CÓMO FUNCIONAN LA COMUNICACIÓN Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE.– IV. LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS QUE SE SUSTENTAN LAS TÉCNICAS DE LIMITACIÓN COMO MANDATO AL LEGISLADOR Y COMO LÍMITES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN AL APLICADOR DE LA NORMA. V. EJEMPLOS DE MALA PRAXIS: LAS RÉMORAS DEL PASADO: 1. La exigencia en la presentación de la declaración responsable y la comunicación previa de un gran número de documentos, estableciendo controles o requisitos previos a su formalización que desnaturalizan esas figuras. 2. El carácter diferido de los efectos de la presentación de la declaración responsable y la comunicación. La inscripción en registros. 3. La previsión de suspensión o cese de la actividad por falta de documentación.– VI. ¿PUEDE APLICARSE EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS?: 1. La problemática que se plantea. 2. Los supuestos indemnizatorios. La inactividad administrativa. Los planes de inspección. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo analiza las recientes normas de simplificación administrativa referidas, particularmente, a la modificación o supresión de las técnicas de limitación o intervención en la actividad económica, la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios. Intenta hacer un marco general a la luz de las distintas normas. El punto de partida es la necesaria reducción de las licencias o autorizaciones a estrictas razones de interés general. A partir de ahí, se analizan otras figuras como la comunicación y la declaración responsable, los principios sobre los que se sustentan esas técnicas de limitación, algunos ejemplos en los que se incumple la normativa actual y los supuestos en los que la Administración puede responder por daños al no ejercer sus potestades de inspección o sancionadoras.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 19 de mayo de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 3 de junio de 2016.

(**) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad «El urbanismo sostenible ante el reto del cambio climático» (DER2014-58446-R).

Palabras clave: simplificación administrativa; técnicas de limitación; licencias o autorizaciones.

ABSTRACT: This paper analyzes the most recent legal reforms related to administrative simplification focusing on modification and deletion of techniques of public intervention in the economic activity and free movement of goods and services. The work provides a general framework taking in account different laws. To maintain the general authorization system and licensing only for public interest reasons is the standing outpost. From this understanding, the paper analyzes communication and responsible statements and its principles, some problems of failure to comply with the recent regulation and considers cases in which the lack of inspection and sanctions involve responsibility of the Administration.

Key words: administrative simplification; public intervention; licenses and authorizations.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS TRADICIONALES POTESTADES DE LIMITACIÓN: SU EXAGERADA PROLIFERACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO, NO SIEMPRE BASADA EN RAZONES DE INTERÉS GENERAL

Es sabido que, a partir, fundamentalmente, de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/23, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006), nuestro ordenamiento está sufriendo unos cambios acelerados y desordenados respecto a las tradicionales potestades de limitación de la Administración Pública y, en concreto, con el repliegue de la técnica autorizatoria como control previo del acceso y ejercicio de muchas actividades privadas sobre todo económicas y profesionales. La concreción de las normas de transposición de esa Directiva está reforzando, con carácter general, unas reglas que ya existían en nuestro ordenamiento pero que se aplicaban tímidamente, si a caso cuando se establecía un recurso bien fundamentado ante nuestros tribunales y se recordaban entonces en la sentencia los grandes principios del Estado de Derecho que la Constitución había recogido.

La realidad es que se está produciendo un repliegue de las autorizaciones o licencias, es decir, de las técnicas de intervención administrativa ex ante al acceso o ejercicio a las actividades de los particulares; una sustitución de las mismas por la comunicación o declaración responsable de los particulares, es decir, un control que normalmente es posterior a la implantación o el ejercicio de la actividad; el establecimiento de unas reglas y principios para la aplicación de esas exigencias y la potenciación de otras potestades o técnicas alternativas de control administrativo como es la inspección. Asimismo, se plantea en ese marco, cuándo por una actuación que causa un daño se puede exigir la

responsabilidad patrimonial de la Administración, en ocasiones por no haber actuado, poniendo en marcha sus potestades de inspección.

En ese contexto, la filosofía que deriva de estas normas y del Derecho europeo es clara: la libertad es la regla; la prohibición o restricción a la misma ha de ser la excepción.

Una cuestión previa, que se olvida en ocasiones al analizar esta aparentemente nueva normativa, es el examen del contexto económico y social actual en el que se desenvuelve nuestro ordenamiento y que ha sido el detonante del cambio brusco producido. Tres tipos de datos vamos aquí a poner sobre el tapete. Por un lado, el portal de estudios *Doing Business* del Banco Mundial, establece que España, en mayo de 2016, se sitúa en el número 33 de los países evaluados respecto a las facilidades para abrir un negocio, por delante de Japón (34), Armenia (35) o la República Checa (36). A modo de ejemplo, se encuentran por delante en esta clasificación: Dinamarca (3), Reino Unido (6), Noruega (9), Alemania (14), Portugal (10), Polonia (25), Georgia (24) o Emiratos Árabes Unidos (31). Se necesitan, lo que denomina el portal, siete «procedimientos», y el coste es del 5,2% del ingreso por cápita. La media de los países de la OCDE es de 4,7 procedimientos y el 3,2 de los ingresos por cápita (1).

Un segundo dato es el que deriva de los servicios profesionales y el acceso y ejercicio de las profesiones. Los informes internacionales sobre nuestro ordenamiento jurídico [Informes y Recomendaciones de la Comisión Europea de 2015 (2), del Fondo Monetario Internacional de 2014 (3) y de la OCDE de 2011 (4)], establecen que el número de profesiones reguladas en España, es decir, aquellas cuyo ejercicio está supeditado a tener una determinada cualificación es excesivo (unas 192), sobre todo cuando más de la quinta parte de estas profesiones sólo están reguladas en España, y unas dos terceras partes en menos de seis países de la Unión Europea (5). Ello provoca lo

(1) Doingbusiness.org, Grupo Banco Mundial. Clasificación de economías. El proyecto *Doing Business* proporciona una medición objetiva de las normas que regulan la actividad empresarial, en particular, de las pequeñas y medianas empresas. España estaba en el año 2013 en el puesto 115; en 2014, en el puesto 74; y en 2015, en el puesto 34.

(2) Ver *Council Recommendation on the 2015 National Reform Programme of Spain and delivering a Council opinion on the 2015 Stability Programme of Spain*, de 13 de mayo de 2015 [COM(2015) 259 final]; así como también el Informe sobre España 2015 con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos de 26 de febrero de 2015 [COM(2015) 85 final].

(3) *IMF Country Report No. 14/193*.

(4) *Perspectivas OCDE: España Políticas para una Recuperación Sostenible*, octubre 2011.

(5) De acuerdo con el Anexo I del RD 1837/2008, de 8 de noviembre, se reconocen 125 profesiones reguladas a las que se añaden otras en fase de preparación por los Ministerios.

que se denomina «reserva de actividad», es decir, que sólo quien posea una determinada cualificación puede prestar determinados servicios pero olvida que esta reserva sólo está justificada en la protección del consumidor, y debe estar basada en la mayor capacitación técnica, no en la protección general de algunas profesionales, lo que paraliza el mercado (6).

Un tercer dato reside en la excesiva regulación normativa. Así, con motivo del Plan de Racionalización Normativa impulsado por el Gobierno, se puso de relieve que hay más de 2.700 normas estatales y autonómicas que pueden suponer barreras a la unidad de mercado, de las cuales, aproximadamente un 30% son estatales y un 70% de rango autonómico, agrupadas en 29 sectores económicos (7). El Portal Jurídico de Cataluña, por su parte, señala que existen en vigor 860 leyes, 8.522 decretos, 18.813 órdenes y 579 proyectos de ley en marcha.

Todo ello indica que nuestro ordenamiento realiza una excesiva intervención en la actividad económica o de servicios de los particulares, que existen demasiadas normas que establecen trabas en el libre acceso o ejercicio de esas actividades no siempre justificadas en razones de interés público y que es necesario y urgente establecer una simplificación a todos los niveles. Es en ese contexto, en el económico y de servicios, donde adquiere protagonismo la comunicación y la declaración responsable, figuras que deben ir progresivamente sustituyendo a las licencias y autorizaciones (8) y de las que es necesario clarificar casi todo: dónde están reguladas, qué son; cuál es su régimen jurídico; qué vicios contiene todavía la actual normativa respecto a las mismas; y finalmente, cuándo la Administración es responsable patrimonialmente en los casos en que se utilicen estas técnicas incorrectamente y se cause un daño.

(6) Según los organismos internacionales citados y los informes recogidos, nuestra normativa fija precios u honorarios recomendados contrarios a la libre competencia, establece restricciones publicitarias, restricciones al acceso, y ejercicio de actividades y regula de manera deficiente la estructura empresarial. Asimismo, aunque se aprecia un avance en los últimos años, la creación y la gestión de una empresa en España siguen requiriendo unos procesos relativamente pesados que ralentizan la creación de nuevas empresas; existe en materia de servicios una excesiva fragmentación en la legislación, siendo necesario reducir la burocracia y las trabas que dificultan el crecimiento de las empresas así como crear condiciones generales que propicien la innovación.

(7) Nota de prensa del Ministerio de Economía y Competitividad de 8 de noviembre de 2013.

(8) En este sentido se pronuncia el art. 36 Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, al disponer: «La comunicación previa permite el reconocimiento o el ejercicio de un derecho el inicio de una actividad, desde el día de su presentación y faculta a la Administración Pública correspondiente para verificar la conformidad de los datos que se contienen».

II. LA RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA

Ese es el diagnóstico, diagnóstico completado, a su manera, por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre), basada en la idea que la generalización de dicha intervención previa es, además, dispar en los distintos territorios del Estado y que «la fragmentación subsiste en el mercado español» (9).

Así, aunque el proceso de cambio y el nuevo marco jurídico de la intervención administrativa se inicio en los años 90 (10), sí podemos afirmar que, con la transposición de la Directiva Servicios, el cambio de rumbo ha quedado establecido (11).

Esta transposición se hizo, con carácter general, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (denominada comúnmente Ley Paraguas, por la serie de principios que contiene, que informan a la generalidad de leyes en el ámbito de los servicios en sentido amplio); y de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior (denominada Ley Ómnibus, por el conjunto de normas concretas que modifica) y ha continuado con leyes recientes con la finalidad de conseguir un marco jurídico de mayor simplificación de la actividad administrativa y favoreciendo la actividad empresarial y el espíritu emprendedor. En el contexto de la simplificación de estructuras administrativas, la eliminación de duplicidades en su actuación, de simplificación normativa y de necesidad de fomento de la competitividad surgen con fuerza estas técnicas que, significando una intervención de la Administración en la actividad económica, reducen su papel en las relaciones con los ciudadanos. Así, fundamentalmente, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para

(9) Esta polémica ley ha sido objeto de análisis por varios autores de forma crítica. Véanse las valiosas aportaciones de: FERNÁNDEZ FARRERES (2014: pp. 125 y ss.), REBOLLO PUIG (2015: pp. 91 y ss.), ALONSO MAS (2014); MUÑOZ MACHADO (2014).

(10) En esas fechas coexistieron normas con rango de ley (así, Ley 7/1996, de 15 de enero, del comercio minorista), con otras de carácter reglamentario (Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, de Seguridad Privada). Son normas, entre otras, que iban incorporando la comunicación previa y la declaración responsable, sustituyendo a la autorización. Así, véase: BEATRÁN SÁNCHEZ – PIÑAR MAÑAS (1997).

(11) Sobre el tema, véase una ya abundante doctrina científica. Al respecto: vid. MUÑOZ MACHADO (2010: pp. 85 y ss.), COSCULLUELA MONTANER (2013: pp. 558 y ss.), AGUADO CUDOLÀ y NOGUERA DE LA MUELA (Dir.) (2012), LÓPEZ MENUDO (2010: pp. 111-149), FERNÁNDEZ TORRES (2011: pp. 85-114), GONZÁLEZ GARCÍA (2010: pp. 255-293), CHINCHILLA PEINADO (2008: pp. 15-85), NUÑEZ LOZANO (2001), RASTROLLO SUÁREZ (2010: pp. 135-172), RODRÍGUEZ FONT (2009: pp. 261-300), RAZQUÍN LIZARRAGA, (2010a: pp. 85-136), RAZQUÍN LIZARRAGA (2010b).

garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (que recoge diversas medidas de liberalización comercial en materia de honorarios, períodos de rebajas y otros); la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LARSAL) y de modificación de la LBRL (que prevé en ciertos preceptos la no exigencia de licencias); la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG); la Ley 15/2014, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa (que modifica la Ley del Deporte, implantando la licencia deportiva única). A nivel autonómico, en Cataluña, por ejemplo, la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación administrativa de la Administración de la Generalitat, de los gobiernos locales de Cataluña, de impulso de la actividad económica. Y por, fin, de momento, y con carácter general, el art. 69 de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que define la comunicación (previa, coetánea o posterior) y la declaración responsable (12).

Ante las iniciales dudas y los obvios debates que se abren en el seno de la disciplina, se van asentando, a nuestro juicio, y más allá de cada ley concreta, unas reglas globales en este ámbito que deben ir acompañadas de un cambio de filosofía y mentalidad en la actuación administrativa.

La Ley Paraguas 17/2009, incorporando el Derecho europeo, declara que el acceso a una actividad económica o de servicios o su ejercicio no se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos (por la Ley) y se facilite la información necesaria a la Administración competente para el control de la actividad. Con este punto de partida, distintas cosas quedan claras.

(12) Buena parte de esta normativa está impulsada por la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas (CORA), creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 con la finalidad genérica de tender a eludir duplicidades entre el Estado y las Comunidades Autónomas, simplificar procedimientos y facilitar el acceso de los ciudadanos a la Administración, mejorar la gestión de los servicios, racionalizar la Administración Institucional, medidas de simplificación normativa, de mayor transparencia.

En las Comunidades Autónomas, también se está produciendo similar fenómeno. Así, en Cataluña, la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de reactivación de la actividad económica (que sería equivalente en el Estado a la Ley Paraguas); la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa; la Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa, y la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sin olvidar los arts. 35 a 38 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña.

En primer término, respecto a las licencias o autorizaciones en el ámbito económico y profesional, el nuevo marco jurídico vuelve a la concepción tradicional de la licencia o autorización. Este es un acto administrativo que levanta una prohibición preventivamente establecida por la norma, previa comprobación por la Administración que el acceso y ejercicio de la actividad inicialmente prohibida no ha de producir en el caso concreto perturbación alguna para el buen orden de la cosa pública. La autorización, en ese marco, restablece la libertad, no tiene contenido positivo (13).

A esa idea se añade la del Derecho preexistente, según la cual el sujeto autorizado tiene el derecho (al acceso y ejercicio de una determinada actividad económica o profesional) previo a la licencia o autorización, lo que hace la Administración en estos casos es remover los límites y obstáculos que a dicho ejercicio se oponen, de acuerdo con el interés público. La autorización será meramente declarativa y de carácter reglado: Si realmente el sujeto tiene derecho a la realización de una actividad, debe concederse; sino, denegarse (14).

La Directiva Servicios, en donde permite la subsistencia de la licencia o autorización, invoca unos principios cuyo punto de partida es la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y su libre circulación; tendrán carácter reglado los requisitos para obtenerla, serán claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general que fundamenta su mantenimiento y deberán darse a conocer con antelación (art. 6 Ley Paraguas 17/2009), prohibiendo el artículo 10 de esta norma la exigencia de requisitos discriminatorios y también la de requisitos de naturaleza económica que impliquen una evaluación de los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad que se pretende realizar o una apreciación de su eventual ajuste a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; y condiciona, por fin, en su artículo 11 la eventual exigencia de otros, entre ellos, los que supongan restricciones cuantitativas o territoriales, a la previa comprobación que no son discriminatorios, que resultan proporcionados y que están justificados por razones imperiosas de interés general.

En el ámbito económico y de servicios, por tanto, queda determinada la facultad de apreciación de la Administración competente «con el fin que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria» (art. 6.1 Directiva Servicios), cuestiones que invocan directamente a la idea del derecho preexistente a la

(13) MAYER (1982: p. 61).

(14) Véase un resumen de las distintas clases de autorizaciones en: GARCÍA DE ENTERRÍA – T.R. FERNÁNDEZ (2015: pp. 138 y ss.):

libertad de establecimiento y libre prestación de servicios que la autorización se limita a declarar (15).

En segundo lugar, como la regla es la libertad y sólo excepcionalmente se puede someter la misma a control administrativo, también se declara la substitución con carácter general de la licencia o autorización por la comunicación (previa, coetánea o posterior al inicio de la actividad) o la declaración responsable; y sólo excepcionalmente puede ser sometida a un régimen de autorización previa cuando una razón imperiosa de interés general así lo requiera, por no existir otras medidas menos restrictivas que garanticen la consecución del objetivo perseguido (art. 5 Ley Paraguas 17/2009).

Así, en tercer lugar, el art. 69.1 LPACAP define la *declaración responsable* como el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio; mientras que la *comunicación* se define como aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.

Así, como decimos, el pilar fundamental sobre el que se sustenta el sistema es el de la libertad, que es, no sólo un principio general, sino un valor del Estado de Derecho (art. 1 CE). Por ello, la premisa sobre la que se sustentan las normas, sobre todo en el ámbito económico y profesional, es la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y en la libre circulación de servicios, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla, directa o indirectamente (art. 1 LGUM).

A partir de ahí, como decimos las técnicas de intervención por excelencia, cuando está justificada en razones imperiosas de interés general, han de ser la comunicación o la declaración responsable, que ha de sustituir progresivamente a la licencia o autorización.

En cuarto lugar, la normativa puede sustituir una técnica (licencia) por otra (comunicación o declaración responsable) pero no mezclar las distintas figuras, exigiendo ambas a la vez, operación vedada por el art. 69.6 LPACAP y por el Derecho europeo.

(15) Esta teoría se opondría a las licencias discrecionales que tienen cabida en otros ámbitos del ordenamiento.

En quinto lugar, es claro que comunicación y declaración responsable tendrán mayor protagonismo, cumpliendo ciertos requisitos en ámbitos como la libertad de empresa (art. 38 CE); las actividades clasificadas y con incidencia ambiental (así, arts. 96 y 97 del ya citado Decreto 179/1995, de 13 de junio, de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales en Cataluña; Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades); actividades relacionadas con el urbanismo y, en particular, primera utilización y ocupación de edificaciones y construcciones (art. 187.5 Texto Refundido Ley de Urbanismo de Cataluña), así como actividades y servicios relacionados con la libertad de comercio con carácter general (Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio).

Por otra parte, en el ámbito de los servicios profesionales, hay que tener en cuenta que, hasta la fecha, se exigía en todo caso la colegiación profesional obligatoria, mientras que ahora pasa a ser voluntaria en aquellos supuestos en que la actividad profesional de que se trate no afecta a derechos fundamentales como el de la salud, art. 43 CE (colegios profesionales de médicos, farmacéuticos, enfermeros, etc.); a los derechos de defensa y la tutela judicial, art. 24 CE (colegios de abogados y procuradores); o a la seguridad personal (arquitectos, ingenieros). En relación al resto de profesiones, que ya no están sujetas a colegiación obligatoria y, por tanto, a una autorización, reglada, para el control del acceso y del ejercicio profesional, dicha autorización podrá ser sustituida por una declaración responsable o una comunicación previa al ejercicio de la actividad profesional. En este ámbito, es importante destacar que la Directiva 2005/36 del Parlamento y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 sobre cualificaciones profesionales.

En definitiva, se trata de hacer realidad, tanto a nivel normativo como aplicativo, el principio general de libertad, y la regla de la simplificación administrativa.

Veamos los entresijos de esos cambios, cambios que no pueden hacer olvidar el papel del Estado, de los poderes públicos en garantizar un correcto servicio a los consumidores y a la sociedad en general. No se trataría de desmontar el sistema, sino de poner reglas claras y objetivas que garanticen el interés general.

III. DETERMINACIONES CONCEPTUALES. QUÉ SON Y CÓMO FUNCIONAN LA COMUNICACIÓN Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

La comunicación y la declaración responsable, según la legislación vigente, son aquellos documentos suscritos por la persona interesada que se presentan a la Administración, por los que se pone en conocimiento de la

misma el cumplimiento de los requisitos legales para el acceso o ejercicio de una actividad económica o profesional de diversa índole.

Ello provoca un cambio del sistema general seguido hasta la fecha, pues la Administración transfiere a los titulares de la actividad y sus técnicos determinar si la actividad a realizar o el servicio a prestar se adecúa a legislación vigente, reservándose la vigilancia y control posterior de dichas actividades y servicios.

En consecuencia, una primera afirmación es que no son actos administrativos, pues declaración responsable y comunicación son actos de los particulares, que realizan los ciudadanos, a los que no les resulta de aplicación, por tanto, el régimen jurídico de aquéllos (revisión de oficio, declaración de lesividad, arts. 106 y 107 LPACAP; obligación de resolver, art. 21 LPACAP).

En segundo lugar, sin embargo, no se trata tampoco meras actuaciones privadas de autoadministración sin más. Es claro que el particular realiza la actividad, pero también lo es que la Administración no queda al margen de la misma, pues lo que ocurre es que pospone su actuación a un momento posterior. Es por ello que el ordenamiento jurídico administrativo no se sitúa al margen de estas actuaciones y ambas figuras se enmarcan en los denominados títulos jurídicos-administrativos habilitantes (de derechos, obras o actividades).

De ese modo, es la Ley la que, con la voluntad de desregular y simplificar, facilita el acceso de los ciudadanos a la realización de actividades, obras o ejercicio de derechos. La habilitación la otorga la Ley. Además, continúan siendo técnicas de intervención o limitativas: el ejercicio del derecho o la prestación del servicio no son libres, sigue estando sometida a un control, y ello define la vida de la actividad.

La intervención de la Administración sigue, por tanto, existiendo, y en esa línea la comunicación y la declaración responsable están insertas en la LPACAP, en el título de la Ley referido al procedimiento administrativo común y, en concreto, a la iniciación del procedimiento a solicitud del interesado, aunque no sean procedimiento administrativo. Lo que sucede, no obstante, es que esta no actúa *ex ante*, como sucedía con la licencia o autorización, sino *ex post*. La Administración no tiene, en este sentido, la obligación de resolver ante la presentación de la comunicación previa y la declaración responsable, por lo que si no emite ninguna objeción en relación a la documentación presentada por los interesados, éstos podrán iniciar y ejercer la actividad.

La actuación administrativa se traslada así a un momento posterior, a la fase de inspección y control, en la que, si se comprueba que no se cumplen los requisitos legales para ejercer la actividad o los datos incorporados por el particular no son correctos, puede determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente (art. 69.4 LPACAP).

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, existe una nueva dinámica en la que otras potestades como las órdenes, mandatos, prohibiciones o la propia inspección son el fundamento básico sobre el que giran las garantías legales y la seguridad jurídica de los ciudadanos, lo que conlleva una adaptación de las administraciones y también de las normas que regulan estas cuestiones. A modo de ejemplo, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRUR) ha modificado su terminología y ya no habla de actos administrativos, sólo de títulos administrativos habilitantes de obras y servicios (art. 48.c) y d) TRLRUR), que incluyen la autorización clásica, la comunicación previa y la declaración responsable (asimismo, arts. 187.4 y 5 Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto).

De este modo, la Administración tendrá su protagonismo a posteriori, donde las potestades de inspección y control deberán ser objetivadas mediante los denominados planes de inspección (así, por ejemplo, art. 6.2 Ley catalana 16/2015) y potenciar otras potestades clásicas, como las órdenes, mandatos, prohibiciones y, en caso extremo, las sanciones administrativas.

La comunicación y la declaración responsable son documentos suscritos por los interesados por el que ponen en conocimiento de la Administración competente sus datos identificativos, notificando a la Administración el ejercicio inmediato de un derecho o el inicio de una actividad, pues entienden, bajo su responsabilidad, que cumplen los requisitos exigidos en la normativa vigente para ello (así, art. 69 LPACAP).

De acuerdo con la normativa general de ambas figuras (art. 69 LPACAP, art. 7 Ley 17/2009, art. 84.1 i 84 bis LBRL, arts. 34 a 38 Ley catalana 26/2010 y art. 5.2 Ley catalana 16/2015), las características esenciales respecto al conjunto de trámites y actuaciones a seguir para el reconocimiento y ejercicio del derecho o facultad o el inicio de la actividad son los siguientes:

1. El documento que presenta el interesado debe contener los datos personales como en cualquier escrito que se dirige a la Administración (nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que los represente; la identificación del medio preferente o del lugar que se señala a efectos de notificaciones; la fecha y la firma); además de aquellos datos, manifestaciones o informaciones relativos al cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa aplicable para el inicio de la actividad o el ejercicio del derecho.

2. Desde el día de la presentación de la comunicación o la declaración responsable y si se cumplen los requisitos establecidos en la normativa vigente, se inicia la actividad o ejerce el derecho (art. 69.3 LPACAP). Incluso la comunicación puede presentarse «dentro de un plazo posterior al inicio de

la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente» (art. 69.3 *in fine* LPACAP).

3. La Administración Pública puede poner a disposición de los ciudadanos modelos de declaración responsable o comunicación previa con la finalidad de facilitar las relaciones de los ciudadanos con la Administración y nunca con el objetivo de establecer requisitos formales no previstos en la norma, pues en este ámbito juegan también los principios del procedimiento general (esencialmente, principio antiformalista y de gratuidad, reconocidos en el art. 53 LPACAP).

4. La Administración, a partir del momento de la presentación de la comunicación previa o la declaración responsable, puede iniciar la comprobación de los datos y demás circunstancias comunicadas por el interesado.

Al respecto, señala el art. 69.4 LPACAP:

«La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación».

Desde ese punto de vista, no compartimos la opinión de que jurídicamente no existe diferencia entre una solicitud que se considera estimada transcurrido un plazo y algunas comunicaciones o declaraciones responsables que sólo desplegarían efectos si la Administración no se opone. La comunicación previa (y la declaración responsable) permiten, desde el día de su presentación (incluso antes) el acceso y ejercicio de una actividad (normalmente económica) sin perjuicio de los posteriores controles que la Administración pueda realizar. En la solicitud estimada por silencio, hasta que no transcurra el plazo para resolver, no se puede actuar.

La actuación administrativa que se produzca a posteriori, verificando el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, ha de ser una actuación, como veremos, proporcionada, transparente, no discriminatoria, objetiva y directamente vinculada al interés general concreto que la norma le atribuya,

respetando en todo caso y, como mínimo, el trámite de audiencia a los interesados. Además, su actuación, si se produce, abre la vía a la aplicación del régimen jurídico de los actos administrativos (teoría de la invalidez, arts. 47 y 48 LPACAP; revisión de oficio, arts. 106 y siguientes LPACAP; responsabilidad patrimonial de la Administración, arts. 32 a 37 LPACAP).

Por último, alguna normativa distingue ya cuándo se debe exigir comunicación y cuándo declaración responsable. La primera, se reservaría a actividades económicas inocuas o de bajo riesgo en relación a su inadecuación al medio ambiente, la seguridad de las personas o los bienes. En cambio, la declaración responsable se mantiene para las actividades en que la intervención administrativa se justifica por razón de la protección de los consumidores, los destinatarios de los servicios y los trabajadores (art. 13 Ley catalana 16/2015).

Y, obviamente, únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente (art. 69.6 LPACAP), y mucho menos de manera simultánea a una autorización.

IV. LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS QUE SE SUSTENTAN LAS TÉCNICAS DE LIMITACIÓN COMO MANDATO AL LEGISLADOR Y COMO LÍMITES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN AL APLICADOR DE LA NORMA

Los principios sobre los que se sustentan las técnicas de limitación o intervención como mandato al legislador y como límites y criterios de interpretación de la norma a la Administración que los aplica son los siguientes:

1) *Principio general de libertad*. Este es un principio que deriva del Estado de Derecho (art. 1 CE) y parte de la premisa básica que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. En el ámbito del Derecho europeo se formula como la aplicación de las cuatro libertades (libertad de establecimiento y libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales). En las leyes recientes, se proclama ese principio en prácticamente todas las normas (art. 4 Ley Paraguas 17/2009; Capítulo IV, arts. 16 y ss. LGUM; art. 4 Ley catalana 16/2015). De este principio derivan el resto. En el ámbito estudiado, afecta a la libertad económica de acceso y ejercicio así como al ámbito profesional y de prestación de servicios.

2) Existe una *reserva de Ley*. La exigencia de autorizaciones y su contenido material propio, es decir, sus condiciones de otorgamiento y requisitos para el acceso y ejercicio de la actividad (económica o de establecimiento y libre ejercicio de la profesión), en su caso, sólo puedan estar recogidos en

una Ley aprobada por el Parlamento (estatal o autonómico, según las reglas de distribución de competencias materiales) cuando concurren los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Se exceptiona esa regla cuando la licencia o autorización deriva de una norma comunitaria o tratado internacional. Este requisito formal, que ya debía respetarse por aplicación del Texto Constitucional (art. 38 CE, 1,1 CE, 53 CE y STC 84/1984, de 24 de julio), se ha visto reforzado por el art. 5 de la Ley 17/2009 («La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen»); y el art. 17.1 LGUM («se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen»).

En el ámbito local, se aplican esas reglas de manera indubitada, aclarando el art. 84 bis LBRL, en su apartado 2, después de las últimas reformas, que «las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas sólo se someterá a un régimen de autorización cuando lo establezca una ley que defina sus requisitos esenciales», basadas en una serie de premisas relacionadas con la protección del interés público (16).

Es, por tanto, la reserva de ley un principio que se constituye en un mandato al legislador y en un límite a la Administración Pública cuando dicta reglamentos. Estos no podrán, *ex novo*, crear nuevas técnicas de limitación o intervención sin una ley previa de cobertura que contenga el núcleo de la medida de intervención. En esa línea, y a pesar de la posición constitucional de la ordenanza municipal, el art. 84 bis LBRL no habilita a dictar ordenanzas que recojan nuevas técnicas de limitación, debiendo estar previstas en la Ley. Únicamente se permitirá, dice el art. 17 LGUM, el régimen de autorización por norma inferior a la ley cuando así lo exija una norma comunitaria o tratado internacional.

3) Las limitaciones a la libertad de empresa y de profesión han de estar basadas en «razones imperiosas de interés general» (art. 3.11 Ley Paraguas 17/2009); razones cuya necesidad debe ser concretada por el legislador en cada caso concreto: es el «principio de necesidad» (art. 5.1 en relación con el art. 17 LGUM).

Por tanto, no valdrá invocar cualquier razón de interés general para exigir una autorización, comunicación o declaración responsable en el acceso y

(16) En este sentido, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, exime múltiples supuestos de exigencia de licencias o autorizaciones municipales.

ejercicio de una actividad económica o profesional; sino que, en cada caso, habrá de identificarse el interés general que se juzgue digno de protección (el necesario) como para permitir un obstáculo a la libertad de establecimiento y de prestación económica y de servicios (17).

El art. 3.11 de la Ley Paraguas 17/2009 establece que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las razones imperiosas de interés general para establecer una técnica de limitación se limitan a las siguientes: «el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

Tras la LGUM, según parte de la doctrina, se va más allá (18) y el principio de necesidad no sólo pone límites a los obstáculos a las libertades de circulación; sino a cualquier restricción a la actividad económica. En concreto, el establecimiento de la exigencia de autorización sólo será válido (art. 17.1 LGUM), cuando esté justificado, en cada ley y en cada caso, por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medioambiente o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia inequívoca de impedimentos técnicos que limiten el número de operadores en el mercado. O sea, menos razones imperiosas de interés general que la Ley Paraguas 17/2009. Y de entre esas razones hay que invocar cual es la estrictamente necesaria en ese caso, es decir, la menos restrictiva de la libertad individual.

Exige, por tanto, que si se establece una autorización deberá motivarse en la Ley que impone dicho régimen, tanto la razón de interés general que la habilita como que esa razón no puede salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o una comunicación, teniendo en cuenta el concepto amplio de autorización, es decir, cualquier sistema privativo que contenga un procedimiento y unos requisitos para el acceso o ejercicio de

(17) REBOLLO PUIG (2015: pp. 103 a 105); FERNÁNDEZ FARRERES (2014: pp. 123 y ss.).

(18) FERNÁNDEZ FARRERES (2014: pp. 104 y ss.). En concreto, este autor dice: a) Las leyes recientes establecen una foto fija, contraria a la jurisprudencia del TJUE, de las razones imperiosas de interés general; b) La LGUM ha cambiado el concepto de lo que es el principio de necesidad, pues lo desliga del principio de proporcionalidad y sirve para reducir las razones que habilitan al legislador a imponer licencias o autorizaciones; c) Va más allá de la unidad de mercado y pasa a desnaturalizar la actividad económica; d) Afirma que esta ley y el concepto que recoge se opone al resto de leyes, cosa inviable.

una actividad, incluyendo la inscripción en registros con carácter habilitante (art. 3.10 Ley Paraguas 17/2009; art. 17.1.d *in fine* LGUM).

Por lo demás, no podrán exigirse nuevos medios de intervención para la implantación o desarrollo de una actividad en que el interés general concreto a proteger sea coincidente con otro ya existente (así, por ejemplo, arts. 4.e y 5.5 Ley catalana 16/2015), afirmación que ya derivaba también del art. 84bis 3 de la LBRL.

4) La imposición o *determinación de la técnica de intervención empleada* ha de ser *proporcionada* con los intereses generales y los valores constitucionales que pretende proteger. Debe existir, por tanto, una adecuación entre el medio a utilizar por la Administración y el fin que se pretende. Quiere esto decir que, si en un caso concreto no se requiere intervención administrativa por no concurrir razón imperiosa de interés general, debe actuarse libremente; si en otro caso es suficiente a esos fines de interés general la mera regulación de la actividad y la represión a posteriori del mal uso de la libertad reconocida, no debe imponerse un control con carácter general. Y si la concurrencia de razones imperiosas de interés general exige la aplicación de una técnica de limitación o intervención, debe elegirse la comunicación o declaración responsable con preferencia a la autorización (que ha de ser reglada) y, con carácter general, el silencio positivo mejor que el negativo. Ese es, en definitiva, el contenido del principio de proporcionalidad, principio que debe ser respetado tanto por la Ley que establece la limitación (principio de proporcionalidad en la Ley) como por la Administración al ejecutar la norma (principio de proporcionalidad en la aplicación de la Ley) (19). Así lo recogen el art. 9.1 de la Ley Paraguas 17/2009 («todos los requisitos que supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ser proporcionados a la razón imperiosa de interés general»); art. 34.2 LPACAP («el control de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado a los fines de aquellos»); y el art. 5.2 LGUM («cualquier límite o requisito debe ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica»).

Por fin, y como hemos dicho, la LGUM establece cuando concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización, a saber: a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas

(19) Nuestros tribunales ya aplicaban esos principios desde siempre. En este sentido: SSTS de 3 de junio de 1992 (Ar. 4822, Ponente: Pedro Esteban Álamo) y de 28 de noviembre de 1992 (Ar. 9000, Ponente: Jaime Barrio Iglesias).

razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación; b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación; c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado; d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución (art. 17.1 LGUM). También establece que concurren dichos principios para exigir una declaración responsable cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados (art. 17.2 LGUM).

De este modo, tanto el legislador como la Administración, en caso de duda respecto a la técnica de intervención concreta utilizable, habrá de optar, como dijimos, por la que suponga una menor restricción de la libertad individual. *In dubio pro libertate* es —y era— un principio de inexcusable observancia que, si bien ya tenía consagración positiva en nuestro ordenamiento (20), con el Derecho europeo y su transposición se presenta con fuerza renovada.

5) Exigencia de un *único medio de intervención*. Consecuencia de los principios anteriores, es que sólo puede exigirse un único medio de intervención, es decir, la presentación de una comunicación previa, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización (art. 17.4 LGUM). La normativa no puede mezclar los distintos regímenes jurídicos y, en particular, no puede exigir la autorización y una declaración responsable (o una autorización y una comunicación previa). Además de la literalidad del precepto citado, es obvio que todo el sistema se basa en establecer regímenes de intervención que son alternativos (o autorización o comunicación previa o declaración responsable). Uno sustituye al otro. Lo que no es de recibo es establecerlos de manera acumulativa (por ejemplo, autorización con declaración responsable).

(20) Así, ya el RSCL decía: «si fueran varios —los actos de intervención— admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual». También en esa línea se pronunciaba el art. 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Por su parte, el art. 3.2 del Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el reglamento de obras, actividades y servicios, prevé: «La actividad de intervención de las entidades locales se ajustará a los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad y congruencia con los motivos y los fines que justifiquen la potestad para intervenir, el respeto a la libertad individual y la menor onerosidad para los ciudadanos».

Tampoco es lícito (y por tanto vulnera las reglas de intervención del derecho europeo y nuestra normativa), establecer la comunicación previa y la necesidad de inscripción en registros con carácter habilitante, pues esto tiene «a todos los efectos el carácter de autorización» (art. 17.1 LGUM).

En esa línea, la inscripción en registros con carácter habilitante tendrá a todos los efectos el carácter de autorización, y no puede introducirse ese registro entre los requisitos exigibles para las comunicaciones o declaraciones responsables (art. 17.1.d) LGUM). Son, en palabras del Derecho europeo, medidas de efecto equivalente a una restricción cualitativa (21).

6) Tampoco resulta discutible la vigencia del *principio de igualdad y no discriminación*, así como que los requisitos establecidos en la norma han de ser objetivos, claros e inequívocos. Esta regla, aplicable desde siempre en el ámbito de las potestades de limitación (así, art. 14 CE, art. 2 RSCL y art. 3 ROAS) (22) y, en particular, en las autorizaciones o licencias ha encontrado renovado apoyo en las normas y transposiciones del Derecho europeo.

Así, los requisitos que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma (art. 9.2.c) Ley Paraguas, art. 6 Ley catalana 16/2015) no pueden ser discriminatorios y si establecen un régimen de autorización, no puede resultar discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre, o no, en territorio de la autoridad competente o por lo que se refiere a sociedades, por razón del domicilio social (arts. 5 y 10 Ley Paraguas) (23).

En esa línea, los requisitos que supeditan el acceso a una actividad económica o de servicios o su ejercicio han de ser claros e inequívocos, objetivos y hechos públicos con antelación (así, art. 9.2 Ley Paraguas). Son mandatos y límites al legislador que hacen realidad el principio de seguridad jurídica y ponen en práctica el también principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En realidad, todos estos requisitos derivan del carácter reglado de las autorizaciones y la necesidad de establecer también requisitos reglados para el control a posteriori de la declaración responsable y la comunicación. En el ámbito de la actividad económica (acceso y ejercicio) y de servicios, la regla es que la actividad de limitación es reglada, no discrecional. No hay margen de apreciación subjetiva por la Administración, como dijimos.

(21) Respecto a los registros de las Comunidades Autónomas, ya la STC 284/1993, de 30 de septiembre, estimó que no podía establecerse la obligatoriedad de la inscripción en un registro para el ejercicio de la actividad comercial.

(22) Véase STS de 17 de marzo de 1992, Ar. 3280, Ponente: Juan García Ramos Iturralde); STS De 4 de julio de 1994 (Ar. 6046, Ponente: Antonio Nabal Recio).

(23) El art. 10 de la Ley referida 17/2009, establece una serie de requisitos también prohibidos por resultar discriminatorios.

7) Deben respetarse los principios de *simplificación de cargas y transparencia*. La intervención de las distintas autoridades competentes ha de garantizar que no se genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un mismo procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad (art. 7 LGUM; art. 17 Ley 17/2009) (24).

Asimismo, todas las autoridades competentes actuarán con transparencia en la aplicación de las leyes de intervención económica, detectando de manera temprana los obstáculos a la unidad de mercado. También han de garantizar que en la normativa general que regula una actividad económica o incide en ella, los supuestos de acceso al ejercicio de la actividad, su documentación, sus actos de aplicación o los estándares de calidad que imponga la diferente normativa son fácilmente accesibles, incluida la normativa de transparencia (así, Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; y Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña).

8) *Libre iniciativa económica en todo el territorio*. La libre circulación en materia económica y la eficacia general de las actuaciones administrativas en todo el territorio.

Desde el momento que un operador económico esté establecido en un lugar del Estado, podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar *de origen*, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar (art. 19.1 LGUM). Autoridad de origen es aquella que tiene competencia en el lugar que el operador accede a la actividad económica, sea el Parlamento o la propia Administración (25).

Asimismo, cuando conforme a la normativa del lugar de destino (entendido éste como el lugar donde se lleva a cabo una actividad económica de un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio) se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías a los operadores económicos o a los bienes, distintos de los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance o cuantía. Asimismo, el libre ejercicio

(24) Progresivamente, se van incorporando a nuestro ordenamiento procedimientos telemáticos e informáticos que han de facilitar las gestiones con la Administración. Tal es el caso en el urbanismo y la construcción de la herramienta BIM (*Building Information Modeling*), que permite la generación y gestión de datos de un edificio desde su proyecto hasta su ciclo de vida. Es un sistema cuya implantación aligeraría los trámites de obtención de licencias.

(25) Las críticas al sistema introducido en la LGUM se recogen en REBOLLO PUIG (2015: pp. 118 y ss.), FERNÁNDEZ FARRERES (2014: pp. 136 y ss.).

operará incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno (art. 19.3 LGUM).

En esa línea, los títulos habilitantes (autorización, comunicación o declaración responsable; inscripciones en registros y otros requisitos que normativamente se establezcan para el acceso a una actividad económica o su ejercicio), tendrá eficacia en todo el territorio del Estado (art. 20 LGUM), sin necesidad que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos.

Es la incorporación al ordenamiento interno del principio europeo del reconocimiento mutuo y del país de origen, que tiene dos excepciones: a) No se aplica en caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones «vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física». No obstante, como veremos, cuando el operador está legalmente establecido en otro lugar del territorio, las autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura; b) No se aplica en relación a actos administrativos (licencias) relacionados con la ocupación del dominio público (26), o cuando el número de operadores económicos del lugar del territorio sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas (art. 20.4 LGUM).

Por último, la supervisión y control de las Administraciones Públicas respecto de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables se prevé de la siguiente manera: La autoridad de origen es la competente para la supervisión y el control de los operadores respecto de los requisitos de acceso a la actividad económica, mientras que, en la literalidad de la ley, la autoridad de destino lo es para las supervisiones y el control del ejercicio de dicha actividad, incluso para la supervisión de los productos que se utilizan en el conjunto de la actividad del lugar de fabricación. En caso que esta última detecte un incumplimiento de los requisitos de acceso, se ha de comunicar a la actividad de origen, para que adopte las medidas oportunas, incluso las sancionadoras (art. 21.2 y 3 LGUM).

En realidad, el sistema diseñado impone que la única autoridad que tiene el poder de control es la autoridad de origen. La de destino, no puede añadir ningún control ni «trámite adicional» (art. 20.2 LGUM), con las excepciones ya vistas. Estas reglas imponen el cumplimiento de la legislación y requisitos del territorio de la autoridad de origen, no pudiendo exigir otros requisitos ni invocar razones imperiosas de interés general o exigencias imperativas. Y si es el lugar de destino (de la actividad o el servicio), se comete una ilegalidad, deberá comunicarse a la autoridad de origen. Este es el sistema —discutible— diseñado: cuando el operador esté instalado en una Comunidad Autónoma pero venda productos u oferte servicios en otras, es decir, cuando no coincidan

(26) AGUIRRE, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015.

Comunidad de origen y Comunidad o territorio de destino, se atribuye a la comunidad de origen el control de acceso a la actividad económica de acceso y ejercicio a la autoridad de origen (art. 21 LGUM).

Toda esta arquitectura llama directamente (yendo incluso más allá) a la aplicación en nuestro ordenamiento de las reglas generales de libertad económica que incorpora el Derecho Europeo, sustentado en el reconocimiento del mercado único y de la libre circulación económica, de mercancías y servicios en toda la Unión Europea. Así, es de aplicación el principio de reconocimiento mutuo, la supresión de barreras técnicas, la prohibición de restricciones cualitativas o cuantitativas en materia de libertad económica o de medidas de efecto equivalente a las anteriores y el principio general de libertad que también ha de presidir nuestro ordenamiento, sólo excepcionados por razones imperiosas de interés general o, en el ámbito de la libre circulación de mercancías, las exigencias imperativas (art. 5.1 LGUM) (27).

9) La concesión o denegación de una licencia o autorización ha de seguir el procedimiento legalmente establecido y ser realizada por el órgano competente, debiendo motivar su decisión.

Para la comunicación y la declaración responsable, no existe procedimiento administrativo previo, entendido como conjunto de trámites y actuaciones que sigue la Administración para dictar un acto administrativo. Los controles son a posteriori, debiendo respetarse el trámite de audiencia ante cualquier decisión que afecte al interesado, tal como se infiere del art. 69.4 LPACAP, en relación con el art. 82 de la propia ley y la jurisprudencia dictada al amparo de la Ley de procedimiento administrativo y sus reglas esenciales. Ciertamente, falta una regulación general del procedimiento administrativo de subsanación de defectos u omisión de requisitos legales, estableciendo claramente cuando se puede, o no, suspender la actividad y cuáles son los plazos máximos para

(27) Todo ello implica, en el ámbito europeo, para las mercancías y productos la prohibición de los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente entre Estados miembros, la prohibición de toda restricción cuantitativa y medida de efecto equivalente, así como la adecuación de los monopolios nacionales. En esta línea, destaca la eliminación de barreras técnicas y el principio de reconocimiento mutuo elaborado desde la Sentencia Cassis de Dijon de 20 de febrero de 1979. Sólo son admitidos como obstáculo a la libre circulación las normas diferentes que derivan de exigencias imperativas, es decir, que persiguen objetivos legítimos y dignos de protección, según la ocasión. Estos son los basados en la protección de los consumidores y lealtad en las transacciones comerciales, la protección de la salud pública y, además, la eficacia de controles fiscales y la lealtad en las transacciones comerciales, la normalización, los objetivos legítimos de política económica y social, la lucha contra la inflación, la tutela del medioambiente, el sometimiento a la hacienda pública, entre otros. Respecto a las razones imperiosas de interés general que justificarían la excepción a la libre circulación de servicios, existe también abundante jurisprudencia, evolutiva, que interpreta las causas recogidas en los Tratados.

adoptar esa decisión, cuál es el plazo de subsanación de los defectos, en qué casos pueden adoptarse medidas cautelares o, incluso, propuestas de resolución, es decir, juridificando las decisiones ex post de la Administración, en la línea que han recogido los arts. 7 y 8 de la Ley catalana 16/2015 y que no permite, sin más trámites, la clausura de la actividad.

10) Se instauran nuevos mecanismos de protección administrativa y jurisdiccional, para la valoración de esos principios y la normativa reguladora de la actividad de limitación. Para ello, se crea por la LGUM (Cap. III, arts. 10 a 15 y 26) el Consejo para la Unidad de Mercado, órgano colegiado presidido por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuyos fines son los de valorar y hacer un seguimiento de la adaptación de la normativa a estas reglas, de los mecanismos de cooperación entre Administraciones Públicas o dar impulso a los cambios normativos necesarios para eliminar los obstáculos a la unidad de mercado, entre otros.

Además, el art. 26 LGUM establece un sistema para que el operador económico que entiende que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho, pueda presentar su reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, siguiendo el procedimiento previsto en este artículo. Además, modificando la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se legitima a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para presentar recurso contencioso-administrativo ante cualquier actuación que pueda vulnerar la libertad de establecimiento o de circulación. El procedimiento previsto en este precepto tiene carácter alternativo. De no acogerse a él, el operador económico podrá interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra la disposición, acto o actuación de que se trate.

También la Disposición adicional quinta LGUM establece la acción pública para litigar ante los órganos administrativos, la CNMC y los tribunales el cumplimiento de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado.

V. EJEMPLOS DE MALA PRAXIS: LAS RÉMORAS DEL PASADO

La Administración desconfiaba de las técnicas de intervención ex post y, en ocasiones, continúa recogiendo en ordenanzas locales requisitos no previstos en la Ley (28), dicta reglamentos que no respetan la reserva de ley o pone trabajos que no están en la normativa general de transposición de estas figuras.

(28) En el caso de Cataluña, esta problemática guarda relación con el hecho de que el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales, en su redacción original, ya regulaba en los

Más allá de los aspectos formales, estas desviaciones normativas a las que nos venimos refiriendo pueden apreciarse en: a) La exigencia en la presentación de la declaración responsable y la comunicación de un gran número de documentos, estableciendo controles o requisitos previos a su formalización, que desnaturalizan esas figuras; b) El carácter diferido de los efectos de la presentación de la declaración responsable y la comunicación previa; c) La previsión de suspensión o cese de la actividad por falta de documentación. Veamos con mayor detalle alguno de esos supuestos.

1. La exigencia en la presentación de la declaración responsable y la comunicación previa de un gran número de documentos, estableciendo controles o requisitos previos a su formalización que desnaturalizan esas figuras

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 LPACAP, mediante la comunicación, los interesados «ponen en conocimiento» de la Administración Pública el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad. Lo mismo ocurre con la declaración responsable, documento en el que el interesado reconoce que «cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente. En concreto, el art. 69.3 dice ya expresamente que «las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas».

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

arts. 96 y 97 la comunicación previa como técnica de intervención sustitutoria de la licencia, preceptos que no han sido modificadas tras la aprobación de la Directiva Servicios, y que no resultan acordes, por tanto, a los nuevos tintes que han adquirido estas instituciones. En concreto, el art. 97 del Decreto 179/1995 dispone:

«1. Si en el plazo de un mes a contar de la presentación de la comunicación, la administración no manifiesta de forma motivada su disconformidad, la actuación comunicada quedará legitimada y podrá realizarse, siempre que sea conforme con la normativa aplicable.

2. Durante dicho plazo la administración requerirá, en su caso, al titular de las obras o de la actividad a los siguientes efectos:

a) Para que subsane las deficiencias observadas en la documentación presentada, o

b) Para su adaptación a la normativa aplicable, impidiendo la ejecución de las obras o el ejercicio de la actividad hasta que haya obtenido la preceptiva licencia, cuyo otorgamiento se sujetará al procedimiento que establecen los artículos 75 y siguientes de este Reglamento.

3. En los supuestos anteriores, la notificación del requerimiento al interesado suspenderá el cómputo del plazo señalado en el apartado 1».

A pesar de lo anterior, no son pocas las normas que imponen a los ciudadanos la necesidad de que, con anterioridad a la formalización de estos documentos, los interesados tengan que presentar «documentación previa» (29), deban realizar diferentes trámites administrativos de carácter preceptivo (30)

(29) A modo de ejemplo, la Ordenanza Municipal de Intervención Administrativa y Control de Actividades de Lloret de Mar, en relación a las actividades con incidencia ambiental sujetas a comunicación previa, prevé en su artículo 14 la «Documentación previa a la presentación de la comunicación previa ambiental». Este precepto dispone:

«El titular de la actividad tiene que disponer de la documentación que fija el art. 52 de la LPCAA y la normativa que la desarrolle, con anterioridad a la formalización de la comunicación previa.»

De manera complementaria, esta Ordenanza establece que como mínimo es necesario que se obtenga la siguiente documentación:

1. El informe de compatibilidad urbanística. En las obras o instalaciones nuevas, la compatibilidad urbanística vendrá determinada por la licencia urbanística o la comunicación previa de obras.

2. Licencia urbanística o comunicación previa correspondiente a las obras realizadas para la adecuación del establecimiento donde se quiere desarrollar la actividad que se comunica.

3. Las certificaciones entregadas por una entidad colaboradora de la Administración ambiental, cuando sea necesario, para la comprobación de emisiones de la actividad en la atmosfera (ruidos, vibraciones, luminosidad y otros), en el agua, o la caracterización de determinados residuos.

4. Certificación del acta de comprobación favorable en materia de incendios emitido por una entidad colaboradora de la Administración para el supuesto de que la actividad se encuentre incluida en los anexos 1 y 2 de la LPSI.

La tramitación del informe en materia de incendios deberá realizarse en el trámite de obtención de las obras para el acondicionamiento del local y los Servicios Técnicos emitirán los informes que correspondan.

Cuando el establecimiento, la actividad, la infraestructura o el edificio no estén incluidos en los anexos 1 y 2 de la LPSI, el titular acompañará a la comunicación previa el certificado técnico en materia de incendios emitido por un técnico competente».

(30) La Ordenanza de Intervención Municipal Ambiental de Seguridad y de Salud Pública de Castellar del Vallès (BOPB de 13 de agosto de 2012) prevé en su art. 109 los «Trámites previos a la presentación de la comunicación». Este precepto dispone:

«1. Para que la comunicación previa ambiental pueda producir los efectos que le otorga la ley, será necesario que el titular de la actividad con anterioridad, obtenga el informe urbanístico cuando sea procedente; las certificaciones ambientales específicas cuando así se establezca y el informe y la certificación del acta de comprobación favorable en materia de incendios.

2. Los referidos documentos, cuando se pidan al Ayuntamiento, se pueden solicitar en una sola petición, acompañando la documentación pertinente en cada supuesto. Esta, una vez recibida por el Ayuntamiento, seguirá los trámites que en cada caso corresponda, de conformidad con los artículos siguientes.

3. En el supuesto que la actividad incluya el vertido de aguas residuales a los cauces públicos o al mar, estará sometida al régimen respectivo de intervención de vertidos y tendrá que obtener la autorización correspondiente.

4. En el supuesto que la actividad se sitúe en un espacio natural protegido, la comunicación se acompañará de la declaración de impacto ambiental favorable, o de la respuesta de la Administración en el sentido de que no hay necesidad de evaluación de impacto ambiental».

o bien obtener por parte de la Administración un informe favorable previo (31).

Las anteriores previsiones suponen una alteración del carácter ex post de la intervención administrativa en relación a las actividades, servicios y obras sujetos a comunicación previa y declaración responsable, además de imponer cargas y formalidades que, de acuerdo con la Directiva Servicios y la globalidad de normas de transposición, debían quedar erradicadas.

En ocasiones, estos trámites o actuaciones previas no tienen carácter obligatorio, sino que se configuran con carácter voluntario para permitir que los ciudadanos obtengan, antes de iniciar la actividad, el «visto bueno» de la Administración, a través de la realización de una inspección voluntaria previa, también denominada en ocasiones «actuación de comprobación» (32). Esta práctica también supone una desviación de lo que debería ser un sistema de control a posteriori, haciendo patente la desconfianza de la Administración, y de los propios ciudadanos, en relación a la declaración responsable y la comunicación.

(31) La ordenanza municipal de apertura de establecimientos y control de actividades de Montcada i Reixac (BOPB 15 de octubre de 2010), en relación a las actividades sometidas al régimen de comunicación de actividades inocuas (art. 7), prevé en su apartado 6 que: «*Previamente a formalizar la comunicación, será necesario haber obtenido la preceptiva licencia urbanística o bien, en el supuesto que fuera innecesario, un informe previo favorable municipal de compatibilidad urbanística (...).*»

Contiene una previsión análoga el art. 8 de la Ordenanza del Régimen General de Comunicación Previa, las Actividades Inocuas y los Informe Urbanísticos de Compatibilidad del Ayuntamiento de Tarradell.

(32) Así, por ejemplo, el art. 29 de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de Emprendimiento y Competitividad de Galicia, prevé lo siguiente:

«1. Sin perjuicio de las facultades de control establecidas en el artículo anterior, los/as interesados/as pueden solicitar la realización de una inspección de comprobación del local o establecimiento, que tendrá por objeto la adecuación del mismo a la normativa de aplicación y el cumplimiento de las condiciones legales y técnicas de la actividad.

2. Realizada la solicitud prevista en el apartado anterior, en el plazo que se señale en las ordenanzas locales y, en su defecto, en el plazo máximo de tres meses desde la solicitud del particular, el ayuntamiento remitirá a quien lo hubiera solicitado el resultado de la actuación inspectora. Se señalará expresamente si se cumplen los requisitos para el ejercicio de la actividad y la apertura del establecimiento o, en caso contrario, se señalarán los incumplimientos o deficiencias detectados, concediendo un plazo de subsanación. El transcurso del plazo sin que se hubiesen corregido las deficiencias dará lugar, previa audiencia de la persona interesada, a la adopción de las medidas previstas en el artículo anterior.»

2. El carácter diferido de los efectos de la presentación de la declaración responsable y la comunicación. La inscripción en registros

La excepción al carácter inmediato o el carácter diferido de los efectos de la presentación de la declaración responsable y la comunicación es, como ya hemos avanzado, la desviación normativa que resulta más frecuente.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, debe regir en el ámbito de la declaración responsable y la comunicación previa el principio de inmediatez, que permitiría el reconocimiento o ejercicio del derecho o el inicio de la actividad «desde el día de su presentación», tal como prevé con carácter general para todos los procedimientos el art. 69.3 LPACAP. Este precepto contempla incluso, en su inciso final, que la comunicación pueda presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevé expresamente.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que en la regulación de estas figuras es extremadamente frecuente que su eficacia quede demorada a un momento posterior, lo cual se logra a través de distintas técnicas contrarias al Derecho europeo y a las leyes generales que introducen y regulan estas figuras que las convierten, en realidad, en una autorización.

En primer lugar, son diversas las normas que prevén un plazo determinado para que la Administración analice la comunicación previa o la declaración responsable presentada, así como la documentación que las acompañe, para así identificar las deficiencias y requerir al interesado para que las subsane.

De ese modo, no son de recibo previsiones normativas que establecen plazos para la comprobación que superan, con creces, el tiempo necesario para realizar esta tarea (33) o prevén, incluso, una «doble comprobación» (34),

(33) A modo de ejemplo, el art. 6.2 de la Ordenanza reguladora de obras sujetas a comunicación previa de Sant Pol de Mar, prevé que: «*Si en el plazo de un mes a contar desde la presentación de la comunicación, la Administración no manifiesta de manera motivada la disconformidad, la actuación comunicada quedará legitimada y podrá realizarse siempre que se ajuste a lo que se ha solicitado y sea conforme con la normativa aplicable*».

En idéntico sentido: art. 87 Ordenanza Municipal de Vic reguladora del régimen de intervención integral de la Administración municipal en las actividades e instalaciones.

(34) En este sentido, hay normas que prevén que, detectada una deficiencia por parte de la Administración en el plazo previsto para la comprobación, una vez el particular la subsane, se reabre un nuevo plazo para que la Administración vuelva a comprobar la comunicación previa o declaración responsable presentada. Así, el art. 21.4 de la Ordenanza Municipal de Vic Reguladora de la Intervención Integral de la Administración Municipal en las actividades e instalaciones, dispone que: «*Recibida la comunicación previa al ejercicio de la actividad, los servicios técnicos municipales podrán requerir al interesado, dentro del plazo de un mes, para que subsane las deficiencias observadas en la documentación. En este caso, queda en*

suspendiendo, mientras se lleven a cabo estas actuaciones, la eficacia de la comunicación o la declaración responsable.

Una segunda forma de desvirtuar el carácter inmediato de la comunicación o la declaración responsable presentada ante la Administración es someter su eficacia a la preceptiva inscripción en un Registro, al que además se le da carácter constitutivo (35), cuestión vedada por el art. 17 LGUM, que equipara esa exigencia a una autorización. En la misma línea, tampoco cabe demorar la inscripción hasta que la Administración haya efectuado el control o inspección de la actividad (36). Todo este tipo de regulaciones son contrarias a las reglas explicadas, que provienen del Derecho europeo en buena parte. Constituyen, por tanto, regulaciones contrarias al libre establecimiento y prestación económica y medidas de efecto equivalente a una restricción cualitativa sin base legal alguna.

3. La previsión de suspensión o cese de la actividad por falta de documentación

El tercero de los pilares en los que se sustentan la comunicación y la declaración responsable que ha sido objeto de desviación por las normas sectoriales que regulan estas figuras es el relativo al control a posteriori que

suspension el derecho al ejercicio de la actividad hasta que, producida la rectificación, haya transcurrido el plazo de otro mes sin requerimiento motivado de la Administración municipal».

Contiene una previsión idéntica el art. 16.2 de la Ordenanza Reguladora de las Actividades Clasificadas i Apertura de Establecimientos de Castellolí.

(35) Esta no es, no obstante, la postura adoptada por la mayoría de normas en este ámbito, que sientan el carácter constitutivo de la inscripción registral. A modo de ejemplo, el Decreto 40/2014, de 25 de marzo, de explotaciones ganaderas de Catalunya regula en su art. 23 el Registro de actividades ganaderas. Al respecto, previéndose en el art. 20, dedicado al procedimiento de comunicación previa de inicio de la actividad, que la comunicación comporta la inscripción en el Registro, el art. 23.2 establece que no podrá iniciarse la actividad hasta que no se realice la inscripción registral (así como tampoco expedir documentos relacionados con la explotación ni solicitar ayudas).

(36) Así lo hacen, no obstante, diversas normas. En este sentido, la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de la Comunidad Valenciana 2010, establece en su art. 56.4 respecto a la inscripción en el Registro General de Empresas, Establecimientos y Profesiones Turísticas de la Comunitat Valenciana, se puede realizar una inspección de carácter previo.

Por su parte, el art. 22 de la Ordenanza de Intervención Municipal Ambiental, de Seguridad y Salud Pública de la ciudad de Sant Andreu de la Barca prevé la existencia de un Registro en el que son objeto de inscripción todas las actividades objeto de cualquiera de los regímenes de intervención que prevé la Ordenanza, estableciendo en este punto que *«Las inscripciones en el Registro municipal de actividades han de formalizarse de oficio en el momento de resolver sobre la solicitud de la licencia, de pronunciarse sobre la recepción, la comprobación o el control de la comunicación previa y la declaración responsable (...)».*

debe ejercer la Administración sobre las actividades sometidas a este régimen de intervención.

Por aplicación del principio de proporcionalidad, la Ley 17/2009 establece que sólo determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad la comprobación por parte de la Administración del incumplimiento de los requisitos señalados en la legislación vigente cuando provoquen riesgos a la salud de las personas, los bienes o el medioambiente o cuando se compruebe la inexactitud o falsedad de carácter esencial en los datos, manifestaciones o documentos presentados por el particular, criterio que, entre otras normas, ha incorporado el art. 69 LPACAP y la Ley catalana 26/2010, norma que impone, para mayores garantías, la preceptiva audiencia al interesado antes de suspender la actividad (37).

A pesar de lo anterior, existen diversas normas sectoriales, especialmente ordenanzas municipales, que castigan con la suspensión de la actividad cualquier irregularidad en la declaración responsable o la comunicación previa, con independencia de su carácter esencial, y sin prever ningún tipo de medida que garantice la audiencia de los ciudadanos afectados (38), siendo así un régimen mucho más restrictivo que aquél aplicable a las actividades sujetas a licencia o autorización.

Todas estas situaciones, si están previstas en normas reglamentarias, pugnan, además, con los principios de jerarquía normativa y reserva de ley y, por tanto, resultan contrarias al ordenamiento jurídico. Si están recogidas en una Ley, irían contra el espíritu y finalidad del Derecho europeo, de la Directiva servicios y sus normas generales de transposición.

(37) El tenor literal del art. 38.1 Ley 26/2010 es el siguiente: «*La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato o documento que acompaña o consta en una declaración responsable o en una comunicación previa comportan, previa audiencia de la persona interesada, dejar sin efecto el correspondiente trámite e impiden el ejercicio del derecho o de la actividad afectada desde el momento en que se conocen*».

(38) En este sentido, el art. 27 de la Ordenanza Municipal de Intervención Administrativa y Control de Actividades de Lloret de Mar prevé que, comprobada la documentación presentada por la Oficina de Información y Atención Ciudadana, los Servicios Técnicos del Ayuntamiento comprobarán y emitirán un informe sobre su contenido, que en el caso de ser desfavorable por falta de documentación puede comportar la suspensión de la actividad, sin discernir entre documentos esenciales, o no esenciales.

Contiene una previsión idéntica el art. 8 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Arbúcies núm. 35, Reguladora del Régimen de comunicación previa de las actividades inocuas.

VI. ¿PUEDE APLICARSE EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS?

1. La problemática que se plantea

Las figuras estudiadas sugieren un cambio de mentalidad de la Administración en su actuación. Una vez presentada por el particular la comunicación o la declaración responsable (e incluso antes), el interesado puede realizar la actividad, la profesión u obra pretendida. A partir de entonces, la Administración debería en algún momento (luego veremos cuál es el plazo máximo) poner en marcha sus potestades de verificación, control e inspección para saber si los datos proporcionados son correctos, si la actividad u obra objeto de comunicación o declaración responsable se ajusta al documento (39). También puede poner en marcha la potestad sancionadora de la Administración si así está previsto en la normativa aplicable.

Obviamente, a nuestro juicio y como seguidamente demostraremos, si la Administración no ejerce sus potestades de inspección y control en un plazo determinado, y se produce un daño en los intereses públicos o de terceros, podría ponerse en marcha la responsabilidad de la Administración.

Por tanto, a diferencia de las reglas sobre responsabilidad patrimonial desarrolladas al cobijo de las licencias o autorizaciones, en el caso de la comunicación o declaración responsable, la regla general es que la responsabilidad es del propio interesado que presenta el documento dado que, como hemos visto, la legislación configura esas técnicas como actuaciones del particular, sin perjuicio que las hayamos incardinado entre los títulos habilitantes.

Por ello, la intención del legislador es, en este ámbito, evitar a priori la puesta en marcha de la responsabilidad administrativa. El artículo 69.4 LPACAP dice que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

A pesar de esas afirmaciones, y de que la regla general es que, como hemos dicho, el responsable de los daños es el particular, la Administración Pública no queda exonerada totalmente de su posible responsabilidad por daños, no sólo porque el precepto habla del «carácter esencial» de las irre-

(39) También obviamente, aunque lo tratamos al margen, si lo realizado al amparo de la comunicación se adecúa a la comunicación previa presentada.

gularidades documentales, sino porque la falta de diligencia en su actuación puede provocar daños al interés público o a terceros que no tengan la obligación de soportar (40), resultado de las reglas generales contenidas en los arts. 106 CE, 32 a 37 Ley 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), con las especialidades que para el procedimiento regula el art. 92 LPACAP.

En ámbitos concretos como el urbanismo, al referirse a licencias u otros títulos habilitantes, el art. 48.d) TRLSRU se refiere al derecho de indemnización que puede surgir como consecuencia de la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente.

Se trata de una regulación que deja patente que la responsabilidad administrativa puede producirse por una incorrecta anulación de la comunicación previa o declaración responsable, la incorrecta paralización u orden de cese o clausura de las obras o actividades que se están llevando a cabo a su amparo.

A pesar de lo anterior, quedará al margen la responsabilidad de la Administración cuando en la incorrecta anulación de la comunicación o declaración responsable (u otro título habilitante) exista dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado (art. 48.d) in fine TRLSRU).

Por otro lado, la responsabilidad de la Administración puede surgir como consecuencia de una falta (o retraso) en el ejercicio de las potestades de inspección y control que deben ejercer las autoridades y funcionarios de la Administración, evitando situaciones ilegales. En este sentido, para aquellas actuaciones sujetas a declaración responsable o comunicación previa, la misma norma citada en el art. 11.5 TRLSRU dispone:

«Cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación previa o de declaración responsable, y de dichos procedimientos no resulte que la edificación cumple los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, la Administración a la que se realice la comunicación deberá

(40) Así se pronuncia, por ejemplo, en el ámbito urbanístico, el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 185.1 dispone: «En las obras o usos del suelo que se ejecuten sin licencia o con inobservancia de sus condiciones o, en su caso, sin comunicación previa o autorización preceptiva, será responsable el promotor, el empresario de las obras y, en su caso, el técnico director de las mismas. También serán responsables en esos casos las autoridades o funcionarios que hayan infringido las normas en vigor en el ejercicio de sus respectivas competencias en materia de policía territorial».

En la misma línea, se pronuncia el art. 200.1 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial en Extremadura.

Véase: LLEAL GRAU (2014: pp. 320 y ss.)

adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización comunicada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas. La Administración podrá repercutir en el sujeto obligado a la presentación de la comunicación previa o declaración responsable el importe de tales perjuicios» (41).

Veamos pues cuáles son las situaciones en que, como excepción a la regla general, la Administración deberá indemnizar.

2. Los supuestos indemnizatorios. La inactividad administrativa. Los planes de inspección

A las tradicionales reglas indemnizatorias respecto a las licencias o autorizaciones, se han añadido otros supuestos relativos a la comunicación o declaración responsable. El sistema de puesta en marcha del instrumento de la responsabilidad patrimonial es distinto pues mientras en la licencia existe un acto administrativo, en la comunicación o declaración responsable, son documentos de los particulares, en donde la actuación administrativa se realizará a posteriori. Las circunstancias en que se podría poner en marcha la responsabilidad de la Administración son las siguientes:

a) En un primer supuesto, la Administración actúa en plazo en el ejercicio de sus funciones de inspección y control y comprueba que el particular ha actuado correctamente, que su posición respecto al ordenamiento jurídico es correcta y ajustada a derecho, por lo que la posible responsabilidad por daños derivada de la actividad del particular se regirá por las reglas aplicables a la actividad que realice, derivadas, con carácter general, del sistema de responsabilidad contractual y extracontractual que prevé el Código civil (arts. 1101 y 1902, respectivamente). Esta regla tendría su excepción derivada de una incorrecta actuación inspectora (se dijo que la actividad era conforme a derecho y no era cierto) o incluso cuando la normativa dictada por la Administración, aunque fuese respetada por el particular, generase daños al interés público o a terceros que no tuviesen el deber de soportarlos (42).

(41) Para dotar de una mayor seguridad jurídica en este ámbito, el citado precepto continúa diciendo: «Tanto la práctica de la comunicación previa a la Administración competente, como las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que aquella pudiera adoptar en relación con el acto comunicado, deberán hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en los términos establecidos por la legislación hipotecaria y por esta Ley».

(42) Así, por ejemplo, reglamentos que son excesivamente permisivos y cuyo resultado, a pesar de que el particular se adecúe a ellos mediante los títulos habilitantes, es un daño al medioambiente o a terceros que no tienen obligación de soportar.

b) En un segundo supuesto, la Administración ejercita sus potestades de control o inspección correctamente, en el plazo dado, y comprueba la vulneración en grado de nulidad o anulabilidad (arts. 47 y 48 LPACAP) del ordenamiento vigente, lo que la lleva a suspender la actividad, paralizar o suspender la obra o la actividad profesional, invalidando el título habilitante, a menos que se pueda subsanar.

En este caso, el responsable de los daños causados por la actividad sería, en principio, el titular, aunque hay determinados en que se prevé una concurrencia de culpas con otros sujetos, como por ejemplo, el promotor de la actividad; el redactor del proyecto de actividad; la persona física o jurídica instaladora o mantenedora de la instalación técnica; o, incluso, el personal funcionario que haya llevado a cabo la inspección, posibilidad esta última que debe interpretarse restrictivamente (43).

(43) Al respecto, la Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears, contiene en su art. 98 la siguiente previsión:

«1. Son responsables de las infracciones administrativas en materia de actividades clasificadas y espectáculos públicos las personas físicas y jurídicas públicas o privadas que incurran en las acciones u omisiones tipificadas en la presente ley, y específicamente:

a) El titular es responsable de que la actividad se utilice y mantenga conforme a la normativa de aplicación y las condiciones impuestas en la autorización o la documentación técnica, así como de la realización de revisiones, inspecciones y controles obligatorios y, si procede, de la contratación de su mantenimiento a empresas autorizadas.

b) El titular de la actividad y el explotador son responsables solidarios sobre lo indicado en el apartado anterior cuando no tengan vinculación alguna entre ellos.

c) El técnico redactor del proyecto de actividad, del proyecto integrado o de la documentación técnica es responsable de que se adapten a la normativa en materia de actividades.

d) La persona física o jurídica instaladora y/o mantenedora es responsable de que la instalación técnica y su mantenimiento se han ejecutado conforme a la normativa vigente, el proyecto de actividad, el proyecto integrado o la documentación técnica, si procede, y de los compromisos adquiridos en las comunicaciones, declaraciones responsables o autorizaciones.

e) El técnico director es responsable de la veracidad del contenido de los certificados que emite y de que todo lo ejecutado se ajusta a la normativa en materia de actividades, al proyecto de actividad, proyecto integrado o documentación técnica y, si procede, a las condiciones impuestas en el procedimiento. Si el técnico director pertenece a una empresa, ésta será responsable de forma subsidiaria.

f) El técnico o la técnica de obras y el de actividades serán responsables respectivamente de que la obra ejecutada y la actividad sean compatibles entre sí. En materia de riesgos laborales se estará a la normativa específica.

g) Los usuarios, los artistas, los espectadores o el público asistente son responsables en los casos que incumplan las obligaciones prescritas en la presente ley.

h) El personal de admisión y control de ambiente interno de las actividades de espectáculos públicos y recreativas es responsable respecto a las funciones atribuidas por la normativa vigente.

i) Las personas adultas que acompañan a los menores, solidariamente con el titular de la actividad, sobre los incumplimientos de las obligaciones del artículo 24 de esta ley.

c) Un tercer supuesto es el que deriva de una decisión ilegal de la Administración de cese o clausura de la actividad, o del cese del ejercicio profesional, y así es declarado por una resolución judicial posterior. Los daños y perjuicios causados por la decisión administrativa ilegal deben ser indemnizados (44).

2. El titular y los promotores de las actividades de espectáculos públicos y recreativas son responsables solidarios de las infracciones administrativas reguladas en la presente ley cometidas por quienes intervengan en ellas y por quienes estén bajo su dependencia, cuando incumplan el deber de prevenir la infracción.

3. El titular y los promotores de las actividades de espectáculos públicos y recreativas son responsables solidarios cuando, por acción u omisión, permitan o toleren la comisión de infracciones por parte del público o de los usuarios.

4. El titular es responsable administrativamente de las infracciones cometidas por los trabajadores o por terceras personas que, sin vinculación laboral con el mismo, realicen prestaciones incluidas en los servicios contratados por éste.

5. Cuando existan diversas personas responsables a título individual y no sea posible determinar el grado de participación de cada una de ellas en la realización de la infracción, responderán todas ellas de forma solidaria.

6. La responsabilidad del personal funcionario y del personal al servicio de las administraciones públicas, si procede, será exigible conforme a las normas que regulan su régimen disciplinario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pudiera haberse incurrido. Sin embargo, la responsabilidad del inspector queda limitada al alcance de la inspección que se determine previamente en el plan de inspección, la campaña o el hecho denunciado».

(44) Se requiere que, con la denegación (ilegal) o la concesión (ilegal), se produzca un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizable y que exista un nexo causal entre esa actuación administrativa y el daño producido. Además, el TS, hasta hace pocas fechas, exigía que la ilegalidad administrativa fuera notoria, y que existiera una flagrante desatención normativa.

En este sentido, el TS ha ido elaborando una (discutible) doctrina (así, STS se 10 de junio de 1986, Ar. 6761, Ponente: Saturnino Gutiérrez de Juana), según la cual la denegación improcedente de la licencia de obras o actividad requiere, para que exista indemnización, que la ilegalidad administrativa sea notoria. Así, no toda anulación de una licencia que conlleve un daño al particular puede ser susceptible de determinar la responsabilidad patrimonial. Se requiere, además, que esa ilegalidad sea flagrante, clara, inequívoca, notoria. Se le permite a la Administración un margen de apreciación «razonada y razonable», por lo que no toda denegación o concesión de licencia ilegal es susceptible de indemnización.

Esa jurisprudencia esconde un debate abierto en nuestro Derecho administrativo, y que no vamos a abordar ahora por razones obvias, y es el de la responsabilidad por culpa u objetiva de la Administración. Según la misma, se requiere, además, de que el daño sea efectivo, evaluable económicamente, indemnizable, que la Administración haya actuado con flagrante ilegalidad, con una evidente desatención normativa. Existe, entonces, un margen de tolerancia en la actuación administrativa que provoca que sólo los casos evidentes y palmarios en que se concede o deniega una licencia de manera claramente ilegal son indemnizables. Asimismo, si su concesión se retrasa de modo injustificado o injustificable.

Sin embargo, para nosotros, nada de eso se recoge en los textos legales. Esa es una elaboración que se aparta de la responsabilidad objetiva de la Administración que recoge la Ley y, por tanto, se aparta de la Ley.

La regulación legal es clara, e incluir elementos que no están en la misma está muy bien como elucubración doctrinal, como desiderátum de futuro, pero no para aplicarlo en la actuali-

c) En un cuarto supuesto, la Administración no realiza las actuaciones inspectoras o de control, y, como consecuencia de ello, un tercero (o los intereses públicos en según que ámbitos) se ve afectado. Lo mismo ocurrirá cuando las potestades de inspección se realicen de forma tardía y se comprueba la ilegalidad de la comunicación o declaración responsable, y se anulan. El art. 69.3 LPACAP obliga a realizar las funciones de control e inspección a posteriori. Incluso alguna norma objetiviza ya esa actuación mediante los planes de inspección (así, Ley catalana 16/2015).

En este caso (que puede que se dé porque la comunicación es en sí misma ilegal, contiene datos erróneos o no se adecúa al ordenamiento, pero también porque la inadecuación de la actividad realizada a la propia comunicación) podría suceder que, tanto los terceros como los intereses públicos fueran perjudicados.

No olvidamos que las actuales normas están habilitando, cada vez más, a terceros interesados, pero también a cualquier persona para que denuncie actuaciones contrarias al derecho de la competencia, o recurrir actuaciones de la Administración contrarias a la Directiva Servicios o su normativa de desarrollo (45).

En este cuarto supuesto, nos encontramos ante un funcionamiento anormal del servicio público de inspección administrativa que puede comportar la indemnización por daños. Incluso, en algunos casos, puede haber concurrencia de culpas (46).

La jurisprudencia, como es sabido, ha reconocido también que la demora en el ejercicio de la actuación administrativa puede ser causa de responsabilidad. Y, en estos casos, como decimos, deberá establecerse con carácter general que la Administración, en un plazo de seis meses (art. 115 TRLSRU)

dad, con el ordenamiento jurídico que tenemos. El Tribunal Supremo, en reciente jurisprudencia reconocía que tales tesis (la de flagrante desatención normativa para exigir responsabilidad patrimonial) «pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» (STS de 27 de diciembre, de 2005, Ar. 4276, Ponente: Rafael Fernández Valverde).

(45) Así, por ejemplo, los arts. 26, 27 y 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, establecen un sistema para impugnar las previsiones administrativas que signifiquen un obstáculo o barrera a los operadores y perjudiquen los intereses de consumidores y usuarios. Para ello, se establece un sistema de acción popular ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia previo al recurso contencioso-administrativo. Al respecto, únicamente podemos señalar que el concepto de tercero puede ser muy amplio, pudiendo abarcar en su seno a un vecino, a otro operador económico o, incluso, a los consumidores y usuarios.

(46) LEAL GRAU (2014: pp. 339-340).

En análogo sentido, FONT LLOVET y PEÑALVER CABRÉ (2011: pp. 18 y ss.).

debería inspeccionar o controlar la actividad de los particulares realizada al amparo de una comunicación o declaración responsable. A partir de ahí, si se produce un daño, empezaría a aplicarse la responsabilidad administrativa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, y NOGUERA DE LA MUELA, Belén. (Dir.) (2012): *El impacto de la Directiva Servicios en las Administraciones Públicas, Aspectos Generales y Sectoriales*, Ed. Atelier, Barcelona.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2005): «La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA* núm. 126.
- ALONSO MAS, María José (Dir.) (2014): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid.
- AMENÓS ÁLAMO, Jordi (1999): *La inspección urbanística: Concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio – PIÑAR MAÑAS, José Luís (1997): *Comentarios a la Ley de Comercio Minorista*, Civitas, Madrid.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio (2008): «El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística: análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial», *RDUMA* núm. 242.
- COSCULLUELA MONTANER, Luís (2013): *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Civitas, Navarra, 2013..
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2014): «Unidad de mercado y libertad de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre», *REDA* núm. 163.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (2011): «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista catalana de Dret Públic* núm. 42.
- FONT LLOVET, Tomàs, PEÑALVER CABRÉ, Àlex (2011): «La incidencia de la Directiva Servicios en los entes locales», *RCDP* núm. 42.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2006): «La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas», *RAP* núm. 169.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1999): «El procedimiento administrativo de 1950 a hoy», *RAP* núm. 150.

- GÓMEZ PUENTE, Marcos (1994): «Responsabilidad por inactividad de la Administración», en *Documentación Administrativa* núm. 237-238.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor (2010): «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de Servicios», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* (REAF), núm. 11.
- JORDANO FRAGA, Jesús (1999): «La reforma del art. 141 apartado 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de «responsabilidad objetiva» de las Administraciones Públicas», *RAP* núm. 149.
- LEAL GRAU, Mariona (2014): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública urbanística*, Tesis no publicada. Depósito legal: GI.1458-2014, <http://hdl.handle.net/10803/277011>
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2010): «La transposición de la Directiva Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *REFC* núm. 14, julio-diciembre.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, GUICHOT REINA, Emilio, y CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2005): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid.
- MARTÍN REBOLLO, Luís (1994): «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa* núm. 237-238.
- MAYER, Otto (1982): *Derecho Administrativo alemán*, Vol. 2, Segunda Edición, Buenos Aires. Traducción española de H.H. Heredia y E. Krotoschin del original francés, publicado en París en 1904.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Ed. Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2010): «Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas», *Revista Española de la Función Consultiva* (REFC) núm. 14, julio-diciembre..
- (2014): «Sobre el establecimiento legal de la unidad de mercado», *REDA* núm. 163.
- NUÑEZ LOZANO, María del Carmen (2001): *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- RASTROLLO SUÁREZ, Juan José (2010): «Directiva de Servicios: urbanismo, medio ambiente y agricultura», *RDUMA* núm. 259.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio (2010): «El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 49.

- (2010): «De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios», *RAD* núm. 2/2010, parte Estudio, BIB 2010/285.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2015): «El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional», *RAAP* núm. 91.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola (2009): «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», *Anuario del Gobierno Local*.

RÉGIMEN TERRITORIAL, PATRIMONIAL, FINANCIERO Y AMBIENTAL DE LAS INFRAESTRUCTURAS EN ARGENTINA(*)

IGNACIO M. DE LA RIVA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. REPARTO TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS E INCIDENCIA DEL RÉGIMEN URBANÍSTICO.– III. RÉGIMEN PATRIMONIAL: CONSIDERACIONES SOBRE EL DOMINIO DE LAS INFRAESTRUCTURAS.– IV. RÉGIMEN FINANCIERO: FORMAS DE FINANCIAMIENTO DE LAS INFRAESTRUCTURAS.– V. LINEAMIENTOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE FRENTE AL DESARROLLO DE LAS INFRAESTRUCTURAS.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El propósito del trabajo consiste en intentar brindar un panorama general de los aspectos más relevantes del régimen que gobierna la construcción y explotación de las infraestructuras en la Argentina. El análisis discurre sobre la base de los ejes que se enuncian en el título: la problemática que plantea el emplazamiento de tales establecimientos en el territorio; las cuestiones vinculadas a su propiedad (pública o privada); el financiamiento de infraestructuras con fondos públicos o privados; y algunas referencias a la temática medioambiental.

Palabras clave: jurisdicción; dominio público; obra pública; concesión de obra pública; asociación público privada; medio ambiente.

ABSTRACT: The article provides an overview of the most relevant aspects of the regime that governs the construction and operation of infrastructure in Argentina. The analysis follows the main issues set out in the title: the problems posed by the location of infrastructure along the territory; the issues that arise regarding the (public or private) property of such facilities; the financing alternatives with both public and private funds; and some references to environmental issues.

Key words: jurisdiction; domain; public works; public work concessions; public private partnership; environment.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 18 de abril de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de mayo de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

El profesor español Julio GONZÁLEZ GARCÍA, reconocido estudioso de la problemática de los bienes públicos, ha observado con razón que, puesto que la instalación de infraestructuras necesita de una base física sobre la cual asentarse, requiere de un régimen que brinde respuesta a todos los intereses en juego: los de las Administraciones públicas, los de los usuarios de tales instalaciones, los que conciernen a sus operadores, aquéllos de los titulares de los predios ocupados por ellas y los de los vecinos afectados por su traza y ubicación (1).

En esta sencilla reflexión están enunciados los distintos aspectos del régimen de las infraestructuras a cuyo análisis se dedica el presente trabajo (2).

Simplificando un poco las cosas, podría decirse que a la Administración preocupa cómo habrá de afrontarse el financiamiento de la construcción y de la posterior manutención del establecimiento, aunque resulta una cuestión que interesa también a los usuarios, en tanto se trata del dinero que pagan con sus impuestos, o bien del que deben desembolsar para hacer frente a la tarifa o peaje que se fije por su utilización.

Los operadores, por su parte, estarán particularmente interesados en el régimen patrimonial de los bienes que integran las redes de infraestructura, articulado tanto a través de las normas de fondo (fundamentalmente, aquellas que integran el ordenamiento civil), como por aquellas de carácter sectorial aplicables a cada industria o rama de la actividad económica (el marco regulatorio del gas, o de la electricidad, o de las telecomunicaciones, de los puertos, aeropuertos, ferrocarriles o de la red vial).

Los derechos de los propietarios de los inmuebles sobre los cuales se asientan esas redes procuran, a su turno, hallar suficientes garantías en las normas de carácter civil (en particular, en aquellas referidas a los derechos reales), ya que serán tales disposiciones las que, sustancialmente, fijarán el alcance de las limitaciones y restricciones que han de gravar a sus bienes por razones de interés público, amén de lo que establezcan también a ese respecto las regulaciones sectoriales aplicables, y las de carácter urbanístico.

Y, finalmente, los vecinos de las áreas atravesadas por esas mismas instalaciones, preocupados por el resguardo de la armonía arquitectónica y por

(1) J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (2003: 75).

(2) Resulta oportuno señalar que, en rigor, el título del trabajo no hace otra cosa que emular el que fuera asignado como tema del pertinente panel de las III Jornadas de la Red Internacional de Bienes Públicos que se celebraron en la ciudad de Arequipa, Perú, el 18 de junio de 2015, en cuyo marco se expusieron las ideas centrales contenidas en el texto que ahora sale a la luz en versión escrita.

la protección de la salud pública, bienes jurídicos ambos potencialmente amenazados por las infraestructuras, aspirarán a encontrar suficiente tutela en las normas urbanísticas y medioambientales.

Se advierte, de este modo, la necesidad de un abordaje interdisciplinario, que involucre todas las ramas del Derecho relacionadas, desde distintos planos de análisis, con la problemática que genera la instalación y gestión de las infraestructuras públicas. Como se comprenderá, en el acotado alcance y extensión de este trabajo, apenas se alcanzará a enunciar algunos de los trazos más salientes de las cuestiones abarcadas por una materia de semejante complejidad.

II. REPARTO TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS E INCIDENCIA DEL RÉGIMEN URBANÍSTICO

La incidencia de la ordenación del territorio y del urbanismo en el desarrollo de las infraestructuras es, pues, evidente, desde que se trata de bienes físicos que necesitan de un espacio del suelo sobre el cual asentarse, y no pocas veces deben situarse o atravesar algún centro urbano.

En el caso de las infraestructuras en red, además, ellas suelen extender su trazado sobre vastos territorios, lo que en ocasiones supone su sometimiento al ordenamiento de distintas jurisdicciones. En tales casos las infraestructuras tienen, incluso, un efecto vertebrador y de cohesión del territorio, en tanto contribuyen a «achicar las distancias».

Esta extensión de las infraestructuras a través del suelo, del subsuelo o del espacio aéreo requiere, ante todo, una tarea de planificación, de modo que su despliegue responda a criterios racionales en cuanto a su disposición a lo largo del territorio. (3) Dicha planificación se impone, además, en razón de la necesidad de coordinar las políticas sectoriales (en materia de transporte, de energía, de telecomunicaciones) con las exigencias de índole general que hacen a la ordenación del territorio (4), porque es indudable que los establecimientos en cuestión, aun cuando puedan tener proyección interjurisdiccional,

(3) No ha de olvidarse que, en su gran mayoría, las infraestructuras configuran bienes públicos —en la acepción económica de la expresión— (cfr. P.A. SAMUELSON y W.D. NORDHAUS (1996: 33 y 356), lo cual hace que su dinámica lleve aparejada una serie de externalidades que impiden abandonar su suerte al mero impulso del interés privado. La planificación cumple, en este sentido, un doble propósito, ya que no sólo vela por el emplazamiento adecuado y oportuno de este tipo de instalaciones, sino que también contribuye a una adecuada definición de ciertos aspectos técnicos, indispensables para garantizar la compatibilidad de los distintos tramos de las redes.

(4) R. CABALLERO SÁNCHEZ (2009: 246-247).

deben también ajustarse a las restricciones y usos previstos por las normas de cada jurisdicción local.

Tal vez en este punto resida, precisamente, el principal desafío de orden territorial que plantean las infraestructuras a los sistemas políticos de carácter compuesto, como es el caso de los regímenes federales o autonómicos: me refiero a la necesidad que surge en esos casos de armonizar las competencias nacionales y locales que inciden en el desarrollo y gestión de ese tipo de bienes (5). Es menester, en efecto, arbitrar una fórmula de convivencia entre el despliegue de los poderes nacionales y provinciales de ordenación, ya que de otro modo las inevitables tensiones y contradicciones que nacerán entre ambos se erigirán en una valla insuperable para la ejecución y puesta en marcha de las instalaciones en cuestión (6).

En el caso argentino, la premisa central para el deslinde de competencias entre las autoridades nacionales y provinciales se encuentra expuesta en el artículo 121 del texto constitucional, que indica que «las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado».

En lo atinente, específicamente, a los poderes de intervención en materia económica, la regla sentada por la cláusula constitucional transcrita se traduce, sin embargo, en los hechos, en el reconocimiento de atribuciones concurrentes en cabeza de ambas órbitas. En efecto, el enunciado de los poderes expresamente atribuidos al gobierno federal (7), a los que se añaden todavía muchos otros que se entiende que han sido asignados de forma implícita (8) o de manera inherente (9) a esas mismas autoridades centrales, ponen en evidencia que la delegación de facultades por parte de las provincias hacia la Nación instrumentada en el acto constitucional se ha prodigado con particular

(5) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1988: 422-423).

(6) Resultan interesantes, a este respecto, las enseñanzas de LINARES QUINTANA, quien subraya que «la piedra angular y clave de la praxis del modelo jurídico político federativo es la existencia de un equilibrio entre el gobierno federal y los gobiernos estatales o provinciales, neutralizante de la constante acción divergente de las fuerzas centrípetas y centrífugas que pugnan por prevalecer en el organismo estatal» (S.V. LINARES QUINTANA; 2013: 1067).

(7) Cfr., en particular, la enumeración de las facultades del Congreso de la Nación, volcada a lo largo de los treinta y dos incisos que integran el artículo 75 de la Constitución Nacional, y aquellas asignadas al Poder Ejecutivo nacional, reflejadas en los veinte incisos por los que discurre el artículo 99 del mismo texto constitucional.

(8) Así resulta, pues, del artículo 75, inciso 32, de la Constitución Nacional, que faculta al Congreso de la Nación a «hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina».

(9) J.C. CASSAGNE (2011: 167-168).

generosidad, dando lugar así a un panorama donde la idea de concurrencia de incumbencias es la que mejor retrata el diseño escogido por los constituyentes.

Siempre dentro de este esquema de concurrencia, en lo que se refiere propiamente a los poderes de ordenación del territorio y a los de carácter urbanístico, es evidente que son las autoridades locales (esto es, tanto las provinciales como las municipales) quienes resultan sus principales depositarias dentro de sus respectivas jurisdicciones (10). Es, por otra parte, natural que así suceda, a tenor de los dictados del principio de subsidiariedad en su faz vertical (11). De todos modos, sigue siendo cierto que tales atribuciones locales deben convivir y armonizarse con las competencias atribuidas a la órbita federal, en especial cuando se trata del trazado y ejecución de obras de infraestructura troncales, indispensables para promover y facilitar el comercio interjurisdiccional y el progreso del país en su conjunto.

Esta coincidencia de atribuciones nacionales y locales se refleja, además, en la presencia de determinadas cláusulas constitucionales que reconocen, simultáneamente, a ambas esferas el deber de velar por el desarrollo de ciertas infraestructuras básicas que resultan indispensables para la nación y para su integración con los pueblos vecinos. Tal el caso de la competencia asignada, de forma concurrente, tanto al Congreso de la Nación como a los gobiernos provinciales en lo concerniente a «la construcción de ferrocarriles y canales navegables» (12), o la responsabilidad que, en términos más generales, se atribuye a ambos estratos con referencia a la promoción del «establecimiento de nuevas industrias» (13).

Tal entrecruzamiento de competencias nacionales, provinciales y municipales en lo referido a las infraestructuras es proclive, desde luego, a generar no pocas dificultades a la hora de deslindar las incumbencias de cada una de esas órbitas. No parece ésta la oportunidad propicia para intentar dar una respuesta acabada que permita resolver la totalidad de los conflictos que se plantean en ese campo, pero sí cabe, al menos, traer a colación dos criterios basilares que contribuyen grandemente a hacerlo.

En tal sentido, es posible señalar que la injerencia de las autoridades locales (provinciales y municipales) queda desplazada por la intervención del poder central, fundamentalmente, en los dos siguientes casos: el primero, siempre que la extensión física de la red la proyecte más allá del territorio de una provincia; y el segundo, en toda ocasión en la que se verifique la

(10) Cfr. los artículos 5° y 121 de la Constitución Nacional.

(11) J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2010: 1281-1282).

(12) Artículos 75, inciso 18, y 125 de la Constitución Nacional.

(13) Cfr. las mismas normas citadas en la nota anterior.

presencia de un interés público que trascienda el puramente local y dé origen a la consiguiente creación de un *establecimiento de utilidad nacional* (14).

Respecto de la primera de las hipótesis indicadas (las redes interjurisdiccionales), es evidente que su extensión territorial resulta un dato decisivo a los fines de la determinación de la competencia nacional para regularlas. Siempre que se esté ante instalaciones de ese carácter su ordenación corresponderá básicamente al poder central de la Nación, y ello en razón del comercio interjurisdiccional que tiene lugar a través de ese tipo de redes, cuya regulación ha sido encomendada al legislador nacional (15). De allí que la regulación y control de redes que se incorporan a un sistema interconectado de alcance nacional (v. gr., transporte y distribución de gas o electricidad) compete al Estado nacional, máxime si se trata de infraestructuras afectadas a la prestación de servicios públicos. Piénsese, por lo demás, que existe una razón de orden práctico: de otro modo se tornaría muy complejo gestionar esas instalaciones con criterios uniformes, con las consiguientes dificultades para su uso y operación.

En cuanto a los *establecimientos de utilidad nacional*, se trata de enclaves situados en territorio provincial que, precisamente en razón del interés (o *utilidad*) nacional que concitan, se sustraen a la jurisdicción de la provincia en la que se asientan, para pasar a quedar sujetos a aquélla del Estado nacional (16).

(14) Resulta ilustrativo comentar, en este sentido, que también en el Derecho español el deslinde de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de infraestructuras y obras públicas en general se estructura, básicamente, sobre la base de estos dos elementos: el interés (general o local) que exhibe la obra, y su ubicación territorial. Así resulta del juego armónico de los artículos 148, primer párrafo, apartado 4º, y 149, párrafo primero, apartado 24, de la Constitución española. Sobre este tema, puede consultarse el trabajo de A. CASARES MARCOS (2010: 169-178).

(15) El artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional faculta, en efecto, al Congreso de la Nación a «reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí».

Dicho precepto, al que se conoce como «cláusula de comercio» (en tanto emula su fuente en la Constitución norteamericana), comporta el fundamento de la existencia de una política comercial —entendida en sentido amplio, es decir, comprensiva de todas las actividades económicas— unificada para todo el país, libre de interferencias provenientes de normativas provinciales (cfr. A.R. DALLA VIA; 2006: 520-524).

(16) Es preciso señalar que no existe una definición legal de lo que ha de entenderse por establecimiento de utilidad nacional, expresión que se encuentra inserta en el texto de la Constitución Nacional, en tanto asigna al Congreso de la Nación la facultad de «dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República», con prescindencia de que tales instalaciones se encuentren ubicadas dentro de los límites de una provincia.

La doctrina define a estos establecimientos como «aquellos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos destinados a poner en ejercicio las competencias que la Constitución Nacional coloca en cabeza del gobierno federal», de modo tal

Debe quedar claro que la creación de estos establecimientos no conlleva la federalización del territorio provincial involucrado, sino únicamente la transferencia a la Nación de aquellas competencias *ratione materiae* necesarias para el cumplimiento de los fines inherentes a tales áreas, conservando las provincias los poderes de policía y de tributación, cuyo ejercicio podrán des-glegar en tanto no interfieran con los fines de la Nación (17).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diversos pronunciamientos, ha calificado como establecimientos de utilidad nacional un número importante de infraestructuras, como ser los caminos (18), las vías y estaciones ferroviarias (19), los puertos (20), los aeropuertos (21), las centrales hidroeléctricas (22), los yacimientos de producción de petróleo y gas natural y sus accesorios (23), las destilerías de petróleo (24), los acueductos (25), los cuarteles militares (26), las penitenciarías (27) y las universidades nacionales (28).

Los poderes de ordenación del territorio se manifiestan, también, por cierto, en el plano municipal. Cuando las infraestructuras deban emplazarse dentro del ejido urbano, deberán someterse, como es lógico, a las restricciones previstas en los ordenamientos locales respectivos.

que «todas aquellas funciones o atribuciones que hayan sido delgadas al gobierno federal en el texto constitucional y que requieran la ocupación de una determinada porción de suelo, constituyen un establecimiento de utilidad nacional» (P.L. MANILLI; 2004: 18-19).

(17) El inciso 30 del artículo 75 de la Constitución, ya citado, tras encomendar al legislador nacional el dictado de las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional, deja en claro que «las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines».

Es oportuno observar que ha habido a este respecto una evolución, producto de la reforma constitucional de 1994, que modificó la redacción de la cláusula citada con el propósito de reconocer, a través del texto transcrito, una mayor injerencia a las autoridades locales en esos territorios, en tanto el ejercicio de sus poderes tributarios y de policía no interfieran en los fines propios del establecimiento de utilidad nacional (cfr. J.C. CASSAGNE; 2011: 234-235).

(18) Fallos 201:536; 283:251 y 303:928.

(19) Fallos 301:856, 303:928 y 304:1381.

(20) Fallos 300:328, 301:1122 y 316:2206.

(21) Fallos 302:436.

(22) Fallos 302:1461 y 320:1302.

(23) Fallos 299:442; 302:1223 y 302:1236.

(24) Fallos 319:2458.

(25) Fallos 302:1252.

(26) Fallos 103:403.

(27) Fallos 138:147.

(28) Fallos 308:647.

También a estos fines es preciso contar con planes, en este caso urbanísticos, que proyecten el diseño y localización de las obras dentro del perímetro de cada ciudad, así como con normativas locales que recojan y precisen los criterios volcados en tales planes. En particular, es menester que se determinen los usos admisibles en cada zona urbana, en función de un desarrollo armónico de la vida local que atienda a la protección de la salud pública, la seguridad y el ornato.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que hay ciertas infraestructuras cuyo desarrollo, en razón de su naturaleza y alcance, queda reservado al ámbito de incumbencia específico de los municipios. No sólo el trazado de las calles urbanas es buen ejemplo de ello, sino también las escuelas, los hospitales, los centros deportivos, los mercados y las bibliotecas, entre otros.

III. RÉGIMEN PATRIMONIAL: CONSIDERACIONES SOBRE EL DOMINIO DE LAS INFRAESTRUCTURAS

A lo largo de la historia argentina, y con muy pocas excepciones, la propiedad de las infraestructuras ha estado en manos del Estado (29), lo cual explica que se las haya visualizado en bloque como bienes del dominio público, sin mayor análisis (30), aplicándoseles el régimen consiguiente (31).

A partir del proceso privatizador transitado en los años noventa del siglo pasado, este panorama comenzó a experimentar cambios de significación. El marco legal sancionado al efecto contemplaba las distintas alternativas y modalidades bajo las cuales la transferencia de esos bienes a manos privadas podía ejecutarse, como ser la venta de activos, acciones o cuotas parte del capital social; la enajenación de establecimientos en funcionamiento; o, simplemente, el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones (32).

Puede decirse que, en lo concerniente a la titularidad de las infraestructuras, la dinámica privatizadora se plasmó, a grandes rasgos, en dos modelos distintos. Sin embargo, como se pondrá de manifiesto en lo que sigue, ninguno de ellos se despojó por completo de las reminiscencias del planteo demanial precedente.

En algunos sectores, en efecto, se optó directamente por mantener su histórica titularidad pública, lo cual supuso no alterar siquiera su condición de

(29) O.R. AGUILAR VALDÉZ (2009: 488-498).

(30) M.S. MARIENHOFF (1998: 135); y M.M. DIEZ (1969: 371-372).

(31) *Fallos* 301:292.

(32) Cfr. el artículo 17 de la ley 23.696.

bienes del dominio público. En tales casos, la «privatización» de los bienes bajo examen quedó circunscripta a la delegación de su administración o de su explotación al concesionario de turno. De allí que BARRA haya calificado a esta modalidad como un caso de privatización relativa, en tanto supuso el traspaso a la esfera privada de ciertas responsabilidades en la gestión, mientras que el Estado conservaba la titularidad de las actividades y de los bienes involucrados (33).

Este esquema se tradujo en una clara disociación entre el titular del dominio del establecimiento, por un lado, y el sujeto a cargo de su explotación, por otro: mientras el dominio siguió en cabeza del Estado, que quedó prácticamente en la posición de un nudo propietario, la explotación del bien pasó a manos de la entidad privada que, como consecuencia de la privatización, asumió la gestión del servicio. Esta última, podría decirse, quedó como titular de un *iura in re aliena* («derecho sobre cosa ajena») (34), alcanzado —y esto es lo que aquí interesa— por las mismas restricciones que afectan al titular estatal del bien demanial involucrado, entre ellas, su inalienabilidad (35).

A título de ejemplo, este ha sido el temperamento seguido para la originaria concesión del servicio de agua potable y cloacas de la Ciudad de Buenos Aires (36), y en el sector aeroportuario (37).

En otros casos se acudió a técnicas privatizadoras más rotundas, que conllevaron la transferencia en bloque al operador privado de la propiedad misma de las infraestructuras involucradas. No obstante, aun en estos casos, en tanto se trató mayormente de bienes afectados a la prestación de servicios públicos, la cesión del dominio tuvo lugar bajo un régimen sumamente restrictivo en cuanto a las facultades de disposición del destinatario privado, a quien se impuso, entre otras cosas, la carga de restituir al Estado el patrimonio de afectación en su conjunto al finalizar el período de la licencia o concesión otorgadas, o bien el deber de transmitirlo al operador privado que lo sucediera en la prestación del servicio. A través de éstas y otras técnicas se buscó

(33) R.C. BARRA (1992: 34-39).

(34) O.R. AGUILAR VALDÉZ (2009: 490-491).

(35) La concesión de obra pública constituye la figura típica para dar cobijo a este tipo de situaciones, máxime si se tiene en cuenta que con frecuencia el establecimiento pertinente se asienta sobre un bien del dominio público y forma parte, por tanto, indisponiblemente, del patrimonio estatal, tanto durante el proceso de su construcción como en la etapa en que, ya finalizada la obra, la misma permanecerá bajo la gestión del concesionario.

(36) Cfr. los artículos 59, 60 y 61 del decreto 999/1992; y las cláusulas 6.2 y 6.3 del contrato de concesión oportunamente suscripto entre el Estado Nacional y la empresa Aguas Argentinas S.A.

(37) Cfr. el artículo 9, inciso «h», del decreto 375/97; las cláusulas 3.7 y 3.8 del respectivo pliego licitatorio; y el capítulo 6 y la cláusula 24.1 del pertinente contrato de concesión.

suplir las garantías que traía consigo el régimen del dominio público (en lo sucesivo, ausente) en lo que se refiere a la protección física y jurídica de los bienes estudiados (38).

Ese último fue el modelo que se siguió, por ejemplo, en la privatización de los servicios de transporte y distribución de gas natural (39).

Las dos alternativas expuestas no completan, sin embargo, el panorama del régimen patrimonial de estos peculiares bienes. Aunque se trata de casos más bien excepcionales, existen también algunas infraestructuras de entera propiedad privada, sometidas a un régimen conformado, sustancialmente, por reglas del Derecho privado, aun cuando pesen sobre sus titulares ciertas cargas públicas específicamente impuestas por el legislador en aras a salvaguardar el interés público comprometido.

A título de ejemplo, cabe mencionar el caso de los puertos de propiedad de los particulares, destinados al uso público (40); el de las redes de telecomunicaciones, cuyos titulares están sujetos al deber de permitir la interconexión de otros prestadores (41); y el de los oleoductos, respecto de los cuales la ley establece el deber del concesionario de transportar hidrocarburos de terceros, sin discriminación de personas y al mismo precio para todos, en tanto se encuentren satisfechas sus propias necesidades (42).

Ahora bien, no ha pasado por alto que la privatización de las infraestructuras bajo el molde concesional ha resultado, en algún sentido, sólo una solución parcial a las dificultades que derivan de la estirpe demanial que históricamente se ha predicado, en general, de tales establecimientos. En efecto, en los casos en que subsiste aquella caracterización jurídica, el concesionario sigue sometido a las limitaciones que pesan sobre el titular estatal del bien (básicamente, su inalienabilidad y su inembargabilidad), lo cual conspira para la obtención de financiamiento a través de su gravamen (43).

Ante ello, y en un esfuerzo por buscar fórmulas que permitan armonizar la rigidez del régimen del dominio público con la fluidez que requieren los

(38) En el contexto descrito, puede afirmarse que el fundamento último de las restricciones impuestas al titular del bien en tales casos no reside en la naturaleza demanial del bien (puesto que el mismo ya no califica como bien del dominio público), sino en la *publicatio* de la actividad a cuyo servicio aquel se encuentra afectado. Cfr. I.M. DE LA RIVA (2009: 891:909).

(39) Cfr. los artículos 78 y 79 de la ley 24.076; y los numerales 5.7 y 11.4 de las licencias de distribución y de transporte, aprobadas por el decreto 2255/1992.

(40) Cfr. el artículo 7° de la ley 24.093.

(41) Cfr. el artículo 10, apartado 2, del decreto 764/2000.

(42) Cfr. el artículo 43 de la ley 17.319.

(43) Cfr. *Fallos* 320:1003.

negocios privados, la doctrina comparada viene proponiendo con insistencia la necesidad de dotar de autonomía al derecho de explotación transferido al concesionario, de modo que éste pueda comprometer su cesión a favor de terceros para obtener financiamiento a cambio, sin que sea impedimento para ello el carácter inalienable del bien sobre el cual reposa su derecho (44).

La doctrina argentina entiende que, para avanzar hacia fórmulas que consagren un desdoblamiento entre la titularidad del inmueble (de dominio público) y la propiedad de las mejoras incorporadas por el concesionario de uso, haría falta contar con el respaldo de una norma de rango legal (45). En esa línea se inscribe el Régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura, aprobado por el decreto 1299/2000 y ratificado por ley 25.414, dictado con vistas a fortalecer la posición del inversor privado en proyectos de infraestructuras (46), el único avance observado hasta el momento en la dirección apuntada.

IV. RÉGIMEN FINANCIERO: FORMAS DE FINANCIAMIENTO DE LAS INFRAESTRUCTURAS

El desarrollo y la manutención de las infraestructuras pueden tanto financiarse mediante fondos públicos como privados.

(44) VILLAR EZCURRA lo explica a partir de la disociación de titularidades inherente a la concesión de obra pública, en tanto «de un lado, se encontrará la Administración pública (la Administración concedente, en términos genéricos) con funciones equiparables a las del Land's Lord ya que su misión no consistirá en explotar la obra pública sino en vigilar a quien la explota. De otro, el concesionario que explotará o gestionará la obra pública mediante un título concesional con la peculiaridad de que ese título podrá ser transmitido y embargado conforme al derecho privado». Concluye, por tanto, el autor citado con la afirmación de que «en estos casos, la titularidad de la obra se encuentra escindida al modo del dominio dividido: a la Administración le corresponde el dominio directo (dominio eminente) y al concesionario el dominio útil (durante el tiempo que dure la concesión) con lo cual se desvanece el presupuesto fáctico en el que, tradicionalmente, se apoyaba el carácter demanial de la obra pública (que sólo será predicable respecto del dominio directo de la Administración)» (cfr. J.L. VILLAR EZCURRA; 2001: 79-80).

(45) H. MAIRAL (2005: 110-110).

(46) El artículo 28 del decreto mencionado contempla, en efecto, que los préstamos contraídos para el desarrollo del proyecto podrán quedar condicionados a que, en caso de que el desarrollador incurra en incumplimiento, se verifique la cesión del contrato a favor del acreedor crediticio. Dicha cesión estará sujeta a la aprobación del ente estatal contratante, pero este último no podrá rehusar su consentimiento salvo que el cesionario, o la persona a la cual éste encomiende el cumplimiento del contrato cedido, no reuniesen las condiciones exigidas al efecto. El precepto aludido también prevé la posibilidad de ceder el derecho al cobro de la contraprestación debida por el ente contratante.

El régimen típico de la construcción de infraestructuras a través de financiamiento público está dado por el contrato de obra pública (47).

Bajo la ley argentina, el elemento distintivo del contrato de obra pública reside en que el financiamiento de la obra provenga de fondos del Tesoro de la Nación (48). Ni la calidad de los sujetos que intervienen, ni la índole de las obras ejecutadas, ni su finalidad, han sido tomados en cuenta, en cambio, por el legislador para delimitar el alcance de la figura (49).

A partir del análisis del reparto de prerrogativas y derechos plasmado en el régimen legal aludido, los autores están de acuerdo en considerar que el contratista privado en el contrato de obra pública no está expuesto a su riesgo y ventura, sino que sólo debe soportar los perjuicios o consecuencias dañosas que deriven de su propia negligencia. En tal sentido, existe abundante consenso acerca de que el contrato de obra pública reviste carácter conmutativo, ya que las partes intercambian prestaciones ciertas, que se reputan equivalentes entre sí. Las prerrogativas atribuidas a la Administración la habilitan, en caso de necesidad, a readecuar las condiciones contractuales para ajustarlas a los requerimientos del interés público, en tanto no altere el equilibrio de las prestaciones intercambiadas (50).

En no pocas ocasiones, los fondos destinados al desarrollo de las obras de infraestructura son proporcionados por organismos internacionales de crédito, entre los que ocupan un lugar destacado el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Fomento (BIRF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), y ya en el ámbito geográfico del Cono Sur, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Corporación Andina de Fomento (CAF). Tal financiamiento se canaliza a través de convenios de préstamo o convenios de donación celebrados con los países destinatarios, sobre la base de la aprobación de proyectos específicos a cuya realización quedará afectado el dinero a ser transferido por el organismo internacional (51).

(47) En la Argentina, el régimen de la obra pública está contenido en una ley especial, la ley 13.064, cuyas disposiciones se complementan, en lo pertinente, con el régimen general de contrataciones de la Administración Pública nacional, aprobado por el decreto 1023/2001, también de rango legal por haber sido emitido en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso de la Nación.

(48) Cfr. el artículo 1° de la citada ley 13.064. La norma, sin embargo, excluye expresamente del concepto de obra pública a aquellas que se ejecutan a partir de «subsidios». La solución se explica, a mi juicio, por el hecho de que, una vez otorgada la subvención, los fondos respectivos pierden su condición pública al ingresar al patrimonio del beneficiario de la ayuda, aun cuando queden afectados al destino establecido por el Estado otorgante (en el caso, la construcción de la obra pública).

(49) R.T. DRUETTA y A.P. GUGLIELMINETTI (2008: 1).

(50) M.S. MARIENHOFF (1983: 546-547); R.T. DRUETTA y A.P. GUGLIELMINETTI (2008: 19-21); y R.E. GRANILLO OCAMPO (1990: 51 y 63-64).

(51) D.A. HALPERÍN y N.N. SALCEDO (2006: 61).

Siempre en el terreno del financiamiento de infraestructuras con fondos públicos, en los últimos años ha cobrado protagonismo en la Argentina la modalidad de recaudar tales recursos públicos a partir de la imposición de cargos específicos sobre los potenciales beneficiarios futuros de los trabajos, tanto operadores como usuarios de las redes (52). La índole pública de los fondos recaudados a partir de tales imposiciones, inherente al carácter compulsivo de los aportes exigidos, resulta incuestionable, y determina que las obras a realizarse con su producido deban llevarse a cabo bajo el régimen de la obra pública (53). No pocas veces los ingresos así obtenidos habrán de incorporarse a un fideicomiso público creado al efecto, con miras a garantizar su aplicación al destino previsto. Sin embargo, esa autonomía respecto de los fondos del Tesoro conferida a los recursos integrantes de tales fondos fiduciarios no los excluye del presupuesto general del Estado (54), ni los deja al margen de los sistemas de control del sector público nacional (55).

El modelo clásico para el financiamiento de infraestructuras con fondos privados, por su parte, encuentra su cauce propio en la figura de la concesión de obra pública (56), contrato en el cual la firma concesionaria asume la financiación de la construcción de la obra e incorpora a cambio el derecho a explotarla por un período determinado, durante el cual queda habilitada a percibir el consiguiente peaje o tarifa de parte de los usuarios o bien, alternativamente, la contribución de mejoras impuesta a los beneficiarios directos de la obra (57).

Esta variante contractual conlleva, por tanto, la transferencia plena de la gestión de la infraestructura al emprendedor privado durante el lapso estipulado en el contrato, si bien la titularidad del establecimiento permanece en manos del sujeto estatal concedente. He aquí, pues, el binomio característico de la

(52) El caso más saliente en este terreno lo constituye la ley 26.095, que creó cargos específicos con destino a aportar fondos a los fideicomisos constituidos o a constituirse para el desarrollo de obras de infraestructura energética para la expansión de los sistemas de generación, transporte y distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y electricidad.

(53) R.T. DRUETTA y A.P. GUGLIEMINETTI (2008: 12); y C.F. BALBÍN (2011: 156-159).

(54) Cfr. los artículos 2° y 4° de la ley 25.152, y los artículos 3° y 13 de la ley 25.917.

(55) Cfr. el artículo 8° de la ley 24.156, tras la reforma introducida por la ley 25.827.

(56) En el Derecho argentino, esta categoría contractual se encuentra regida por la ley 17.520, modificada y complementada por la ley 23.696.

(57) Es preciso mencionar, no obstante, que para las infraestructuras no plenamente autosustentables desde el punto de vista económico, se admite la variante de estructurar la concesión bajo un esquema de retribución pública, a través del sistema de peaje en la sombra, combinando de este modo un modelo de financiamiento privado (la concesión) con un mecanismo de retribución público (peaje en la sombra). En este sentido, cfr. J.L. VILLAR EZCURRA (2001: 100-101).

técnica concesional: titularidad pública del bien asociada a su financiamiento y gestión privados.

En contraste con lo observado en el caso del contrato de obra pública, la concesión de obra implica, en términos generales, una sustancial traslación al contratista privado de los riesgos propios de la construcción y de la explotación de la infraestructura (58). El aspecto que mejor refleja este traspaso viene dado por el hecho de que el recupero de los fondos aportados por el concesionario y la rentabilidad esperada quedan diferidos a la fase de explotación y sujetos a los resultados que ésta arroje. De allí que quepa calificar a la concesión como un contrato de «riesgo y ventura» para el contratista privado.

El ordenamiento argentino contempla tres posibles modalidades de la figura contractual bajo examen: la concesión de obra onerosa, que supone el deber del concesionario de dar una participación de sus beneficios al Estado; la gratuita, que excluye ese tipo de transferencias; y la subvencionada, donde el Estado asume el compromiso de contribuir al financiamiento de la obra (59).

En los últimos años se ha intensificado la tendencia dirigida a intentar armonizar la participación de ambos sectores, el público y el privado, en la ejecución de proyectos de infraestructura, de modo de sumar las ventajas que ambos pueden aportar.

La figura de la *Asociación Público-Privada* (APP), ampliamente difundida en la Argentina y en el mundo entero, es la expresión más clara de este fenómeno. Bajo esa denominación encuentran cobijo una multiplicidad de esquemas asociativos entre los agentes públicos y privados, variantes que admiten ser agrupadas en función de dos modelos típicos: el contractual, cuando los vínculos generados son de orden exclusivamente convencional, preservándose la independencia de los sectores asociados; y el institucional, que implica la creación de una entidad integrada por sujetos pertenecientes a las dos órbitas, la cual será la responsable de llevar adelante el proyecto conjunto planteado (60). Para el Derecho argentino, sin embargo, las APP

(58) Los riesgos anejos a la explotación de las instalaciones comprenden lo que se ha dado en llamar los riesgos de demanda (resultantes de las variaciones, en más o en menos, en la demanda de uso de la infraestructura estimada, derivadas de factores ajenos a su ineficiente gestión), y los riesgos de disponibilidad (resultantes de una gestión ineficiente de la infraestructura que redunde en una merma en el volumen o calidad de las prestaciones). Al respecto, ver J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (2007: pp. 73-85).

(59) Ver el artículo 2 de la ley 17.520.

(60) Esta bifurcación de las modalidades de APP aparece claramente retratada, en el Derecho comparado, en el *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas, el 30 de abril de 2004, en particular sus puntos 20 y siguientes (se lo puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004DC0327>).

deben necesariamente configurarse bajo la modalidad institucional, a través de la creación de una entidad asociativa típica (sociedad anónima, sociedad de economía mixta o cualquier otra que se considere apropiada para el caso) integrada por los sujetos públicos y privados involucrados, la cual deberá ser apta para financiarse bajo el régimen de oferta pública de títulos valores (61).

En el ordenamiento argentino la figura de la APP ha sido objeto de regulación especial con vistas a promover el desarrollo y ejecución de obras y servicios públicos u otras actividades de competencia de la Administración que resulten susceptibles de ser delegadas (62). El régimen reglamentario dictado al efecto se atiene, así, al criterio seguido por la gran mayoría de los sistemas en el Derecho comparado, que han dado a la APP un tratamiento «transversal», que atraviesa y complementa regímenes preexistentes referidos a ciertas categorías de contratos típicos, dotados cada uno de ellos de su propio marco jurídico especial (63).

Entre los aspectos destacables del régimen argentino, es de hacer notar que para aquellos casos en que la APP tiene por objeto la ejecución de una obra pública, la propiedad de la misma ha de revertir en cabeza del Estado al vencimiento del plazo del contrato asociativo (64). En punto al procedimiento previsto para la presentación y aprobación de tales iniciativas, el reglamento exige que la propuesta de APP emane de la propia Administración Pública, sea sometida a la evaluación de una Comisión creada al efecto (65), y posteriormente pase a consideración del Poder Ejecutivo nacional para que decida si la misma reviste interés público. De recibir esta calificación, el proyecto pasará a la fase de selección del socio privado, bajo los procedimientos típicos previstos para la contratación pública (66). El régimen local omite contemplar una

(61) Cfr. el artículo 4° del decreto 967/2005.

(62) Ver el reglamento aprobado como Anexo I del decreto 967/2005 del Poder Ejecutivo nacional, en particular sus artículos 1° y 2°. El reglamento mencionado no desplaza el régimen especial para la promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura aprobado por el decreto 1299/2000, ya mencionado en este trabajo, el cual mantiene vigencia como vía paralela para dar cabida a la asociación entre el sector privado y el Estado a esos fines.

Es oportuno señalar que a la fecha en que se escriben estas líneas el Congreso Nacional se encuentra debatiendo un proyecto de ley de participación público-privada, cuya sanción dotará a la Argentina de un régimen definitivamente más completo y eficaz en la materia.

(63) I. ARAGONE RIVOIR, y P.E. PERRINO (2014: 200-201).

(64) Cfr. artículo 2°, último párrafo, del citado decreto 967/2005. Resulta congruente con tal imposición el hecho de que el plazo de vigencia de la APP deba ser compatible con la amortización de las inversiones a realizar (artículo 3°, inciso a, del mismo decreto).

(65) Se trata de la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Asociaciones Público-Privadas instaurada por el mismo decreto 967/2005.

(66) Cfr. artículos 6°, 10, 11, 13 y 14 del decreto 967/2005.

instancia de «diálogo competitivo» presente en otras latitudes, consistente en un procedimiento de intercambio entre el organismo público y los interesados privados previo al proceso de selección, que ha demostrado ser de utilidad para dar más cabida al sector privado en la fase de definición del esquema de APP más apto para responder a necesidades públicas que presentan cierta complejidad (67)

V. LINEAMIENTOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE FRENTE AL DESARROLLO DE LAS INFRAESTRUCTURAS

Para finalizar, no puede dejar de abordarse otro aspecto central que hace a la problemática jurídica que genera la construcción y explotación de toda obra de infraestructura, cual es el que tiene que ver con el impacto que tales establecimientos producen, inevitablemente, sobre el medio ambiente. En ciertas ocasiones ese impacto es particularmente notorio, como ocurre, por poner algunos ejemplos, en el caso de las represas hidroeléctricas, las plantas nucleares o los tendidos ferroviarios para trenes de alta velocidad.

El derecho a un medioambiente sano fue incorporado al texto constitucional argentino con ocasión de la reforma del año 1994. La cláusula introducida a tal fin ha venido a plasmar una fórmula equilibrada, que garantiza, por un lado, el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, pero establece al propio tiempo la necesidad de que las autoridades provean a la *utilización racional* de los recursos naturales (68). La noción de desarrollo sustentable resume el núcleo esencial de esta concepción que pregona la necesidad de proteger el equilibrio ambiental a través de normas y controles orientados a prohibir y evitar el despliegue de actividades que lo afecten por encima de límites tolerables.

Un instrumento que ha probado ser particularmente idóneo a los fines indicados es el estudio de impacto ambiental. La Ley de Presupuestos Mínimos en materia ambiental N° 25.675 exige la presentación de tal estudio previo a la aprobación y ejecución de toda obra de envergadura (69), de modo

(67) Sobre la técnica del diálogo competitivo, puede consultarse C. CHINCHILLA MARÍN (2006: 618-619); A.M. JUAN LOZANO, y J. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2006: 48-49); y P. SCHIAVI (2011: 38-39).

(68) Cfr. los dos primeros párrafos del artículo 41 de la Constitución Nacional.

(69) El artículo 11 de la ley mencionada establece, en efecto, que «toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución».

de permitir a la autoridad competente hacer una rigurosa ponderación de las consecuencias ambientales que habrán de derivarse del establecimiento que se proyecta desarrollar, dentro del entorno en que se prevé que quedará emplazado. Como resultado de ese análisis, dicha autoridad deberá emitir su declaración de impacto ambiental (70).

Ahora bien, sin perjuicio de la responsabilidad que el constituyente atribuye al gobierno federal en lo que hace al dictado de las normas que han de contener los presupuestos mínimos de protección ambiental, tales facultades nacionales deben convivir con aquéllas de las provincias, a las cuales compete emitir las disposiciones que estimen necesarias para complementar tales presupuestos mínimos (71).

Semejante incumbencia de las autoridades provinciales en el cuidado del medio ambiente se encuentra plenamente justificada, ya que es innegable que cualquier desequilibrio de carácter ambiental habrá de incidir, ante todo, sobre los habitantes del lugar en que se produce. No ha de pasar desapercibido, sin embargo, que un ejercicio inadecuado de esos poderes locales puede poner en riesgo el desarrollo de las redes de infraestructura necesarias para el progreso del país (72).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VALDÉZ, Óscar R. (2009): «Sobre la titularidad de las infraestructuras públicas», en AA.VV., *Estudios de Derecho administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, La Ley — Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 487-512.
- ARAGONE RIVOIR, Ignacio, y PERRINO, Pablo E. (2014): «Participación público-privada y desarrollo de infraestructuras (¿Las nuevas regulaciones solucionan los viejos problemas?)», en AA.VV., *Tendencias actuales de la contratación pública*, dirigido por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Lima, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 193-213.
- BALBÍN, Carlos F. (2011): *Tratado de derecho administrativo*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley.

(70) Cfr. el artículo 12 de la ley 25.675.

(71) Cfr. el artículo 41 de la Constitución Nacional, tercer párrafo.

(72) La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha sido ajena a esta preocupación, tal como lo refleja su jurisprudencia por la cual declaró la inconstitucionalidad de normas ambientales provinciales que interferían con las facultades del Estado Nacional relativas a la construcción de líneas de transmisión de energía eléctrica necesarias para la prestación de servicios de interés nacional (*Fallos* 322:2862).

- BARRA, Rodolfo C. (1992): «La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización», estudio preliminar del libro publicado por Eduardo Mertehikian, bajo el título *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2009): «Las obras públicas», en AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo (Tomo V — Bienes e infraestructuras públicas)*, coordinada por Tomás Cano Campos, Madrid, Iustel, pp. 237-262.
- CASARES MARCOS, Anabelén (2010): «Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León», en AA.VV., *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*, dirigida por Tomás Quintana López, Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, pp. 33-215.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2011): *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, décima edición, Buenos Aires, La Ley.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2006): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, octubre-diciembre, pp. 609-644.
- DALLA VÍA, Alberto R. (2006): *Derecho constitucional económico*, segunda edición, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot.
- DE LA RIVA, Ignacio M. (2009): «El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público», en AA.VV., *Derecho administrativo (Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira)*, coordinado por Julio Pablo Comadira y Miriam M. Ivanega, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 891-909.
- DÍEZ, Manuel María (1969): *Derecho administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, Bibliográfica Omega.
- DRUETTA, Ricardo T., y GUGLIEMINETTI, A.P. (2008): *Ley 13.064 de Obras Públicas (Comentada y anotada)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2003): *Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales*, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2007): *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl E. (1990): *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea.
- HALPERÍN, David A., y SALCEDO, N.N. (2006): «Contrataciones públicas financiadas por organismos multilaterales de crédito: La licitación pública internacional como procedimiento prevalente», en la *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 61-166.

- JUAN LOZANO, Ana María, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús (2006): *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. (2013): «Régimen constitucional de las relaciones económicas entre la Nación y las provincias», en el volumen titulado *Homenaje al Académico Doctor Segundo V. Linares Quintana*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, pp. 1066-1084.
- MAIRAL, Héctor (2005): «Nuevas ideas en materia de dominio público», en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral los días 19, 20 y 21 de mayo de 2004, Buenos Aires, RAP, pp. 103-111.
- MANILI, Pablo Luis (2004): *Establecimientos de utilidad nacional (Artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional)*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1983): *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III-B, tercera edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- (1998): *Tratado de derecho administrativo*, Tomo V, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1988): *Derecho administrativo económico*, tomo I, Madrid, La Ley.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (2010): «El principio de subsidiariedad», en AA.VV., *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, dirigida por Juan Alfonso Santamaría Pastor, Madrid, La Ley, pp. 1275-1310.
- SAMUELSON, Paul A., y NORDHAUS, William D. (1996): *Economía*, traducción a cargo de Esther Rabasco y Luis Toharia, decimoquinta edición, Madrid, McGraw-Hill.
- SCHIAVI, Pablo (2011): «La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados en el Uruguay», en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* núm. 395, pp. 25-47.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (2001): «Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», en AA.VV., *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Madrid, Ariño & Almoguera, Abogados (Eds.), Montecorvo, pp. 69-118.

UNA BREVE HISTORIA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN EN MATERIA DE AGUAS (*)

GONZALO CASTRO MARQUINA

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.– II. DE LA LEY ORGÁNICA 8/1982 A LA LEY ORGÁNICA 5/2007.– III. EL «NUEVO» ARTÍCULO 72 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.– IV. LOS DERECHOS ESTATUTARIOS VINCULADOS AL AGUA.– V. LA RESERVA HÍDRICA DE 6550 HM³.– VI. BALANCE GLOBAL.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: A raíz de la reciente aprobación de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón y su impugnación por el Estado ante el Tribunal Constitucional, resulta de interés hacer un repaso de la realidad estatutaria que habilita, en teoría, su desarrollo.

Palabras clave: Estatuto de Autonomía de Aragón; los derechos al agua; distribución de competencias; reserva hídrica.

ABSTRACT: Following the recent approval of Law 10/2014, of 27 November, Water and Rivers of Aragon and his challenge to the state before the Constitutional Court, it is interesting to look back at the statutory reality that enables, theoretically, its development.

Key words: Statute of Autonomy of Aragón; rights to water; distribution of powers; water reserve.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

No hay duda de que el agua ha sido uno de los ejes fundamentales sobre los que ha pivotado la política aragonesa contemporánea. Aun cuando el debate en torno al agua no sigue tan candente como años atrás (1) —toque-

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 17 de mayo de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de mayo de 2016.

(1) La modificación del Plan Hidrológico Nacional (PHN) efectuada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, dio por cerrada en gran medida la polémica suscitada a causa de las previsiones trasvasistas contenidas dentro del PHN; sin perjuicio de que desde entonces se hayan producido fluctuaciones puntuales al alza, avivando temporalmente las brasas subsistentes. Un caso paradigmático fue el del llamado mini-trasvase a Barcelona, planteada por el Real

mos madera—, cuesta pensar en otra cuestión capaz de concitar un consenso parlamentario semejante al visto durante la tramitación en las Cortes de Aragón de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón. De igual modo, no deja de ser digno de reseña que una de de las primeras actuaciones en el seno de la neonata XI legislatura, también una de las últimas ante la incapacidad para conformar Gobierno, fuera la presentación por ERC de una proposición no de ley solicitando la revisión del Plan Hidrológico del Ebro, con el objeto de aumentar los caudales ecológicos correspondientes al tramo final del Ebro; o que en esa misma votación la delegación aragonesa del PSOE rompiera la disciplina de partido y votara en contra de la susodicha proposición, en vez de abstenerse como el resto del grupo parlamentario socialista. Parece que si la guerra del agua duerme, su sueño es ligero.

Volviendo a posar el foco de atención en la Ley 10/2014, estamos ante una norma que ilustra de manera nítida la tendencia del legislador aragonés encaminada a una participación lo más intensa posible en la definición de la política de aguas. Empero, esta voluntad ha encontrado un techo de cristal muy bajo en el artículo 149.1.22 de la Constitución. Resulta llamativo el contraste que se aprecia entre el deseo de involucrarse activamente en la gestión del agua y las severas limitaciones que presenta el régimen competencial disponible (2). Como se expondrá en detalle más adelante, Aragón carece en sentido propio de competencias directas en materia de aguas, a pesar de la referencia del artículo 72 de la Ley 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. Formalmente, no cabe calificar de inconstitucional esta previsión estatutaria, así lo señaló la STC 110/2011 (3), sin embargo,

Decreto-Ley 3/2008 de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona. Actualmente, la preocupación por el agua en el seno de la sociedad aragonesa está más latente que vigente. Ello no significa que hayan desaparecido las raíces subyacentes en el conflicto, ni mucho menos, pero sí, en cambio, su vertiente como fenómeno político capaz de aglutinar masas. Quedan lejos las multitudinarias manifestaciones de principios del milenio. Aun así, resulta notorio constatar como durante la campaña de las pasadas elecciones autonómicas y también en la de las elecciones generales aparecieron varias declaraciones sondeando, una vez más, la posible interconexión de las cuencas hidrográficas. Estamos realmente ante un tema perenne, que se resiste a marcharse del todo de la política nacional.

(2) EMBID IRUJO, A. (2014: pp. 45 a 46). También Embid hace notar esta peculiaridad concomitante a la idiosincrasia política aragonesa, la cual convierte el agua en uno de los signos distintivos del Estatuto de Autonomía, aun siendo severamente restringido el margen de actuación puramente autonómico. En esa línea, el editorial firmado por Embid, Albiac y Torrejada para la obra «Gestión del agua en Aragón» reseña y subraya esta notable particularidad de la Comunidad en relación a su actividad legislativa.

(3) Cito textualmente: «En cuanto a la impugnación del encabezamiento del artículo 72.1, es claro que no puede prosperar, toda vez que la propia demanda admite la existencia de aguas exclusivamente intracomunitarias en el territorio de Aragón. Siendo ello así, presuoner como hace la demanda que la competencia asumida podría proyectarse sobre aguas

su alcance es extremadamente limitado, al comprender tan solo las cuencas endorreicas existentes en el territorio aragonés. Por consiguiente, si bien no podemos afirmar que sea una cláusula vacía por entero, al existir una realidad material sobre la que ésta se proyecta, su limitada entidad en contraste con el exceso verbal de su redacción no hace sino atestiguar la discordancia antes aludida. Aragón posee un profundo anhelo legislativo, frustrado por la propia realidad física de la Comunidad, que no cuenta con salidas al mar.

Ante las evidentes limitaciones que comporta el artículo 149.1.22 CE, la intervención autonómica en la política de aguas se ha encauzado indirectamente por medio de otras competencias conexas a la misma. Al hilo de esta cuestión merece la pena traer a colación las interesantes apreciaciones que ha realizado Victor Escartín Escude (4) acerca de las tensiones territoriales presentes en España, y en particular su idea del «periurbanismo estatal». Pese a carecer el Estado de competencias en urbanismo, partiendo de otros títulos, por ejemplo, aguas o medio ambiente, acaba estableciendo una serie de condicionantes previos que constriñen el margen de actuación real de las autonomías respecto al que en puridad se desprendería de la literalidad del artículo 148.1.3 CE. A la inversa, igualmente, encontramos fenómenos parecidos al periurbanismo estatal descrito por Escartín, sobre los que podemos extrapolar, *mutatis mutandi*, los mismos razonamientos. Cuando una Comunidad Autónoma no dispone del título competencial pertinente para sus objetivos propios, con todo puede incidir sobre él sirviéndose de otros que posean aspectos vinculados a éste. Es el caso particular de Aragón con el agua, donde las competencias en pesca, medio ambiente u ordenación al territorio, entre otras, han jugado un papel relevante a la hora de soslayar las barreras colocadas por el artículo 149.1.22 CE.

La necesidad es la madre de la invención. Aunque Lamarck no acertara al formular su teoría de la evolución, esto no significa que todo su trabajo fuera estéril. Al final, sin ser consciente de ello, resultó mejor sociólogo que biólogo. Las jirafas no estiraron sus cuellos para alcanzar las copas de los árboles, pero los seres humanos sí que construyeron escaleras para llegar a donde su estatura no les permitía. En lo que respecta a nuestra especie, la necesidad sí crea el órgano. Las herramientas surgen allí donde han de emplearse. Constituyen un claro ejemplo de lo expuesto los modernos sistemas de riego gota a gota, cuya invención original corresponde al ingeniero israelita Simja Blass. Simja desarrolló este sistema a finales de los años 50 y principios de los 60, en la región de Neguev, una zona árida del sur de Israel. No es extraño que por

intercomunitarias tiene, sin duda, un carácter preventivo que no se compecede con el alcance que deben tener las impugnaciones incluidas en un recurso de inconstitucionalidad, según ha quedado expuesto en el precedente fundamento jurídico tercero».

(4) ESCARTÍN ESCUDE, V. (2009) y ESCARTÍN ESCUDE, V. (2010).

razón de la escasa pluviometría y las condiciones extremas de su clima Israel abandere la utilización racional del agua (el grado de reutilización de las aguas alcanza hasta el 90%). Donde más escaso es el recurso, más valiosos es y mayores conflictos surgen en relación al mismo. Por ese motivo, España cuenta con una regulación del Derecho de aguas más profusa y sofisticada en comparación a la situación jurídica de otros estados vecinos, donde el recurso es más abundante y en consecuencia no se precisa de un cuerpo normativo que discipline su uso con tanto detalle (5).

Si la necesidad crea el órgano, la ausencia de competencia da luz a toda clase de variopintos ingenios jurídicos; algunos atinados, otros no tanto. La Ley 10/2014, en consonancia con la vieja querencia del legislador aragonés, apura al máximo la frontera constitucional en su intención de ir cuanto más lejos, mejor. Si esta ambición es desmedida y en su exceso ha roto el saco por quebrar el reparto de competencias constitucional, o por el contrario queda respetuosamente dentro de los linderos de la Constitución, es un interrogante que habrá de resolver el Tribunal Constitucional. El Gobierno de la Nación impugnó el pasado año la Ley. Entre tanto, el siguiente artículo busca contribuir al esclarecimiento de este «enigma» haciendo recapitulación de la historia del Estatuto de Autonomía de Aragón. Una comprensión adecuada de ella, a mi juicio, facilita la demarcación de las líneas rojas que señalan la competencia autonómica y por ende los límites al legislador aragonés. Nuestro Estatuto ya contiene en su articulado varios específicos para el mal de memoria (6); considérese este artículo uno más.

II. DE LA LEY ORGÁNICA 8/1982 A LA LEY ORGÁNICA 5/2007

Si observamos la evolución experimentada por el Estatuto de Autonomía de Aragón desde la redacción original de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, hasta la actual, otorgada por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, podemos comprobar como la regulación de las principales competencias en materia de aguas apenas ha variado en el tiempo. Para corroborarlo basta comparar el texto del artículo 35.1.11 (7) de la LO 8/1982 con sus

(5) LÓPEZ RAMÓN, F. (2012: p. 209), GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2009: p. 409) ; y FANLO LORAS, A. (2001: p. 13). Estos tres autores recuerdan la figura del jurista Jordana de Pozas, que destacó la correlación entre las instituciones y normas jurídicas relacionadas con el agua y la escasez del recurso. Cuanto más escaso es el recurso, más complejas, desarrolladas e incluso perfectas acostumbran a ser dichas normas e instituciones.

(6) EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 72 a 74). Embid calificó la disposición adicional como un simple recordatorio de la resolución adoptada por las Cortes aragonesas.

(7) Este artículo 35.1.11 regulaba como competencia exclusiva de Aragón la referida a los proyectos, la construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y

equivalentes después de las modificaciones introducidas por las reformas de 1994 y 1996, o con el vigente artículo 72 de la LO 5/2007.

La Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, cambió ligeramente el enunciado del artículo al sustituir la expresión «territorio de Aragón», empleada en el amojonamiento de la competencia, por la de «ámbito territorial de la Comunidad Autónoma»; suprimió la referencia a los aprovechamientos hidroeléctricos; e incluyó dentro de la competencia la concesión junto la ordenación de los recursos (8). A su vez, la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, se limitó a desplazar las competencias antes aludidas del apartado 11 al 16 del mismo artículo 35, dejando intacto por lo demás su contenido. En rigor hay que matizar esta afirmación previa; una parte del contenido gramatical sí que diverge respecto al del artículo 35.1.11 de la LO 6/1994: las diversas competencias previstas en el artículo se separan con puntos y comas en vez de puntos. Dice mucho este dato anecdótico del alcance real de las modificaciones. Las variaciones producidas entre las distintas versiones del Estatuto son insignificantes y ninguna de ellas posee auténtica trascendencia jurídica. La única que podría haber tenido cierta entidad en su momento era la desaparición de la mención expresa a los aprovechamientos hidroeléctricos; sin embargo, su ausencia fue efímera, limitándose al texto fruto de la reforma del año 1994. Además, incluso entonces era posible entender que los aprovechamientos hidroeléctricos estaban implícitos en el apartado 29 del artículo 35.1. Lo cierto es que en ese título acabaron recalando tras la reforma promovida por la LO 5/1996, concretamente en el apartado 18 del artículo 35.1 resultante a partir de esa reforma.

Dígase de paso, el legislador aragonés habría tenido sobrados motivos para llevar a cabo cambios más profundos respecto a la regulación primaria del artículo 35.1.11 por dos factores. Entre la LO 8/1982 y sus dos primeras reformas estatutarias se había aprobado la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y además el Tribunal Constitucional había dictado su crucial sentencia 227/1988, de 29 de noviembre. Confirmada la constitucionalidad del criterio por el que había apostado la Ley 29/1985, el principio de unidad de cuenca, lo más lógico hubiera sido acomodar al Estatuto a la nueva realidad jurídica

regadíos, de interés de la Comunidad Autónoma, aguas minerales, termales y subterráneas. También incluía dentro del ámbito autonómico la ordenación de recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, incluidos los hidroeléctricos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de Aragón.

(8) Así quedó el artículo 35.1.11 tras los cambios operados: «Los proyectos, la construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, de interés de la Comunidad Autónoma. Aguas minerales, termales y subterráneas. Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma»

planteada. Este escenario jurídico suponía una sensible reducción del potencial que podía haber llegado a albergar el artículo 35.1.11, más tarde 35.1.16, del Estatuto de Autonomía si hubiera prosperado una interpretación distinta del artículo 149.1.22, por ejemplo, el sugerido por el Gobierno vasco en su recurso contra la Ley 29/1985, basado en los cursos fluviales aislados y no en la unidad de cuenca. En consecuencia, la dicción del Estatuto tornó en desmedida en parangón a la realidad material que podía abarcar.

En buena técnica legislativa, aunque la sustancia del artículo 35.1.11 / 35.1.16 soportara el canon de constitucionalidad (9), debería haberse intentando aproximarlos a su dimensión efectiva, prescindiendo de enunciados genéricos poco representativos de su virtualidad real. Naturalmente, esa generalidad en su amplitud comprende también el contenido auténtico y no meramente formal del precepto; estamos más bien ante una necesidad de concordancia, precisión y proporcionalidad en el lenguaje jurídico usado. Pensemos en un hipotético bosque habitado únicamente por águilas. Al decir que hay aves en el bosque, no incurrimos en ninguna mentira, a fin de cuentas las águilas lo son; empero, una persona que desconociera la zona se formaría una idea equivocada de los animales que viven en ella al escucharnos hablar en esos términos. Quizás, ni siquiera llegará a pensar en la posibilidad de que el bosque estuviera habitado por águilas. De la misma forma, cuando el Estatuto habla de la competencia sobre las aguas que discurran íntegramente por el territorio aragonés, la norma no está creando artificialmente una ficción solo sostenida por el papel, realmente hay cuencas endorreicas en Aragón; pero no tiene sentido acudir a una redacción idéntica o muy similar a la de las Comunidades Autónomas con salida al mar, siendo que sus respectivos regímenes de actuación van a diferir sensiblemente. Hay que tener presente que la identidad en cuanto al tenor literal no significa que hayan de desplegarse los mismos efectos en ambos casos; sin embargo, en un contexto, por desgracia, de fuerte competencia y rivalidad entre las Comunidades Autónomas no parece extraño que dependiendo del observador pueda interpretarse que el propósito subyacente es justo ése.

Lejos de acoger esta sugerencia, como he explicado, el sustrato del artículo 35.1.11 persistió en las sucesivas reformas estatutarias. Mas bien las modifica-

(9) En su momento, no llegó a plantearse recurso alguno contra el artículo 35.1.11 o contra el artículo 35.1.16 del Estatuto; sin embargo, ya que el artículo 72 de la vigente LO 5/2007 es en gran medida heredero de estos primeros, resulta posible extrapolar las conclusiones de la STC 110/2011. Constituye un principio asentado en Derecho que quien puede lo más, puede lo menos. En todo caso, las diferencias, de haberlas, irían al alza y no en retroceso del margen de disposición autonómico. Así pues, si el Tribunal Constitucional no encontró tacha de inconstitucionalidad al artículo 72, tampoco debería haberlo hecho en el caso de que hubiera llegado a examinar sus predecesores en el Estatuto.

ciones fueron en la dirección opuesta, ya que en su reiteración no hacían otra cosa sino recalcar la presunta tenencia de una competencia sobre la ordenación y concesión de las aguas que discurrieran íntegramente en el territorio de la comunidad; cuando estas concesiones, de llegar a darse, serían marginales, por circunscribirse a las escasas cuencas endorreicas de Aragón, que además coinciden con parajes protegidos por la normativa ambiental, convirtiéndolos en poco aptos para una explotación ordinaria. Debido a la facilidad con la que esta clase de enunciados provocan la interposición de recursos, sería aconsejable evitar estos problemas ab initio por medio de redacciones más honestas, que no dejarán lugar a la suspicacia. Y es que con demasiada frecuencia el Derecho se contagia de algunos vicios de la política, dando lugar a textos inflados por encima de sus posibilidades jurídicas, en aras de satisfacer fines ajenos al sistema normativo.

Mismamente, el Gobierno de La Rioja al impugnar ante el Tribunal Constitucional el artículo 72 de la LO 5/2007, era consciente de que no suponía un cambio en relación a las previsiones anteriores del Estatuto; la base en la que apoyaban sus pretensiones era justo el hecho de ese mantenimiento. Sospechaban que la continuidad, una vez aprobada la Ley 29/1985 y ratificados sus principios esenciales en consolidada y reiterada jurisprudencia constitucional, revelaba una actitud desafiante tendente al establecimiento de un nuevo criterio divergente, fundado en el fraccionamiento en la gestión de las cuencas intercomunitarias. De haber redactado el artículo con la franqueza y sinceridad convenientes, probablemente, el recurso no hubiera llegado siquiera a existir. Con carácter general deberían tomarse en consideración estas reflexiones para alcanzar una mejor praxis legislativa. El Derecho no es un lugar apropiado donde residenciar la retórica política o la poesía. El principal fin de las normas siempre ha de ser la aplicación de las mismas, en el grado en el que su naturaleza jurídica imponga.

Reanudando el análisis de la LO 6/1994 y la LO 5/1996, hay que resaltar que en paralelo a estas reformas discurría un acalorado debate sobre el anteproyecto del PHN, auspiciado por el entonces ministro Borrell (10). Si bien no llegó finalmente a materializarse, la controversia no quedó resuelta, más bien aplazada, enlazando con la polémica posterior que generaría la aprobación de

(10) A mero título ilustrativo, la obra *El agua a debate. Plan Hidrológico Nacional, Pacto del Agua y Trasvases* reproduce una serie de discusiones, en el marco de una jornadas universitarias de reflexión y debate, donde es posible observar cual era el estado de opinión del momento ante el PHN y la conflictividad entre los territorios implicados. Muchas de las voces críticas con el Plan Borrell consideraban que de haberse realizado, los ríos españoles hubieran acabado convertidos en una especie de sistema de cañerías, desvirtuando la esencia natural de los mismos. FANLO LORAS. A. (2007: pp. 317 y 318). En estas paginas, Fanlo da cuenta de los pilares del Plan Borrell, que proyectaba la conexión generalizada de las cuencas hidrológicas españolas, a través de una amplia red de trasvases por todo el territorio nacional.

la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. Ante un contexto sociopolítico como el descrito, sorprende la quietud del legislador aragonés, tan preocupado por el agua, que apenas alteró las disposiciones genuinas del Estatuto en la materia. A mayor abundamiento, los cambios introducidos no se orientaron, algo que si sucedería con la LO 5/2007, a salvaguardar frente a potenciales trasvases, aunque fuera forma simbólica, los tramos aragoneses de las cuencas de las que forma parte la Comunidad. A efectos del Estatuto cabe decir que la agitada actividad política no tuvo ningún trasunto en el mismo. Como quien oye llover. Al margen de posibles explicaciones políticas a este comportamiento, véase, el conspicuo Pacto del Agua, hay un porqué jurídico que se entenderá mejor al diseccionar el artículo 72 de la LO 5/2007, que por primera vez en la historia estatutaria dota al agua de un precepto propio y autónomo respecto al listado de las demás competencias.

III. EL «NUEVO» ARTÍCULO 72 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

En esencia, el artículo 72 de la LO 5/2007 no se desmarca de la trayectoria previa y guarda importantes similitudes con los preceptos ya escrutados. Con alguna salvedad (11), eso sí, no menor, el artículo no trajo consigo grandes innovaciones que alteraran las bases asentadas por sus precedentes normativos. La prueba más contundente de esta falta de novedad la constituye el hecho de que la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (12) (hasta la irrupción de la Ley 10/2014 la

(11) El apartado 2 reconoce como potestad autonómica el ejercicio de las facultades de policía sobre el dominio público hidráulico, y el apartado 3 nuevas formas de colaboración interadministrativa inéditas en el texto primigenio del Estatuto. Tal vez, esta última sea la más significativa de las novedades a tenor de la STC 13/2015, de 5 febrero, que declaró nulas varias disposiciones de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, al no haberse recabado el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma.

(12) SETUÁIN MENDIA, B. (2002: pp. 189 a 223) y SETUÁIN MENDIA, B. (2007: pp. 884 a 889). El supuesto del saneamiento es un claro exponente, a la inversa, de la idea del «periurbanismo», desarrollada por Escartín Escude. Comunidades Autónomas como Aragón, que carecen de competencias directas significativas sobre el medio hídrico, aprovechan la competencia autonómica relativa al establecimiento de medidas adicionales en materia de protección del medio ambiente para dictar normas sobre el saneamiento de las aguas. De ese modo, compensan sus menores facultades en aguas y pueden llegar a desplegar relevante funciones tuitivas sobre el agua. DELGADO PIQUERAS, F. (1992: pp. 127 y 128). Delgado destacó la imbricación del medio ambiente en la nueva legislación de aguas surgida a raíz de la Ley de 1985. La transversalidad y ubicuidad, utilizando la terminología de Martín Mateo, del medio ambiente hacen más porosas determinadas fronteras competenciales, que en ausencia del título ambiental podrían ser campos prácticamente vedados a las Comunidades Autónomas. Resulta palmario que la posibilidad de establecer medidas adicionales de protección es la razón de la existencia de leyes como la Ley 6/2001, 17 de mayo, de Ordenación y

norma más importante del ordenamiento jurídico aragonés relacionada con el agua), fuera aprobada con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 5/2007. Con más razón, una vez comprobado que las leyes 9/2007, de 29 de diciembre, 6/2008, de 19 de diciembre y 10/2008, de 29 de diciembre (de todas las normas aragonesas que han afectado a la Ley 6/2001, éstas son las próximas a la reforma estatutaria del año 2007), no incidieron en aspectos competenciales.

Podría aducirse que el legislador aragonés en realidad estaba esperando a que el Tribunal Constitucional clarificara la constitucionalidad de los preceptos estatutarios impugnados; sin embargo, dictada la STC 110/2010 que resolvió dicha cuestión, tampoco las ulteriores modificaciones de la Ley 6/2001 estuvieron orientadas a profundizar en el posible abanico de competencias aragonesas. Los cambios impulsados desde las leyes 3/2012, de 8 de marzo, 6/2012, de 21 de junio y 10/2012 de 27 de diciembre, y 2/2014, de 23 de enero, se atuvieron principalmente al régimen del canon de saneamiento, hoy denominado impuesto sobre la contaminación de las aguas. Haciendo epitome de todo lo dicho, si la principal norma aragonesa en materia de aguas permaneció impertérrita ante la reforma del 2007, no es porque faltara voluntad —la existencia de la misma esta fuera de dudas— sino sencillamente porque no podía irse mucho más lejos de lo que ya se había ido. Conforme vayamos desgranando poco a poco la sustancia del artículo 72 y del resto de disposiciones estatutarias relacionadas con él, este aserto quedará verificado con mayor contundencia.

A pesar de que el Tribunal Constitucional dejó un resquicio abierto en su STC 227/1988 en favor de interpretaciones alternativas al principio de la unidad de cuenca, esta apertura es más teórica que real, especialmente cuando hablamos de modelos de gestión territorializada. Dicha sentencia, en su fundamento jurídico 13, establece las dos condiciones que ha de cumplir cualquier eventual criterio distributivo en materia de aguas: el respeto al principio de solidaridad (13), expresamente contemplado en el artículo 2 CE, y el

Participación en la Gestión del Agua en Aragón o la la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón, aunque esta última al menos formalmente intente sentar sus bases más allá del saneamiento.

(13) No obstante, en relación a los trasvases es importante reseñar que la solidaridad territorial que sirve de guía al Tribunal Constitucional en su labor de exégesis se refiere más bien a la solidaridad entre los territorios por los que discurre la cuenca, no a una hipotética solidaridad entre las cuencas deficitarias y las excedentarias, conceptos ya de por sí cuestionables y que poseen cierto sesgo en su propia génesis. CABEZAS CALVO-RUBIO, F. (2006: pp. 175-177). El concepto de «aguas sobrantes» viene referido al agua no asignada ni requerida por ningún uso, que está en el sistema una vez satisfechas sus necesidades ambientales y una vez atendidos sin limitaciones los suministros de todas las demandas del sistema. A pesar de la inclusión de la cobertura de las exigencias ambientales como requisito necesario para con-

cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 45.2 CE, que demandan una utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. La satisfacción de estos dos mandatos es condición sine qua non para afirmar la constitucionalidad de otras lecturas potenciales del artículo 149.1.22 CE. Estos dos parámetros interpretativos deben complementarse con criterios lógicos, técnicos y de experiencia.

Algunos autores como FANLO LORAS (14), GARRORENA MORALES o LÓPEZ MENUDO (15) cuestionan la viabilidad de esas interpretaciones alternativas al principio de unidad de cuenca al considerar que no son capaces de dar satisfacción a los requisitos del Tribunal Constitucional; naturalmente también existen otras voces que se posicionan en sentido contrario (16). Sea como fuere,

siderar como sobrante un agua, la idea es eminentemente productivista y antropocéntrica, lo cual se cohonesto mal con los nuevos valores que van impregnando el Derecho ambiental. Las necesidades del entorno humano por las que discurre la cuenca son variables y desconectadas de la propia esencia natural de la misma. En ese sentido, durante las jornadas universitarias antes mencionadas Manuel Díaz Marta expuso lo siguiente: «los opositores a aquél trasvase manteníamos ya entonces que el agua que fluye por un río no puede considerarse sobrante o excedentaria, pues cumple un papel importante en el equilibrio de la Naturaleza e influye decisivamente en la economía y calidad de vida de los habitantes de sus cuencas». También, Francisco Díez Pineda se expresó en términos semejantes a los de Díaz Marta al decir que «el Plan Hidrológico Nacional parte de la aceptación de unos criterios hidrológicos que desde el punto de vista de la ecología científica son tan novedosos como insostenibles. Me refiero a conceptos tales como el de cuencas excedentarias, es decir, cuencas a las que les sobra agua; cuencas deficitarias, demandas de agua, ríos que tiran sus aguas al mar, etc.». Gráficamente, Pedro Arrojo «Aquí estamos hablando de que es un lujo que los ríos en un país como el nuestro sigan tirando sus aguas al mar, mientras que desde otros foros internacionales estamos debatiéndonos por salvar el Mediterráneo, su fauna y sus playas, tras haber caído de pronto en la cuenta de que en el Mediterráneo tienen que desembocar sus ríos, y lo tienen que hacer dentro de unas condiciones mínimas de caudales, de libertad y calidad». El tiempo transcurrido en conexión con el mayor grado de conocimiento científico lejos de restar valor a estas opiniones, las han reforzado. Asimismo, la protección del medio ambiente aparece en la misma génesis del reparto de la competencia de aguas y se prolonga al resto de cuestiones relativas a su gestión. El artículo 45.2 CE junto a las normas que han desarrollado este principio rector constituyen una condición insoslayable a la hora de planificar cualquier trasvase y no pueden ignorarse so pretexto de atender la solidaridad entre territorios, máxime cuando las afecciones ambientales de obras semejantes son enormes por regla general y desaconsejan emprenderlos existiendo otras opciones menos agresivas.

(14) FANLO LORAS, A. (2007: p. 99). Textualmente, «ello supone la quiebra del actual modelo organizativo asentado sobre el principio constitucional de gestión por cuencas hidrográficas, expresamente ratificado por el Tribunal Constitucional como la única forma posible de interpretar el reparto de competencias derivado del artículo 149,1.22º CE».

(15) LÓPEZ MENUDO, F. (2008: pp. 53 a 55).

(16) DELGADO PIQUERAS, F. (2007: p. 185). En ese sentido, «la indagación se centrará en nuestro propio Ordenamiento, un modelo organizativo que no es obviamente el único posible pero sí el más recomendado por todos los organismos internacionales y, en especial, por la

existan o no alternativas factibles al principio de unidad de cuenca, parece complicado llegar a conciliar la territorialización de los recursos hidrológicos con el principio de solidaridad. La solidaridad demanda un enfoque global y panorámico que tenga en cuenta los derechos de todas las zonas que recorre la cuenca hidrográfica, al existir una relación de interdependencia entre los consumos y aprovechamientos de todas ellas. Toda concesión conlleva un coste de oportunidad ante el carácter limitado de los recursos. Si se beneficia a alguien, inevitablemente se perjudica a otro. Por consiguiente, de haber realmente otros criterios viables, en todo caso no serían aquellos que abogan por el fraccionamiento de las cuencas.

Una gestión dividida propiciaría que cada uno de los organismos directores atendiera prioritariamente las necesidades de su porción controlada, sin valorar plenamente las repercusiones sobre el resto. Incluso si tuviera la voluntad de coordinarse con el resto de gestores, requeriría una colaboración muy intensa. Por ejemplo, la cuenca hidrográfica del Ebro discurre por nueve comunidades autónomas (Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, La Rioja, País Vasco, Navarra, Aragón, Valencia y Cataluña), correlativamente ello implicaría en un modelo fragmentado la presencia de al menos nueve organismos. Tal multiplicidad de autoridades ni siquiera garantiza una mejor defensa de los intereses autonómicos ante escenarios como los descritos en el dilema del prisionero o la tragedia de los bienes comunes. El interés simultáneo por maximizar el aprovechamiento particular en el plano más inmediato pondría en peligro el aprovechamiento a medio y largo plazo, incluso quizás el del corto dada la profunda interdependencia de los diferentes tramos que conforman una cuenca. En palabras de Delgado Piqueras las cuencas obedecen a una ley la natural, la de la gravedad, que no puede derogar ningún parlamento (17). Cuanto sucede a lo largo de la cuenca tiene repercusiones sobre el resto de ella y eso es algo que ninguna norma podrá cambiar.

Directiva marco del agua». También, EMBID IRUJO, A. (2007a: p. 16). CARO-PATÓN CARMONA, I. y FRANK MACERA, B. (2002: pp. 102 y ss.). Esta obra se encuadra en el periodo de «entreguerras» que separa las dos etapas de inseguridad que atravesó la distribución de competencias de materia de agua, de ahí su interés al reflejar el estado de la cuestión de la doctrina tras haber superado ese primer momento de incertidumbre. Como se indica en ella, la delimitación del ámbito competencial en materia de aguas había perdido interés por la jurisprudencia constitucional y su profuso y riguroso estudio doctrinal. Capta muy bien el agotamiento que experimentaba la temática y que se ve reavivada con la tercera fase de reformas estatutarias. Caro fue una de las voces que abogaba por el abandono del principio de unidad de cuenca y que algunos creyeron ver reflejada en esa generación de nuevos estatutos. Quién sabe si no estamos ante un segundo periodo de entreguerras; la calma que preceda a una nueva tormenta que vuelva a agitar el panorama competencial de las aguas.

(17) DELGADO PIQUERAS, F. (2007: p. 187).

El *impasse* que abrieron las diversas reformas estatutarias se basaba únicamente en la incertidumbre de si el Tribunal Constitucional variaría o no su postura, desde la manifestada con anterioridad la respuesta era obvia, quedando resuelto el interrogante con las sentencias 247/2007, 31/2010, 32/2011, 110/2011 del TC en un sentido favorable al mantenimiento del criterio preexistente. En lo fundamental, el haz competencial ni disminuyó ni aumentó; continuó rigiéndose por lo manifestado en la STC 227/1988. Después de todo, el riesgo de quiebra del principio de unidad de cuenca quedó en un largo viaje de 360 grados.

De la letra A del apartado 1 del artículo 72 no hay nada destacable que reseñar. Aun a riesgo de sonar reiterativo, a grandes rasgos la letra A es una mera transcripción del contenido de los viejos artículos 35.1.11 o 35.1.16 al texto del actual Estatuto. El que fuera objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional ni desvirtúa esta aseveración ni ha de despistarnos (18). El propio recurrente admitía en su escrito que la regulación estatutaria aragonesa ya había contemplado anteriormente disposiciones en el mismo sentido que el nuevo artículo 72.1.A (19). A buen seguro, la preocupación latente en el recurso no se debía tanto al apartado considerado aisladamente, sino por su eventual utilización en comunión con otras partes del Estatuto desde una interpretación rupturista con los criterios fijados en la doctrina constitucional. A fin de cuentas, la LO 5/2007 incluía entre sus novedades un amplio elenco de derechos vinculados al agua (art. 19) o la plasmación de la reserva hídrica del Pacto del Agua (disposición adicional quinta) en el Estatuto. Desde su punto de vista, no cabía descartar la posibilidad de que Aragón se convirtiera en epígono de la estela trazada por otras Comunidades como Andalucía o Castilla y León, y, tomando como base las nuevas referencias estatutarias, intentara redefinir unilateralmente su marco de actuación dentro de la política de aguas. No obstante, recurrir de forma cautelar un artículo cuyo contenido en el pasado no había entrado en colisión con la Constitución, por la expectativa de que

(18) EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 28-29). EMBID resalta como los Estatutos de Autonomía genuinos ya contenían previsiones sobre las aguas en términos de exclusividad semejantes a los posteriormente planteados con la tercera oleada de reformas estatutarias; y, sin embargo, no fueron objeto de impugnaciones hasta esa tercera fase. Lo que hasta entonces había sido leído desde una interpretación conforme a la Constitución, en cambio, pasó a suscitar en esta última ocasión mayor grado de recelo entre las diferentes autonomías. Esa desconfianza mutua derivó en el cruce de recursos de inconstitucionalidad, incluso por aquello que había interiorizado el recurrente en su propio Estatuto.

(19) Recojo textualmente: «a pesar de que esta circunstancia ya se daba en el artículo 35.1.11 EAAr en su versión originaria de 1982, sin que ello haya impedido reconocer la competencia del Estado, en aplicación del artículo 149.1.22 CE y del principio de interpretación conforme, el escrito considera que tras casi treinta años de andadura constitucional, por rigor y seguridad jurídica, no parece razonable ni admisible colmar de normas vacías de contenido los textos estatutarios que delimitan los poderes».

lleguen a hacerlo ulteriores leyes de desarrollo, no se adecua a la pauta marcada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

Hay que tener en consideración que en virtud del principio de conservación «sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» (20) y salvo, que resulte textualmente imposible, debe presumirse la voluntad del legislador, tanto estatal como autonómico, de respetar el orden constitucional vigente (21). Con más razón, «será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución. De este modo, cuando son admisibles dos interpretaciones de un mismo precepto legal y una es ajustada al bloque de la constitucionalidad y la otra resulta disconforme con éste, debe adoptarse la primera, en tanto que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo otra interpretación» (22). A colación de todo ello, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que el recurso de inconstitucionalidad no ha de utilizarse de forma preventiva ante el riesgo de eventuales interpretaciones contrarias a la Constitución (23).

Pese a lo dicho, no sería justo tildar de absurdos gran parte de los argumentos esgrimidos en el recurso planteado por el Gobierno de La Rioja. Especialmente, aquellos acerca de la conveniencia de dotar al Estatuto de una mejor redacción, acorde con la auténtica relevancia de las aguas interiores de la Comunidad Autónoma, más bien escasa o nimia. Con todo, si en el propio recurso se admite la existencia de cuencas endorreicas dentro del territorio, ya esta indicando con ello una interpretación viable y concordante respecto al texto constitucional, por más que pueda considerarse sobredimensionada la redacción del precepto para realidad a la que en verdad se refiere. Igualmente, si alarmaba a La Rioja la posibilidad de que Aragón dictara en un futuro normas de desarrollo que contravinieran la división competencial constitucional, lo que

(20) Véase, al respecto, las SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6.

(21) En ese sentido, las SSTC 191/1994, de 23 de junio, FJ 2; 179/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; y 133/2006, de 27 de abril, FJ 9.

(22) Estas consideraciones son extraídas de las SSTC 6/1996, de 30 de abril, FJ 5, o 138/2005, de 26 de mayo, FJ 5 y 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1; y 138/2005, de 26 de mayo, FJ 5.

(23) Pueden destacarse, entre otras, las sentencias del TC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2; 132/1989, de 18 de julio, FJ 14; 253/2000, de 5 de octubre, FJ 5; y 134/2006, de 27 de abril, FJ 4.

debería haber recurrido son esas normas y no el Estatuto bajo el temor de que fuera usado como pretexto, coartada o patente de corso. Seguramente, hubiera sido más adecuado otro texto alternativo, lo cual no obsta para censurar el modo de ventilar esta discrepancia. Con demasiada frecuencia se ha abusado del recurso ante el Tribunal Constitucional en casos donde realmente no era necesario o la respuesta ya era conocida de antemano y no existía voluntad rebelde por la parte recurrida. Esta circunstancia ha coadyuvado al enrarecimiento del clima en las relaciones entre las distintas autonomías o de éstas con el Estado. En cualquier caso, dejando a un lado estas reflexiones, todo lo expuesto pone patente la ya reseñada falta de originalidad del apartado A del artículo 72.1 de la LO 5/2007. Nos hallamos ante una excepción de las palabras de Heráclito; en materia de aguas Aragón ha estado bañándose una y otra vez en el mismo río, por haber permanecido invariado el criterio distributivo de la competencia desde su establecimiento.

Históricamente, el modelo español de la Administración del agua se ha caracterizado, a excepción de momentos muy puntuales, por separar las funciones soberanas del agua, identificadas esencialmente en la ordenación y concesión de los recursos y aprovechamientos hidráulicos, de lo que genéricamente podríamos denominar como obras hidráulicas. Podemos captar con claridad dicha dualidad en el periodo previo a la aprobación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; la organización diárquica de las comisarías de aguas y las confederaciones hidrográficas plasmaba con nitidez la división de tareas imperante en la idiosincrasia administrativa española. En cierto modo, podemos decir que la Constitución se hizo eco de esta inercia tradicional al establecer criterios divergentes en relación al reparto de competencias de aguas. El artículo 149.1.22 de la CE, correspondiente a la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, se apoya en un criterio territorial, en función de si la cuenca rebasa o no los límites de una Comunidad Autónoma, mientras que el juego de los artículos 148.1.4, 148.1.10 y 149.1.24 gravita alrededor del concepto de interés. Si la obra reviste de interés general o afecta a más de una Comunidad Autónoma se atribuye al Estado su competencia; a sensu contrario, si la obra únicamente tiene interés autonómico y afecta a una sola Comunidad Autónoma la competencia corresponde a la Comunidad que ostenta dicho interés. A efectos de determinar el tipo de interés de las obras es indiferente si las aguas afectadas se califican como intracomunitarias o intercomunitarias, son otros los parámetros desde los que se evalúa la hipotética presencia de un interés general en la realización de la obra. De ese manera, es posible catalogar como obra de interés general una que se realice en el seno de una cuenca intracomunitaria; en sentido inverso, una obra realizada dentro de una cuenca intercomunitaria puede ser considerada aun así de interés autonómico siempre que no reúna los atributos propios de una obra de interés general.

Eso sí, en aras de garantizar una mayor armonía en el ejercicio de competencias interdependientes, el artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas sujeta la construcción de nuevas obras hidráulicas que comporten la concesión de nuevos usos del agua a la previa obtención o declaración de la correspondiente concesión, autorización o reserva demanial, salvo en el caso de declaración de emergencia o de situaciones hidrológicas extremas (24). Así pues, la competencia de ordenación y concesión de los recursos es lógico que tenga una prevalencia cronológica en relación a la correspondiente a obras hidráulicas, pues estas siempre van ser instrumentales y estar condicionadas a la disponibilidad efectiva de los recursos. Con este artículo pretendía atajarse la mala praxis de primero disparar y luego preguntar, ir a hechos consumados que impidieran ex post negar la concesión de nuevos recursos en la medida en que ya se había construido la infraestructura hidráulica y llegados a ese punto ya no podía permitirse que quedara desperdiciada (25).

Aunque no existe una referencia expresa a las obras hidráulicas en la Constitución, a mi parecer, es posible subsumirlas dentro de los títulos competencias relativos a las obras públicas. La obra hidráulica no sería sino una especie dentro del género de la obra pública. Naturalmente, la esfera primordial de esas competencias serían las obras hidráulicas de titularidad pública y no las de titularidad privada, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 del Texto Refundido de la Ley de Agua. No comparto el punto de vista de Ezquerria Huerva (26), opuesto al encaje pleno de la competencia de obras hidráulicas en los preceptos constitucionales atinentes a la obra pública. Ezquerria aduce la indiscutible relación de instrumentalidad (27) inherente a las obras hidráulicas para defender la absorción de la competencia en la multiplicidad de títulos relativos a la actividad principal que beneficia la obra; empero, las obras públicas también son un medio para el desarrollo de un ulterior fin, su realización siempre aparece subordinada a la consecución de otro objetivo por lo que no puede considerarse un fin en sí mismo, aunque a veces lo parezca.

Tanto en el concepto tradicional de obra pública como en su noción más moderna, el sentido teleológico de la obra aparece configurado como una de sus notas definitorias. Si disociar la obra hidráulica de la competencia que motiva su construcción puede condicionar, impedir o vaciar la competencia, habría de predicarse lo mismo con las obras públicas. Una obra pública de interés general puede resultar esencial para el desenvolvimiento de las actividades de una Comunidad Autónoma y ello no es óbice para que el Estado

(24) EZQUERRA HUERVA, A. (2007: pp. 716 a 718).

(25) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000: pp. 70 y ss.).

(26) EZQUERRA HUERVA, A. (2007: pp. 714 y ss.).

(27) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000: p. 70)

sea formalmente el competente. Más claramente, si hemos afirmado antes que cabía una obra hidráulica de interés general en una cuenca intracomunitaria, realidad jurídica reconocida en el mismo Texto Refundido de la Ley de Aguas, artículo 124.1, la inmisión en la cuenca intracomunitaria sería evidente. Éste argumento de operatividad si bien posee cierta lógica, que no cabe negar, es poco consistente en el fondo. Desde la distinción entre interés general e interés autonómico, bien aplicada, es posible un correcto desarrollo de las competencias principales a las que sirve de instrumento la obra.

A la vista de todo, los artículos 148.1.10 y 149.1.22 de la CE han de abordarse de forma independiente, sin pretender encontrar un nexo de unión entre ambos. Inicialmente, el artículo 148.1.10 podía contribuir a la bruma que rodeaba al 149.1.22, pero clarificado este último por la jurisprudencia constitucional, no hay que dotar de mayor transcendencia al empleo de reglas diferentes en la distribución las competencias estatales y autonómicas en sus respectivas materias relativas al agua. Por las razones que estimará oportunas, el legislador constitucional decidió recurrir a dos normas asimétricas, el artículo 148.1.10 y 149.1.22, para la fijación de dos competencias íntimamente ligadas en el marco común del agua. Formaba parte de su albedrío disponerlo de ese modo, de la misma manera que las aguas minerales y termales podían haberse integrado en el artículo 149.1.22 CE o en el 149.1.25 CE en vez de constituirse como una competencia autónoma de titularidad autonómica, valga la redundancia. De lege ferenda o desde una perspectiva crítica sería posible cuestionar la conveniencia de un modelo competencial como ese, que apuesta por pautas distributivas diferentes en materias muy conexas, pero de lege lata no entraña mayor complicación que esa, visto además que viene ya arrastrado de largo (28).

Aunque efectivamente no existe un precepto específico en la Constitución de obras hidráulicas, los Estatutos de Autonomía si que lo han singularizado. Particularmente, el Estatuto de Autonomía de Aragón lo recoge en el artículo 72.1.A ahora analizado. El precepto en ese aspecto merece un juicio negativo, si tenemos en cuenta que el espíritu de la última edición del Estatuto aragonés era aspirar alcanzar el máximo competencial en aguas, techo contra el que ya había chocado a grandes rasgos en anteriores versiones del Estatuto. Por la forma en que se ha redactado da la sensación de que Aragón sólo ostenta la competencia sobre las obras hidráulicas cuando estas se realizan en las aguas interiores de Aragón. A la postre, ante una existencia testimonial de cuencas intracomunitarias aragonesas, la virtualidad del precepto es nula o prácticamente nula. Ya apuntábamos al principio la asimetría existente entre los criterios del artículo 148.1.4, 148.1.10, 149.1.22 y 149.1.24 de la CE, algo

(28) EMBID IRUJO, A. (1995: pp. 46-49).

que hubiera obligado a desglosar el apartado 1 del artículo 72 del Estatuto de Aragón en varios apartados. Al anteceder la siguiente frase «corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en materia de aguas que discurran íntegramente por su territorio, comprendiendo dicha competencia», se crea una doble exigencia para la asunción de las obras hidráulicas ausente en el texto constitucional. El último párrafo corrige parcialmente este problema al declarar la competencia exclusiva de Aragón de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma. Una redundancia, pues las obras enumeradas son consideradas obras hidráulicas, pero lo que sería a priori un defecto acaba solventando otro defecto anterior. No deja de tener un cariz irónico que la torpeza o descuido del legislador se resuelva por otro error. Aun así, también el artículo 71.1.11 del Estatuto hubiera podido solventar la confusión. El artículo 71.1.11 proclama la competencia de Aragón en la planificación, ejecución y gestión de las obras públicas que no tengan calificación legal de interés general del Estado ni afecten a otra Comunidad Autónoma. Siendo que las obras hidráulicas son obras públicas podría haberse considerado subsumidas en éste precepto estatutario, evitando la aparente limitación, fruto de una mala redacción, del artículo 72.1.A del Estatuto.

Además de los títulos de atribución directos, el apartado 2 del artículo 72 del Estatuto reproduce la posibilidad, contemplada en el artículo 124.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, de ejecutar y explotar las obras de interés general de competencia estatal mediante convenio; una manifestación o materialización del principio general de cooperación que debe imprimir las relaciones entre el Estado y las Autonomías. A mayor abundamiento, Aragón tiene otro camino para intervenir en las obras de interés en general incluso sin convenio. El artículo 124.1 prevé dos opciones a la hora de gestionar las obras hidráulicas de interés general: o bien son asumidas directamente por los órganos competentes del ministerio que tenga atribuidas las competencias de medio ambiente o por la correspondiente confederación hidrográfica. Al encuadrarse Aragón dentro de las confederaciones hidrográficas del Ebro, el Júcar y el Tajo, por medio de la representación que le asigna el Texto Refundido de la Ley de Aguas, cuando la gestión de la obra sea encomendada a alguna de estas tres confederaciones, Aragón dispondrá de una plétora de mecanismos para poder influir en ella. Estos recursos derivados de la participación en las confederaciones hidrográficas por supuesto no ofrecen un control equiparable al que pueda poseer Aragón respecto a las obras de interés autonómico o las obras de interés general transferidas por convenio, pero algo siempre es más que nada.

En cuanto al apartado B del artículo 72.1, se trata de una especificación de las competencias en medio ambiente y espacios naturales protegidos, de la misma forma que el apartado E entronca tanto con la competencia de agri-

cultura como con la relativa a los regadíos de interés autonómico, prevista en el artículo 148.1.10 CE. Las competencias sobre agricultura y los regadíos ya aparecían contempladas en la versión inicial del Estatuto del año 82, artículos 35.1.18 y 35.1.11, y las de medio ambiente fueron asumidas a partir de la reforma del año 94, en el artículo 36.1.6 del Estatuto.

A su vez, el apartado C del precepto podría haber figurado desde la redacción originaria del Estatuto. Con motivo del recurso contra el artículo 56 de la Ley 29/1985, el Tribunal Constitucional señaló la adopción de medidas de emergencia como parte del contenido de la competencia autonómica sobre cuencas intracomunitarias. Las sentencias posteriores (31/2010, 49/2010 y 110/2010) no han modificado este pronunciamiento. Cuestión distinta es la virtualidad real de esta atribución estatutaria. A tenor de la especial naturaleza de las cuencas endorreicas aragonesas, las medidas de emergencia que fuera preciso adoptar seguramente estarían más justificadas en virtud del título de medio ambiente y no desde el de aguas. Si el artículo 72.1.C hubiera omitido la referencia finalista de las medidas, el restablecimiento y garantía del consumo, podría plantearse una dualidad competencial, pero con esa redacción en puridad se está negando la eficacia práctica de la competencia. En caso de sequía, si, por ejemplo, la Laguna de Gallocanta padeciera estragos a causa de ella, las actuaciones autonómicas irían encaminadas a preservar el valor ecológico de la reserva natural y no a utilizar su agua para el consumo de las poblaciones. Pese a que el componente ambiental ya forma parte indisoluble del Derecho de Aguas desde la aprobación de la Constitución, en especial desde la entrada en vigor de la Directiva Marco del Agua, en el caso aragonés la dimensión ambiental de las cuencas endorreicas absorbe el resto de prismas, por mucho que la redacción no haga notar esta particularidad.

El apartado D del artículo 72.1 constituye una opción de Aragón para afrontar el ejercicio de sus competencias, no una competencia en sí misma. La creación de una administración hidráulica es una elección del legislador y del ejecutivo de Aragón, no una imposición de obligado cumplimiento. De la misma manera que decidió contar con el Instituto Aragonés del Agua (IAA), podría haber confiado algunas de sus funciones al Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA), en la medida en que la competencia en saneamiento y depuración provienen de la de medio ambiente (29). De hecho, originalmente la Ley 9/1997, de 7 de noviembre, de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de la Comunidad Autónoma de Aragón preveía la creación de una Junta de Saneamiento a la cual encomendar las tareas de saneamiento y depuración fijadas por la Ley, y de forma transitoria, mientras se constitu-

(29) SETUÁIN MENDIA, B. (2002: pp. 189 a 223) y SETUÁIN MENDIA, B. (2007: pp. 884 a 889)

yera efectivamente la Junta de Saneamiento, el ejercicio de las competencias quedaba en manos de la Dirección General del Agua. A pesar de que la Dirección General del Agua y la Junta de Saneamiento fueron suprimidas con la Ley 6/2001 (30), su existencia pasada demostraba que otra Administración es factible. Actualmente, las Cortes de Aragón debaten la supresión de la Instituto Aragonés del Agua y la asunción de sus atribuciones por una dirección general adscrita dentro de la Consejería de Desarrollo Rural y Sostenibilidad del Gobierno de Aragón, acontecimiento que confirma el aserto anterior.

El establecimiento de entidades de Derecho público, como el Instituto Aragonés del Agua o la Junta de Explotación (31), trae causa del extendido fenómeno de la Administración Instrumental o Institucional y la huida del Derecho administrativo; una huida que lleva consigo ciertas contrapartidas no siempre ponderadas adecuadamente por sus promotores (32), que tienden a pensar más en el aligeramiento de los procedimientos y garantías. Con independencia del juicio positivo o negativo que merezca la huida del Derecho Administrativo, siempre habrá que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Nada obliga a acudir a estas formulas de forma imperativa, simplemente constituyen una alternativa más a disposición de las Administraciones Públicas. Aragón ha hecho uso de ella constituyendo el Instituto Aragonés del Agua, una entidad más ambiciosa de lo que cabría esperar en una Comunidad Autónoma carente de competencias directas en agua, reflejo de la honda preocupación de Aragón por el agua. Empero, reiterando lo dicho, podía no haberlo hecho y ahora, si se confirma lo anunciado, va a desandar ese camino.

(30) Véase, la Disposición Adicional Primera, apartado segundo, de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón.

(31) El preámbulo de la Ley 9/1997 justificaba su creación en los siguientes términos: «se acude a esta figura por pensar que reúne en sí misma las necesarias condiciones de flexibilidad y agilidad, por un lado, y de garantías jurídicas por otro. Ninguna potestad típica del poder público se hurta a la aplicación del Derecho administrativo y al correspondiente control por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero, por contra, se crea un instrumento apropiado para la gestión de un régimen económico-financiero complejo y para facilitar las necesarias relaciones de cooperación con los distintos municipios de la Comunidad Autónoma».

(32) A modo de excurso, resultan destacables los problemas con los que se encontró el IAA con relación a su régimen de contratación pública. El Informe 24/2008, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, concluyó que el IAA tenía la consideración de ente del sector público, poder adjudicador que no es Administración Pública, siendo el régimen jurídico de sus contratos por tanto privado y no administrativo. No ostentar la condición de contratos administrativos llevaba aparejada la pérdida de las potestades desorbitadas de la Administración, así que se aprobó una norma *ad hoc* para sujetar al IAA al régimen de contratación de las administraciones públicas. Dicha norma fue la Ley 6/2008, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, en lo que se refiere a la consideración del Instituto Aragonés de Agua como Administración Pública a los efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación del sector público.

Por otro lado, aunque el nombre puede inducir a una impresión equivocada, su misión principal hasta la Ley 10/2014 enraizaba con las competencias medio ambientales y de obras hidráulicas de Aragón. La Ley 10/2014 aspira a, o mejor dicho aspiraba, darle un impulso mayor y convertirla verdaderamente en la Administración Hidráulica de Aragón. Por consiguiente, Aragón se autootorga en el Estatuto la competencia de algo que ha decidido crear para gestionar sus competencias, un IAA equivalente al Instituto Aragonés de Servicios Sociales, el Instituto Aragonés de Juventud o el INAGA, que en cambio carecen de un engarce en el Estatuto distinto al de la propia competencia autonómica. Probablemente, el margen de maniobra más limitado de Aragón en aguas lleva a engrosar el precepto con algunas referencias que si bien no son inconstitucionales, podrían no haberse incluido sin que el ordenamiento notara la diferencia. La fundación de la Administración Hidráulica de Aragón precede a su incorporación expresa en el Estatuto, poco cabe añadir ante un hecho tan elocuente por sí mismo.

A modo de observación, hacer notar que dada la voluntad de configurar el artículo 72 como un precepto que reúna las principales capacidades de intervención de Aragón en el agua, hubiera sido lógico incluir la pesca en este listado. Es llamativo como la competencia de pesca ha desplegado una virtualidad bastante amplia a la hora de condicionar la gestión del agua través de la fijación de caudales u otras técnicas, si bien no todas ellas se han reputado válidas constitucionalmente (33). Una ocasión más donde la necesidad creó el órgano. Desde un punto de vista pragmático, Aragón y otras comunidades autónomas en su misma situación han podido condicionar más la política de aguas a través de la pesca que por medio de la competencia de aguas en sentido estricto. Irónicamente, habría más razones para que la pesca figurara en el artículo 72 del Estatuto que el propio título de aguas, el cual más allá de lo nominal no ha tenido una eficacia real en el establecimiento de una política de aguas propia. Además, el artículo 72 ya recoge competencias distintas al agua y la pesca tiene como soporte físico el agua, por lo cual no hubiera existido óbice alguno para situar la pesca dentro del artículo.

Por su parte, el apartado 2, a excepción de la mención a los poderes de policía, que de todas formas se subordina a la legalidad estatal, se limita en esencia a trasladar contenidos del Texto Refundido de la Ley de Aguas. Su omisión en el Estatuto carecería de efectos, no puede considerarse que garantice y salvaguarde el modelo de participación autonómica en las cuencas hidrográficas intercomunitarias en sus términos actuales (34). El enunciado es excesivamente

(33) FANLO LORAS, A. (2007: pp. 226 a 223); GARRIDO CUENCA, N. (2007: pp. 760 a 766); SETUÁIN MENDIA, B. (2011: pp. 107 a 110); y CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006: pp. 896 y 897).

(34) EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 51 a 53). Pese a coincidir esencialmente con los argumentos expuestos por Embid, discrepo ligeramente al considerar que configura con demasiada

vago, supeditando su concreción al marco fijado por la Constitución y sus leyes de desarrollo. Además, lo contrario sería admitir la sustracción de un importante ámbito de disposición del legislador estatal, dentro de las competencias que le son propias, en favor de las Comunidades Autónomas, que resultarían cesionarias impropias de algo que no les corresponde (35), al menos conforme al marco constitucional actual. Aunque formalmente los Estatutos de Autonomía se aprueban por Ley Orgánica, artículo 81 de la CE, su procedimiento de aprobación presenta una notable particularidad por la concurrencia de una doble voluntad estatal y autonómica. El papel de los Estatutos de Autonomía dentro del mapa normativo español justifica esta nota de bilateralidad que comporta así mismo una gran rigidez. Al requerir de una doble voluntad tanto el Estado como la Comunidad Autónoma pueden ejercer una actitud obstruccionista y bloquear iniciativas de reforma. Además, en el caso particular de Aragón el artículo 115.2 del Estatuto precisa que será necesario contar con una mayoría de 2/3 en las Cortes de Aragón para la reforma, por lo que a la mayoría cualificada de la Ley Orgánica en las Cortes Generales se añade la necesidad de conseguir una mayoría aun más exigente en el Parlamento aragonés. Si comparamos el tipo normativo de la Ley de Aguas, ley ordinaria sometida al principio democrático de la mayoría simple, con el procedimiento del Estatuto podemos ver que no sólo se enervaría la propia competencia estatal sino también la fuente normativa y su modo de producción. Dejando al margen el poco sentido que tendría que una norma reservada para una Comunidad Autónoma acabara condicionando el modelo de gestión para todo el Estado.

En otro sentido, sería muy dudosa la constitucionalidad de un sistema de cuencas intercomunitarias donde su llevanza correspondiera exclusivamente al Estado sin concurso de las autonomías por las que discorra la cuenca, máxime si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que «el modo más directo que tiene la Comunidad Autónoma para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas (...) se extienden más allá de su territorio, es mediante su participación en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas» (36). Estamos ante

amplitud la libertad de la que goza el legislador estatal para diseñar el sistema jurídico en materia de aguas. El carácter estatal de los organismos de cuenca supracomunitarios no significa que el Estado no tenga obligación de involucrar de alguna manera a las Comunidades Autónomas afectadas. El principio de cooperación y la titularidad de importantes competencias conexas hacen necesaria una mínima participación en la gestión del agua.

(35) EMBID IRUJO, A. (2007a: p. 23); y GARRONERA MORALES, A y FANLO LORAS, A. (2008: pp. 81 a 87).

(36) Véase, la STC 161/1996 en su fundamento jurídico quinto. También algunos autores han remarcado este rasgo de las cuencas intercomunitarias como una manifestación del principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas referido al ámbito de las aguas. En ese sentido, GARRONERA MORALES, A y FANLO LORAS, A. (2008: pp. 36 y ss.).

una exigencia del principio de cooperación interterritorial, consagrado en el artículo 2 de la CE (37). Aunque el Tribunal Constitucional ha expresado en su jurisprudencia que no le corresponde «determinar, ni tan siquiera sugerir, cuáles deben ser las distintas técnicas y cauces precisos para dar curso a esa necesaria cooperación entre el Estado y las CCAA» (38), ello no obsta, para que exista una obligación clara de arbitrar «mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria» (39). De una u otra forma, la legislación básica de aguas estatal habrá de contemplar conductos que permitan a las CCAA defender sus intereses dentro del marco de colaboración interterritorial e interadministrativa. Asimismo, dada la trayectoria presente en el Derecho de la Unión Europea (40) y la tradición legislativa española, cuesta imaginar que el modelo presente vaya a experimentar cambios sustanciales. En todo caso, lejos de producirse una involución respecto a la presencia de las Comunidades Autónomas en los organismos de cuenca, sería más probable, a tenor de nuestra historia política, un aumento de dicha presencia.

Definitivamente, si bien como juristas podemos formular el interrogante, apegados a la realidad no cabe esperar a corto o medio plazo transformaciones en nuestro modelo de gestión de las cuencas hidrográficas. Tras la

(37) GARRONERA MORALES, A. y FANLO LORAS, A. (2008: pp. 33 y 34). GARRONERA explica que el modelo autonómico es de corte cooperativo, de forma que el Estado y las Comunidades Autónomas no pueden ejercer sus competencias de manera excluyente, debiendo incorporar mecanismos de cooperación y participación mutuas. También BARRIO GARCÍA, G. (2000: pp. 72 y 73) hace hincapié en la ausencia de ámbitos totalmente inmunes a la actuación de otro poder público, y por tanto de la necesidad de constituir mecanismos de cooperación entre las Administraciones que garanticen el principio de lealtad institucional. Como caso paradigmático, es pertinente traer a colación otra vez la idea del periurbanismo, abordada por Escartín Escude. En ese ejemplo queda acreditada la interconexión competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, una interconexión que debería forzar al entendimiento entre ambas realidades territoriales en aras de garantizar la mayor eficacia de sus decisiones.

(38) Véase, la STC 147/1992 en su fundamento jurídico cuarto. A mayor abundamiento, la STC 86/1996, en su fundamento jurídico décimo, indica que el Tribunal Constitucional no prejuzga la técnica por la cual se materializa la colaboración, sin embargo, a lo largo de su jurisprudencia ha dado por válidos, entre otros, los consistentes en dotar de representantes autonómicos a los organismos estatales o involucrar el procedimiento de ejecución de la competencial estatal a las comunidades autónomas. En lo que se refiere a las cuencas intercomunitarias, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Agua escogió lo primero.

(39) Véase, la STC 131/1998 en su fundamento jurídico segundo.

(40) FANLO LORAS, A. (2010: pp. 312 a 315). Las confederaciones hidrográficas eran una singularidad de España que ha adoptado o asumido la UE y textos internacionales. El horizonte internacional se encamina al modelo ya presente en España, sería llamativo que en uno de los casos donde se ha dado la españolización de Europa, preconizada por Miguel de Unamuno en su Vida y Obra de Sancho y Quijote, emprendería España el camino de vuelta en favor de criterios fragmentadores de la cuenca.

acometida de la tercera generación de Estatutos, la opción adoptada en el Texto Refundido de la Ley de Aguas quedó reforzada (41). Nada hace presagiar una puesta en cuestión generalizada como la producida años atrás. En todo caso ésta iba en la línea de incrementar el papel de las Comunidades Autónomas, y por tanto la alusión en el Estatuto de Aragón a la participación de la comunidad autónoma en los organismos de cuenca es superflua, no cabe censurar constitucionalmente su inclusión, pero no aporta nada que no existiera ya sin ella, constituyendo una redundancia jurídica.

Por último, el apartado 3 posiblemente constituya la novedad más relevante en términos prácticos de las aquí analizadas. En sí misma la técnica no es genuina de la LO 5/2007, con anterioridad la Ley 1/2001, de 8 de febrero, de modificación de la Ley 11/1992, de 24 de noviembre, había incorporado a esta norma una disposición adicional que sujetaba a informe preceptivo del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón, los planes hidrológicos de cuenca y el PHN. A su vez, tampoco fue Aragón la primera Comunidad en contemplar una medida de este tipo, la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía del año 1994 ya preveía un precepto semejante al aragonés en relación a la planificación hidrológica elaborada por el Estado. Ambos casos constatan de nuevo la tenacidad de las Comunidades Autónomas para participar en áreas que formalmente les estarían vedadas desde su haz competencial, por medio de otros títulos limítrofes o de amplio espectro como medio ambiente u ordenación del territorio (42).

La participación de las Comunidades Autónomas en las confederaciones hidrográficas es en calidad de Administración titular de competencias concurrentes sobre el mismo espacio físico (43) y no como simples usuarias, lo que cualifica su presencia dentro de las mismas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en su STC 161/1996, de 17 de octubre, consideró la integración en las confederaciones hidrográficas como el cauce más directo con el que cuentan las Comunidades Autónomas para intervenir en la gestión del agua de las cuencas intercomunitarias, por encima de las competencias sectoriales que puedan ejercer por sí mismas. Esta sentencia, retomando una temprana jurisprudencia, véase, la STC 77/1984, llega a decir que las actuaciones que puedan llevar a cabo directamente las Administraciones autonómicas sobre las aguas de las cuencas que superen su ámbito territorial han de reputarse

(41) Así se desprende de las sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007, 30/2011, 32/2011, 110/2011.

(42) ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2009) y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2010). Reiterar la validez del enfoque sugerido por Escartín Escudé a la hora de analizar otros fenómenos parecidos.

(43) Una realidad ampliamente reconocida dentro de la doctrina del constitucional. Entre otras sentencias, pueden citarse las siguientes: 113/1983, 77/1984, 227/1988, 149/1991 o 36/1994.

como complementarias a las desarrolladas desde la dirección y gestión de las propias confederaciones hidrográficas, siendo factibles únicamente si no interfieren en la actuación de éstas. Se busca de ese modo una inserción de la perspectiva autonómica y de las políticas sectoriales durante la elaboración de la planificación hidrológica, como principal instrumento dentro de la labor coordinadora realizada en el seno de las cuencas supracomunitarias. Específicamente, el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Aguas positiva el principio de colaboración que ha de regir en las relaciones entre el Estado y las Autonomías, además de enumerar algunos de los mecanismos concretos que se articulan para conseguir ese propósito al margen de la introducción de las Comunidades en los órganos de las confederaciones. Obviamente, los mecanismos de colaboración no se agotan en este precepto y es lo que permite articular técnicas como las del artículo 72.3 del Estatuto. La finalidad, no siempre conseguida, es permitir que las confederaciones armonicen y coordinen el ejercicio de las competencias autonómicas y estatales que han de coincidir sobre el mismo espacio. De nada habría servido acabar con la dualidad tradicional entre obras y aguas, si el Estado de las Autonomías hubiera derivado en una nueva división que ignorara los entrecruzamientos existentes.

En opinión de EMBID (44), esta clase de informes lejos de reputarse como inconstitucionales, deberían entenderse como síntoma de buena salud constitucional mientras no se discutan el contenido, la decisión, ni su competencia, sino que meramente pretendan que el Estado cuente con mayor información en relación a los intereses atinentes a la Comunidad Autónoma. Por contra, FANLO LORAS (45) se posicionó en contra de la constitucionalidad de parte del artículo 72.3 del Estatuto al invadir, a su parecer, la competencia exclusiva de las Cortes Generales para autorizar los trasvases de aguas. Aunque a la postre no tenga mucho sentido entrar a refutar los argumentos esgrimidos por FANLO, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional sentó doctrina clara sobre la cuestión, hay que señalar que FANLO negaba la concurrencia competencial con demasiada ligereza. El hecho de que la decisión corresponda en exclusiva al Estado no significa que solo este afectado el interés estatal. Teniendo en cuenta el papel crucial del agua en la vida, es obvio que un trasvase incide en otras competencias como urbanismo, pesca fluvial, ganadería, medio ambiente, agricultura, ordenación del territorio... Legítimo o no, un trasvase va a incidir e influir sobre una pluralidad de realidades y sujetos. En todo caso, el reproche que podría hacerse sería más de tipo práctico, si el abuso de estos informes solo tiene como fin entorpecer provocar dilaciones artificiosas y no aportar elementos reales de juicio en el procedimiento de decisión correspondiente al Estado; o si la emisión de estos informes, incluso

(44) EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 32 a 34).

(45) FANLO LORAS, A. (2007: pp. 342 a 347).

de buena fe, recarga excesivamente el procedimiento convirtiéndolo en algo poco operativo. No obstante, a salvo de estas observaciones, constituyen «un razonable mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado en una materia en la que es evidente que resultan afectadas e implicadas las competencias y los intereses de una y otro, sin que en modo alguno se desplace o enerve» (46). La STC 13/2015 acredita no solamente su constitucionalidad, sino la importancia intrínseca de los mismos informes una vez introducidos en el ordenamiento. Siempre y cuando no tengan el carácter de vinculantes o determinantes, informes como los del artículo 72.3 pueden coadyuvar en el desarrollo de las competencias estatales.

Por consiguiente, la inexistencia de cuencas intracomunitarias relevantes no ha de traducirse en la equivocada impresión de que Aragón se encuentra impotente en la gestión de las cuencas intercomunitarias. En todas ellas Aragón va estar representada y además evacuará informes o participará de distintas formas de manera preceptiva. Por contrapartida, sus competencias propias sectoriales en lo tocante a las cuencas intracomunitarias habrán de modularse para que no obstaculicen la gestión principal. Parafraseando a Sartre, el límite de mis competencias termina donde empiezan las competencias de los demás. En cualquier caso, si se hace un buen uso de los mecanismos mencionados, las colisiones que se produzcan entre los dos grandes grupos de competencias estatales y autonómicas deberían poder reducirse, al menos en parte, por haber interiorizado la confederación hidrográfica los intereses esenciales de la Comunidad Autónoma en las materias de su competencia.

IV. LOS DERECHOS ESTATUTARIOS VINCULADOS AL AGUA

Dejando a un lado el artículo 72, el Estatuto contiene otros preceptos cuyo estudio puede contribuir al esclarecimiento de la pregunta con la que abríamos este apartado: «¿a qué se debió la quietud del legislador aragonés al reformar el Estatuto?». Éstos son el artículo 19 y la disposición adicional quinta. De momento, nos detendremos a analizar solo el artículo 19 dejando para el siguiente apartado el estudio de la disposición adicional quinta.

El artículo 19 del Estatuto aragonés contiene en sus tres apartados una serie de derechos relacionados con el agua. Ante ellos surgen de forma natural varios interrogantes. El primero de ellos versa sobre la eventual vinculación del apartado 1 con la noción *ius* internacionalista del derecho al agua. ¿Coincide con los parámetros del derecho humano al agua o es algo diferente? En segundo lugar, es necesario plantearse si son admisibles esta clase de derechos como

(46) SsTC 247/2007 y 110/2011.

contenido de un Estatuto de Autonomía. Finalmente, de resolverse en sentido favorable la pregunta anterior, procede valorar si específicamente los derechos enunciados en el precepto estatutario son válidos constitucionalmente.

En el campo del Derecho internacional el principal anclaje jurídico del llamado «derecho al agua» se encuentra en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (47). Pese a que ninguno de los artículos alude explícitamente al derecho al agua, al reconocer la necesidad de que los Estados suscriptores del Pacto garanticen un nivel de vida adecuado y el disfrute en su grado más alto posible de la salud física y mental de las personas, se deduce como un elemento integrante inherente a ellos. En esa dirección han apuntado tanto la doctrina como, especialmente, la interpretación «auténtica» realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas, en su 29ª sesión celebrada en Ginebra, del 11 al 29 de noviembre de 2002, trasladada a la Observación General número 15 bajo el título «El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)».

Esta manifestación del derecho humano al agua encuentra un refuerzo en otros textos y declaraciones internacionales (48). En el Informe Final, Resolución II (a), punto 66 de la Conferencia del Mar de Plata de 1977 se declaró que todas las personas «tienen el derecho de tener acceso al agua potable en cantidades y calidad adecuadas para sus básicas necesidades». La posterior Declaración de Dublín del año 1992 reproduce en esencia lo ya dicho, solo que añadiendo el saneamiento a la ecuación y el epíteto de fundamental al derecho. En fechas más cercanas, coincidiendo con el Decenio internacional para la acción «El agua fuente de vida, 2005-2015», cabe reseñar la Resolución 64/292 que aprobó la Asamblea General de Naciones Unidas en su 108ª sesión plenaria, el 28 de julio de 2010, en la cual se exhorta a los Estados y organizaciones internacionales para que proporcionen los recursos necesarios para dar trasunto al derecho al agua potable y saneamiento que se reconoce como derecho humano y esencial para el pleno disfrute de la vida y el resto de los derechos humanos. Catherine Ashton en calidad de Alta representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad aprovechó el 22 de marzo del 2010, coincidiendo con el día del agua, para señalar la asunción dentro del ámbito de la Unión Europea de la interpretación realizada desde Comité de derechos económicos, sociales y culturales, de Naciones Unidas de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

(47) EMBID IRUJO, A. (2006: pp. 19 a 27); EMBID IRUJO, A. (2011: pp. 54 a58); y SALINAS ALCEGA, S. (2006: pp 96 y 97).

(48) EMBID IRUJO, A. (2011: pp. 54 a 58); CASTILLO DAUDÍ, M. (2006: pp. 82 y ss.).

y Culturales de 19 de diciembre de 1966. Por último, en una comunicación del año 2014, relativa a la iniciativa ciudadana europea «El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!», la Comisión europea destacaba la importancia de la dimensión de los derechos humanos del acceso al agua potable segura y el saneamiento, a la vez que aprovechaba para renovar como propósito el seguir situándolos en el centro de sus políticas.

Ciertamente, es una lectura muy razonable la que realiza el Comité de los artículos 11 y 12 del Pacto en su Observación general número 15, habida cuenta que cada 20 segundos muere un niño por enfermedades relacionadas con el consumo de agua sucia; un dato que expone con nitidez la íntima relación del agua con la salud y la higiene personal. En realidad, ante estas escalofriantes cifras, el derecho al agua como aspecto esencial de la procura existencial básica parece que podría llegar a conectarse materialmente con el derecho a la vida, por delante de la salud o de la calidad de vida; una vertiente que tampoco desconoció el Comité al elaborar la observación, imbricando el derecho al agua con los derechos a la vida y la dignidad humana consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Sin agua no hay vida. Es un axioma básico e inalterable derivado de la biología de los seres humanos. Así pues, si no se garantiza el acceso al agua potable y al saneamiento en unos niveles cuantitativos y cualitativos suficientes, la protección de la vida torna en algo quimérico o meramente virtual.

Con mucho sentido común, el Comité define el derecho humano al agua como «el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico». No hay palabra superflua en esta definición, cada una de ellas perfila el alcance y el contenido del derecho. En primer lugar, como cualquier derecho humano el destinatario es la raza humana como colectividad general. El núcleo del derecho radica en la disposición de agua y el resto de términos modulan en que condiciones debe darse esa disponibilidad. No obstante, el derecho no configura la disposición de forma abierta y abstracta, la subordinada a unos concretos usos que son los personales y domésticos, dejando al margen a la industria, ya sea pequeña, mediana o grande. A modo de observación, en ello diverge del concepto de abastecimiento de poblaciones del Derecho interno español, que incluye el suministro a industrias de poco consumo vinculadas a la red municipal de abastecimiento (artículo 60.3.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas). Entre esos usos personal o domésticos de manera casuística el Comité destaca el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. Esta enumeración nos da una buena idea de la orientación que se quiere imprimir al derecho al agua desde la perspectiva de los derechos humanos.

Anticipándonos a la comparación final entre el derecho humano al agua y el derecho al agua del artículo 19.1 del Estatuto aragonés, puede verse como el derecho estatutario se desmarca de la noción internacional al comprender no solo los usos domésticos y personales, e incluir también el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón. El alcance es mucho más amplio al no circunscribirse ni siquiera al abastecimiento de poblaciones desde la concepción dada por el Texto Refundido de la Ley de Aguas. Además, tampoco en relación al consumo humano se enmarca exclusivamente dentro de los usos domésticos o personales; el precepto aragonés habla de necesidades presentes y futuras sin vincular necesariamente la disposición de agua en cantidad y calidad suficiente a la cobertura de las necesidades básicas. Por lo tanto, es factible considerar dentro del derecho aragonés la realización de necesidades secundarias, según la tradicional división propuesta por Maslow, alcanzando actividades de corte recreativo o de ocio.

Tras esta pequeña digresión, volvemos a retomar el hilo donde lo habíamos dejado. Para determinar que se entiende por suficiente parece que lo mejor es acudir a criterios extrajurídicos, atendiendo a la propia realidad de las actividades que comprende el ámbito de protección del derecho. Si el derecho al agua busca cubrir el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica, la cantidad que corresponda a cada ser humano por razón de serlo debe corresponderse a las medias razonables de estas actividades. En alguna ocasión, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha cifrado en 20 litros diarios de agua potable por persona como umbral mínimo por debajo del cual se entiende que no existe un abastecimiento de agua merecedor de ser calificado como tal. Con todo, este cálculo no deja de ser una guía parcial y al final habrá que atender a la concreta realidad de cada Estado o cada región, pues las necesidades hídricas varían mucho en función del clima, los alimentos u otros factores. Todo ello podría comportar la revisión al alza de los 20 litros diarios marcados por la OMS.

Que el agua sea salubre y aceptable es algo cuya verificación queda sometida por entero a las normas técnico-sanitarias. Habrá que atender al conocimiento científico para fijar los parámetros cualitativos pertinentes así como las técnicas que pueden garantizarlos, especialmente en materia de saneamiento a través de las estaciones depuradoras de aguas residuales (EDAR).

La accesibilidad, en la que podría subsumirse también el atributo de asequible, presente cuatro dimensiones: física, económica, no discriminación e informativa. La física sugiere lo que es obvio, el agua debe estar al alcance de las personas por medio de las instalaciones que sean necesarias, sin embargo, el suministro domiciliario no es parte del contenido obligacional del derecho. Debe ser posible acceder al suministro de agua al menos en las cercanías inmediatas al hogar, escuela o centro de trabajo, pero dado el carácter universal del dere-

cho hay cierto realismo al plantearlo, dentro de lo ambicioso que es garantizar el acceso al agua en condiciones dignas a toda la humanidad, asumiendo que a tenor de circunstancias socioeconómicas de muchos de los Estados, la disponibilidad de agua en cada casa no es viable a corto o medio plazo. La económica implica que su coste y cargos directos e indirectos no deben ser una barrera que impida el ejercicio del derecho al agua o que supongan el sacrificio de otros derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para afrontar su pago. La no discriminación conlleva la igualdad en el acceso, quedando vedada la discriminación por cualquier motivo de tipo social, económico, étnico, religioso, político o cualquier otra circunstancia proscrita. Por último, el acceso a la información conecta con los principios del Convenio de Aarhus y otros textos internacionales semejantes, consistiendo en el derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Obviamente, lo que es derecho de los ciudadanos se traduce en obligaciones para los Estados. Invertiendo el punto de vista desde el que hemos abordado el derecho del agua podemos extraer los deberes que pesan sobre los Estados. En relación al acceso, aparece un aspecto muy significativo que es la seguridad cuando se acude a obtener agua. Desde nuestro punto de vista, acostumbrados a girar el grifo y que brote un manantial, cuesta mentalizarse de los riesgos que entraña en otras regiones del mundo ir a por agua para asearse o simplemente beberla. No es ya sólo el largo recorrido que muchas personas tienen que hacer a diario y que les impide desarrollar otras potencialidades de su vida, particularmente lesivo para la instrucción de los niños si han de dedicar la mañana a traer el agua para sus familias, sino el peligro adicional de sufrir agresiones físicas o sexuales, ampliamente documentadas desde diversos organismos internacionales y onegés. Por eso, además de las obras de depuración, canalización, transporte... la seguridad puede ser un atributo sustancial del derecho al agua.

El derecho al agua ofrece una curiosa paradoja. El Comité sugiere la necesidad de interiorizarlo dentro de los derechos nacionales para dotarlo de mayores mecanismos de protección en casos de vulneración, sin embargo, muchos de los Estados que lo han incluido dentro de su legislación interna lo infringen en la práctica (49), mientras aquellos otros que como España no lo han incorporado, lo cumplen efectivamente en términos generales. Al margen de situaciones específicas (50), a nivel de Estado el cumplimiento del derecho

(49) Sudáfrica, Uruguay, Ecuador o Bolivia con distintas formulaciones contemplan el derecho al agua al más alto nivel normativo, recogiénolo en sus respectivas constituciones.

(50) Caso paradigmático el de los municipios aragoneses afectados por la contaminación del río Gállego con lindano; lindano proveniente de los remanentes dejados por la empresa de pesticidas Inquinoso. En varias ocasiones a lo largo de estos años ha sido necesario cortar el suministro de agua por la presencia del agente nocivo.

al agua no supone particulares problemas para los países desarrollados del denominado primer mundo. Resulta natural que el derecho al agua no figure como una de las principales preocupaciones de los ciudadanos y por lo tanto que su concepción se articule de forma diferente. De hecho, es más habitual que esa inquietud se proyecte en relación a terceros Estados y no a la situación interna. Reflejo de ello en el año 2007, durante la XVII Cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile, se anunció la creación del Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento con destino a América Latina y el Caribe, iniciando sus actividades en octubre de 2009. Hasta el momento, España ha desembolsado aproximadamente unos 790 millones. En cambio, para aquellos Estados todavía pendientes de llevar a cabo la ejecución material del derecho al agua, la consagración del mismo puede suponer muchas cosas: un brindis al sol retórico, una piedra de toque, un faro, un revulsivo, presión o simplemente un reflejo de la inquietud social latente por llegar a alcanzarlo. Más importante que su positivación es observar si se le dispensa una auténtica tutela administrativa o judicial que permita tenerlo por un derecho subjetivo ejercitable y exigible en caso de incumplimiento.

En el caso particular de España el artículo 25.2.C de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local recoge como competencia propia de los municipios el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Ulteriormente, el artículo 26.1.A de la misma Ley señala que en todos los municipios deberán prestarse los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado, aunque en los de población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación Provincial o una entidad equivalente, por ejemplo, las comarcas, la que coordine la prestación del abastecimiento de agua potable a domicilio así como la evacuación y tratamiento de las aguas residuales.

Por su parte, la Ley 10/2014 de Aguas y Ríos de Aragón en las letras A-D de su artículo 32.1 atribuye a los municipios: el abastecimiento de agua en alta o aducción, que incluye la captación y alumbramiento de los recursos hídricos y su gestión, incluida la generación de los recursos no convencionales, el tratamiento de potabilización, el transporte por arterias principales y el almacenamiento en depósitos de cabecera de los núcleos de población; el abastecimiento de agua en baja, que incluye su distribución, el almacenamiento intermedio y el suministro o reparto de agua potable hasta las acometidas particulares o instalaciones propias para el consumo por parte de los usuarios; el saneamiento o recogida de las aguas residuales urbanas y pluviales de los núcleos de población a través de las redes de alcantarillado municipales hasta el punto de intercepción con los colectores generales o hasta el punto de recogida para su tratamiento; y la depuración de las aguas residuales urbanas, que comprende la intercepción, el transporte de las mismas mediante los

colectores generales y su tratamiento hasta el vertido del afluente a las masas de aguas continentales.

No obstante, en la práctica el Instituto Aragonés del Agua es quien ha asumido, a través de la suscripción de convenios con los municipios implicados, la ordenación y gestión de los servicios de aducción y depuración, subrogándose a todos los efectos, administrativos y económicos, en la posición de la entidad local en lo referido a la prestación de los servicios de aducción y depuración correspondientes, tanto ante los usuarios del servicio como ante la entidad prestadora del mismo (artículo 64.4 de la Ley de Aguas y Ríos de Aragón). Algunos municipios de gran entidad como Zaragoza prestan por sí mismos estos servicios, pero más allá del tenor de la Ley al haberse acogido la mayoría de los municipios aragoneses a la posibilidad que les brindaba la legislación (la Ley 6/2001 ya contemplaba una previsión similar a la del artículo 64.4 de la Ley 10/2014), podemos decir que al final el Instituto Aragonés del Agua, colocándose en su posición, acaba siendo el principal prestatario y sujeto obligado dentro de la Comunidad en relación a los servicios ya referidos.

Si antes decíamos que el derecho al agua no exigía obligatoriamente el suministro domiciliario, pudiendo ser una de las formas de garantizarlo pero no la única, del panorama normativo español si que se desprende su carácter imperativo como servicio público (51). El artículo 18.1.G de la Ley de Bases del Régimen Local incluye entre los derechos de los que gozan los vecinos poder exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento de los correspondientes servicios públicos, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio. El juego conjunto de los artículos 18.1.G con los artículos 25.2.C y 26.1.A de la misma ley proporcionan a los ciudadanos españoles un nivel prestacional claramente superior a los mínimos del derecho al agua.

Desde la perspectiva cualitativa, primero la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas y más adelante la Directiva Marco 2000/60/CE al situar para 2015 el objetivo de alcanzar el buen estado ecológico de todas las aguas, han dado un gran impulso al saneamiento y depuración de los recursos hídricos. En el momento de escribir estas líneas ya ha finalizado el plazo de la Directiva Marco y no tiene sentido albergar esperanzas acerca de un cumplimiento pleno a corto o medio plazo; con todo, es innegable el esfuerzo sin precedentes desarrollado por la Unión Europea para lograr tan ambicioso y loable propósito, aunque al final no haya cumplido el plazo que se había marcado. La finalidad de las Directivas tiene claro trasunto en la configuración normativa de los servicios públicos antes observados.

(51) SETUÁIN MENDIA, B. (2002: pp. 372 y ss.).

De lo expuesto ya es posible inferir algunas conclusiones. Aunque el derecho del artículo 19.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón podría identificarse a primera vista con el derecho humano al agua, desde la semejanza alberga notables diferencias que lo desmarcan de él, dotándolo de contornos propios separados. Además de abarcar todos o prácticamente todos los usos del agua, el artículo 19.1 carece de la nota de accesibilidad, en sus múltiples vertientes, que caracterizan la definición del derecho humano con mayor raigambre en el ámbito internacional. A pesar de señalar como titulares a los aragoneses, la visión el artículo 19 es más territorial que personal, alejándose del sentido teleológico impreso en el derecho humano al agua. En el fondo, no deja de ser correlato del artículo 17 del Estatuto de Valencia, respondiendo ambos a la guerra del agua nunca del todo cerrada en España (52). La aplicación del artículo 19.1 del Estatuto aragonés neutralizaría la del 17.1 correspondiente al valenciano. Si se atiende el derecho aragonés no existen aguas sobrantes a redistribuir para Valencia.

No obstante, esto no dejan de ser disquisiciones, pues como veremos en seguida los referidos derechos estatutarios al agua, a la luz de la interpretación realizada de los mismos por parte del Tribunal Constitucional (53), han de considerarse más bien una suerte de principios rectores o pautas de orientación sin un estricto valor jurídico vinculante. Son un mandato para las administraciones autonómicas, que mediante los distintos cauces y foros estatales, principalmente las confederaciones hidrográficas, habrán de procurar su cumplimiento. Eso sí, hay que tener en cuenta que hablamos a toro pasado. En el momento en el que se redactaron los nuevos estatutos, el Tribunal Constitucional todavía no había sentado jurisprudencia acerca de los derechos estatutarios y menos aun de categorías particulares.

En su aproximación al formato constitucional la tercera generación de estatutos de autonomía incorporó un catálogo de derechos propios, constituyendo una de sus innovaciones más señeras. Puede tildarse de contradictoria la actitud del Gobierno de Aragón al impugnar el Estatuto de la Comunidad Valenciana por el artículo 17.1, mientras en paralelo incorporaba al suyo propio el artículo 19.1, no muy distante del valenciano recurrido. No obstante, en su defensa cabe aducir que el Gobierno de Aragón no tenía la certeza absoluta de que su recurso llegara a ser estimado. De haber persistido el artículo 17.1 valenciano en sus términos originales, la situación de las cuencas aragonesas hubiera quedado severamente debilitada. En cambio, con un artículo aragonés similar sólo que en sentido contrario, blindando las cuencas propias frente a eventuales trasvases, todas las posibilidades quedaban cubiertas tanto si se

(52) EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 34 a 40).

(53) A este respecto, las sentencias del TC 247/2007, 31/2010 y 110/2011.

aceptaban como si se rechazaban las pretensiones sostenidas en el recurso. Aun así, no deja de constituir una estampa curiosa que el recurso interpuesto por La Rioja contra el artículo 19 del Estatuto Aragonés se cimentara en los mismos argumentos que había esgrimido anteriormente Aragón contra el correspondiente valenciano. En ambos casos, las STC 247/2007 y 110/2011 los desestimaron.

Igual que en otros momentos de transición o innovación jurídica las opiniones favorables así como las increpaciones se sucedieron ante la aparición de la nueva categoría de derechos estatutarios. El Tribunal Constitucional aprovechó la STC 247/2007 como «leading case» en aras de fijar un criterio general para el resto de casos que pronto vendrían. Esta sentencia contiene ya todas las claves en las que apoya el Tribunal la constitucionalidad de los derechos estatutarios y en particular los derechos al agua que han previsto varias comunidades. A continuación, las reproducimos de forma sintética (54).

Una de las principales objeciones que se oponían a la viabilidad de los derechos estatutarios era no figurar entre las materias enumeradas en el artículo 147.2 de la CE, donde se regula el contenido de los Estatutos de Autonomía. El artículo menciona una serie de aspectos que deben recoger los Estatutos: la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica, la delimitación de su territorio, la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias y las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. Atendiendo al tenor literal del precepto, el Tribunal Constitucional concluyó que el listado es *numerus apertus* y no *numerus clausus*; la enumeración no agota el contenido hipotético de los Estatutos sino que fija tan solo los mínimos que necesariamente han de figurar con carácter obligatorio, sin perjuicio de que el legislador estatutario pueda introducir otras previsiones que no tengan correspondencia con las reflejadas en el artículo 147.2 de la CE. Para reforzar esta interpretación el Tribunal invoca además el principio dispositivo que marca el ritmo del desarrollo autonómico español.

Una vez se ha dado entrada dentro de los Estatutos a contenidos adicionales a través de una lectura amplia y flexible del artículo 147.2 de la CE en conexión con el principio dispositivo, es necesario comprobar si quiebran otras cláusulas constitucionales, particularmente las relativas a la igualdad. Aunque el artículo 139.1 de la CE postula la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles, ésto no implica que deba existir absoluta homogeneidad entre ellos. Tampoco se considera violado el artículo 138.2 de la CE ya que la proscripción de privilegios fiscales o económicos se entiende dirigida a las relaciones entre territorios. Por último, también se descarta la

(54) MELLADO RUIZ, L. (2010: pp. 217-232).

transgresión del artículo 149.1.1 de la CE por circunscribirse a los derechos y deberes constitucionales, entre los que no se cuentan los derechos al agua examinados. En definitiva, el Tribunal Constitucional separa la diferenciación, constitucionalmente admitida, de la desigualdad o el privilegio que en el fondo también serían diferenciación pero en un grado que sí rebasaría los límites tolerados por el orden constitucional. Evidentemente, las Comunidades Autónomas en ejercicio del principio dispositivo reflejan sus inquietudes, anhelos y prioridades particulares, que luego pueden coincidir o no con el resto de Autonomías; esta libertad no puede abocar en una diferenciación excesiva que acabe por constituir una desigualdad en sentido propio. No deja de ser un juego de equilibrios.

Dentro de los derechos estatutarios, el Tribunal Constitucional obliga a distinguir los derechos subjetivos *stricto sensu*, vinculados con el ámbito institucional de la Comunidad, de los que lo son en un sentido meramente nominal por constituir realmente simples pautas de comportamiento. Esto último aun es discutido por ciertos sectores de la doctrina que no encuentran ningún óbice para que se fijen verdaderos derechos en los Estatutos, mientras tengan por destinataria a la Comunidad Autónoma y sean en ejercicio de competencias autonómicas siempre, y cuando se encuentren lo suficiente desarrollados en el texto del Estatuto para que pueda desprenderse de su redacción los elementos básicos del derecho. Ciertamente, no es muy consistente el Tribunal Constitucional al reservar en exclusiva la regulación de derechos autonómicos a la legislación ordinaria autonómica. En cualquier caso, lo dicho sobre la competencia y destinatario autonómico es predicable de la misma forma de los principios rectores autonómicos, por lo que para valorar si los derechos al agua del artículo 19 del Estatuto aragonés son constitucionales habrá que atender a esos dos parámetros.

Erróneamente, se ha querido ver en el artículo 19 unos derechos impropios e inconstitucionales por ser únicamente competente el Estado, olvidando que los poderes públicos aragoneses poseen de resortes y mecanismos desde los que hacer valer los intereses aragoneses e intentar defender el cumplimiento de los mismos. La participación en las Confederaciones Hidrográficas del Ebro, del Tago y el Júcar además de otros cauces, por ejemplo, la emisión de informes preceptivos son espacios aceptables para el desarrollo de los derechos del artículo 19 configurados como pautas de comportamiento. Así que no estamos ante un derecho imposible desde el punto de vista del destinatario y las competencias autonómicas.

Finalmente, hay que tener en cuenta que estos derechos no ostentan el estatus de derechos fundamentales o derechos constitucionales por lo que carecen de sus propiedades: reserva de ley, contenido esencial y vinculación directa de los poderes públicos. Lo que les convierte más en declaraciones

de tipo político; dimensión singularmente acusada en el caso del artículo 19 como espejo de los conflictos por el agua generados en el territorio español.

Pese a habernos centrado en el apartado 1 del artículo 19, pueden reproducirse los mismos argumentos para los apartados 2 y 3. Es más, en el caso del apartado 2 el saneamiento y la depuración quedan bajo el área de influencia competencial de la Comunidad Autónoma por lo que existen posibilidades de actuación directas y no solo el ejercicio indirecto a través de su participación en los organismos estatales o por la emisión de informes. Igualmente, aunque el Tribunal Constitucional ha determinado que corresponde la fijación de los caudales ecológicos mínimos a los organismos de cuencas, las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus atribuciones en pesca pueden establecer unos caudales mínimos provisionales, mientras no los asigne la Administración competente (55). Ir más lejos de este límite, es decir, plantear unos caudales alternativos o adicionales a los ya regulados por el organismo de cuenca supondría una interferencia en sus competencias legítimas proscrita por el orden constitucional. Es cierto que varias leyes de pesca han pretendido establecer sus propios caudales, so pretexto de proteger la riqueza piscícola, con la intención real de condicionar el otorgamiento de concesiones por las confederaciones hidrográficas, sin embargo, tan malo sería el exceso como el defecto. El caudal junto a la calidad del agua son los dos factores más relevantes para la fauna fluvial y ambos se ven indudablemente afectados por las actividades realizadas desde las confederaciones hidrográficas. No cabe por tanto desconocer los intereses derivados de la competencia en pesca a la hora de determinar el caudal ecológico mínimo, siendo no solo factible sino recomendable la colaboración y cooperación entre Administraciones. A la participación directa dentro de las confederaciones hay que sumar cauces y mecanismos específicos como la emisión de informes preceptivos, aunque no vinculantes. En definitiva, el supuesto realmente prohibido constitucionalmente es la definición unilateral de los caudales mínimos por las Comunidades Autónomas en base a sus títulos sectoriales, dejando abierta la puerta a una plétera de instrumentos de dialogo interadministrativo.

A mayor abundamiento, el apartado 3 que obliga a los poderes públicos aragoneses a velar para evitar transferencias de aguas insostenibles no sólo no es un deber que transgrede la Constitución sino que viene impelido por ella (56);

(55) FANLO LORAS, A. (2007: pp. 231 a 233).

(56) EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 65 a 67). El artículo 45.2 de la CE dirige un mandato a los poderes públicos para que éstos velen por la utilización racional de los recursos naturales. Por otro lado, la Directiva marco de aguas obligaba a alcanzar el buen estado ecológico de las aguas superficiales y subterráneas para el año 2015. De ambas normas se desprende una clara proscripción de cualquier actividad que pudiera frustrar los fines propios de la Directiva o la Constitución. No hay derecho infinito y una hipotética transferencia de caudales estaría

si un trasvase es verdaderamente insostenible por sus afecciones ambientales, económicas, sociales, etc no puede reputarse constitucional, ergo, lo lógico es poner en conocimiento esta naturaleza e intentar impedirlo (57). Naturalmente, y he aquí el quid de la cuestión, la sostenibilidad de cualquier trasvase va a depender desde el prisma que se analice. Seguramente, no tengan que decir lo mismo Aragón o Cataluña que Valencia o Murcia sobre un mismo hecho.

V. LA RESERVA HÍDRICA DE 6.550 HM³

Nos encontramos en la misma tesitura en relación con la reserva hídrica de 6.550 hm³ de uso de exclusivo de los aragoneses, regulada en la disposición adicional quinta del Estatuto. Esta disposición adicional es esencialmente trasunto de la Resolución de las Cortes de Aragón, de 30 de junio de 1992, conocida como «el Pacto del Agua» de Aragón. Genuinamente, el Pacto estaba planteando como una compensación por la realización y ejecución de los trasvases de aguas contemplados en el Anteproyecto del Plan Hidrológico Nacional de 1993 o Plan Borrell. La aquiescencia de Aragón se hacía depender de la asunción integral en el Plan Hidrológico Nacional de los objetivos y proyectos recogidos en la resolución, tal y como se hizo constar en la exposición de motivos de la misma. El Gobierno se avino a las exigencias del Pacto, primero al interiorizarlo dentro del Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro en su Anexo IV, aprobado por la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, de 13 de agosto de 1999, y posteriormente incorporándolo en el artículo 36 de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional.

Singularmente, el Pacto iba dirigido, entre otras aspiraciones que se propuso alcanzar, a dar satisfacción a la incompleta aplicación de la Ley de

supeditada a la estricta salvaguarda de los objetivos de protección. De ese modo, como apunta Embid, en realidad el artículo 19.3 del Estatuto viene a consagrar un principio de fidelidad y vigilancia al ordenamiento jurídico. El artículo 19.3 no tiene una naturaleza constitutiva sino enfática. Podría no estar y la Comunidad Autónoma seguiría estando compelida a actuar con los trasvases insostenibles; empero, la singularidad de Aragón conduce a este particular reconocimiento en el Derecho positivo. Actualmente, el artículo 5.F de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón, reproduce esta deber de los poderes públicos aragoneses como uno de los principios básicos de la norma. También, el artículo 11 de la misma Ley insiste en esa misma idea al consagrarlo como un derecho de los aragoneses. Ello introduce un pequeño matiz; los poderes públicos han de procurar que no se lleguen a realizar transferencias insostenibles y además los aragoneses pueden exigir que adopte esa posición pro-activa. Todo sea dicho, lo recoja o no una norma, políticamente es difícil de imaginar a un gobierno aragonés retraído en la cuestión aunque fuera simplemente por el coste electoral que pudiera irrogarse de mantener esa actitud pasiva.

(57) Por contra FANLO LORAS, A. (2007: pp. 334 a 337). Fanlo reputaba inconstitucionales estos apartados por extralimitarse del marco competencial fijado.

Riegos del Alto Aragón de 1915, vieja reivindicación histórica, pendiente en el momento de la aprobación de la Resolución y todavía necesitada hoy, superados los cien años de su promulgación (58), de un desarrollo pleno. La cifra de los 6.550 hm³ que figura en el Estatuto es el resultado del cálculo que se hizo para el Pacto del Agua sumando las necesidades actuales de Aragón (cuantificadas en ese momento en 3.600 hm³), una reserva estratégica para cubrir las necesidades futuras (cifrada en 850 hm³) y la demanda suplementaria derivada de la realización de las obras del Pacto (unos 2.100 hm³).

Resultando evidente la evocación al Pacto del Agua en la disposición adicional quinta, no en vano es citado expresamente, la alusión a los 6.550 hm³ ha adquirido cierta entidad propia junto a otras reivindicaciones de la Resolución de las Cortes de Aragón, de 30 de junio de 1992, razón por la cual ya no puede circunscribirse la disposición adicional quinta exclusivamente al Pacto. La Resolución había respondido a la existencia de una política trasvasista en el seno del Gobierno central, política afortunadamente abandonada en relación a la Cuenca del Ebro con el Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, ratificado por el Congreso de Diputados y convertido en la Ley 11/2005, de 22 de junio. Si la finalidad del Pacto del Agua era resarcir a Aragón por los perjuicios que fueran a ocasionar las transferencias de aguas desde la Cuenca del Ebro, con la renuncia, más relativa que absoluta (59), a llevar a cabo el trasvase del Ebro esta vocación indemnizatoria no podía persistir.

EMBED calificó la disposición adicional como un simple recordatorio de la resolución del Parlamento aragonés (60), a modo de nota pegada en el

(58) Sin entrar a enjuiciar la corrección o no en la actualidad de la Ley de Riesgos de 1915, es claro paradigma de la deficiente cultura legal española consistente en aprobar leyes sin dotarles de una adecuada partida presupuestaria para su ejecución. La norma jurídica siempre atraviesa dos estadios correspondientes a la selección primaria y la selección secundaria. Primero, el legislador escoge positivar un determinado contenido que plasma en la norma jurídica; a continuación, una vez aprobada la ley, la segunda fase radica en proporcionar los medios necesarios para dar cumplimiento a lo previamente fijado en la Ley. Con demasiada frecuencia, no se pasa a la segunda fase o se acude a redacciones ambiciosas a sabiendas de que luego solo podrá aplicarse una pequeña parte. Tolerar el sistemático incumplimiento de las leyes no es un buen pilar sobre el que asentar los cimientos del Estado de Derecho. Convendría corregir esta mala *praxis* regulando con más mesura o siendo consecuentes con lo legislado y actuando con la energía suficiente para garantizar verdaderamente el imperio de la Ley. Reiterar lo dicho, el Derecho no es hogar apropiado para la retórica y la poesía.

(59) Un compromiso cuestionado tiempo después por el mini-trasvase del Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona, solo desistido tras unas lluvias inesperadas que cubrieron la demanda de agua, circunstancia ajena a la voluntad política. También, el reflejo de esta pretensión en los programas o en las declaraciones de algunos partidos políticos muestra que la cuestión no acaba de estar superada aún.

(60) EMBED IRUJO, A. (2007a: pp. 72 a 74).

frigorífico del Estado; una visión de ella bastante atinada aunque habría de matizarse en un extremo. El uso de la palabra «recordar» implica traer al presente algo del pasado, es decir, desde ese planteamiento la disposición adicional quinta sería una ventana al ayer o un remedio para el olvido en relación a una resolución parlamentaria que va tornando lejana con el paso del tiempo; sin embargo, la disposición adicional quinta posee una vertiente con proyección de futuro porque también el Pacto del Agua se encuentra en movimiento.

Por experiencia propia Aragón sabe mejor que nadie el riesgo que entraña la petrificación de las respuestas jurídicas (61), rápidamente quedan obsoletas y finalmente inservibles ante una realidad diferente a la que las engendró. En relación al Pacto del Agua, las Bases de la Política de Agua en Aragón, noción incorporada a partir de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, y mantenida en la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón, además de ser el principal instrumento en la definición de la política aragonesa en aguas, son al mismo tiempo un mecanismo de actualización del Pacto. Aun cuando la disposición adicional quinta no llega en ningún momento a hablar de las Bases, de una lectura conjunta del ordenamiento jurídico aragonés en materia de aguas se puede inferir que la remisión a la Resolución de las Cortes de Aragón, de 30 de junio de 1992, ha de entenderse a su versión revisada y completada por las Bases y no al documento primitivo.

Ciertamente, lo más adecuado hubiera sido redactar la disposición adicional quinta en consonancia con la nueva herramienta que suponían las Bases, de manera similar a lo hecho recientemente en el Real Decreto 129/2014, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Ebro, cuyos artículos mencionan la labor de la Comisión del Agua de Aragón. Al introducirse el envío al Pacto del Agua en las Cortes Generales, la propuesta de las Cortes de Aragón solo cifraba los hm³ de la

(61) DELGADO ECHEVARRÍA, J. (2012: pp. 57 a 61). Dentro de la reconstrucción que hace el profesor Delgado de la historia del Derecho foral aragonés merece prestar atención al periodo que se inició tras los Decretos de Nueva Planta hasta la recuperación de la capacidad legislativa con la Constitución de 1978. Pese a que Felipe V mantuvo la vigencia del Derecho foral en las relaciones entre particulares (lo cual comprendía principalmente los aspectos civiles del derecho aunque también incluyera en ese momento algunos aspectos que hoy incluiríamos dentro del Derecho administrativo) pero al carecer de potestad legislativa, no había posibilidad de renovarlo y se petrificó. El Derecho foral aragonés fue cediendo frente al derecho común que podía actualizarse a la realidad social del momento. Situaciones nuevas que surgían no habían sido contempladas por el derecho foral y por tanto el derecho común se imponía en ellas. E incluso situaciones ya contempladas adquirían nuevos perfiles que derivaba en la necesidad de nuevas respuestas jurídicas que un derecho pétreo no podía satisfacer.

reserva sin vincularla al Pacto, es posible que no tuvieran en debida consideración las novedades internas del Derecho aragonés, más ajenas y distantes para el legislador estatal.

En cualquier caso, no deja de constituir una estampa curiosa cuanto menos que la disposición adicional quinta hable de la Resolución de las Cortes de Aragón, de 30 de junio de 1992, cuando ésta había sido «sustituida» materialmente pocos meses antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, por las Bases de la Política de Agua en Aragón, publicadas en el BOA el 26 de febrero de 2007, por la Orden del Departamento de Medio Ambiente, de 6 de febrero de 2007. Siendo el Estatuto una norma jurídica con vocación de rigidez y permanencia, su complejo proceso de reforma lo atestigua, merece un reproche el legislador estatutario, al margen de otras críticas que pueda merecer por demás defectos presentes en el artículo, por sacar adelante un precepto como la disposición adicional quinta, que ya iba a estar ligeramente desfasado antes si quiera de su entrada en vigor. Tal y como se ha explicado antes, es fácilmente salvable la omisión, pero ello no es óbice para criticar la falta de rigor en su redacción. Una vez se decide incorporar el Pacto del Agua, de una u otra forma, al Estatuto parece pertinente señalar su carácter móvil y dinámico en aras de una interpretación más armónica con el conjunto del Derecho aragonés, so peligro de que pueda entenderse que la alusión al Pacto del Agua se hace al escrito original de la Resolución de las Cortes de Aragón, de 30 de junio de 1992, y no al revisado a la luz de las Bases y el trabajo de la Comisión del Agua de Aragón.

El Pacto del Agua ya había afrontado un cambio de escenario en relación a los presupuestos iniciales que justificaron, a juicio de las Cortes aragonesas, su adopción. El Plan Borrell nunca llegó a consumarse y con el cambio de tendencia en el Gobierno de la Nación se modificó también la perspectiva del Plan Hidrológico Nacional. No obstante, en ese momento, a pesar de haber variado algunas circunstancias, el espíritu del Pacto encajaba con el contexto inaugurado por la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, que seguía pretendiendo el trasvase de la Cuenca del Ebro, aunque fuera bajo un prisma diferente al ideal de la interconexión de las cuencas, perseguido por el anterior Ejecutivo socialista. Por eso mismo no cambia el rumbo, el Plan Hidrológico Nacional continua la estela de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, de 13 de agosto de 1999, y asimila en toda su extensión el Pacto del Agua (62); ésta recepción del Pacto incluye un acicate adicional, establecido al final del apartado 4 del artículo 36, al constituir como objetivo básico a alcanzar por las Administraciones hidráulicas competentes que la mayor parte de las infraestructuras incluidas en la mencionada Resolución se encontrarán terminadas o

(62) FANLO LORAS, A. (2007: pp. 318 a 320).

en ejecución con anterioridad a la efectividad de las transferencias autorizadas por el Plan Hidrológico Nacional.

Mientras hubiera un trasvase en el horizonte las premisas fundamentales del Pacto seguirían vigentes, ergo, en ausencia de uno su sentido teleológico necesariamente había de mutar y así lo hizo. El Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, eliminó el inciso final del artículo 36.4, un paso lógico pues ya no se podía tomar por límite temporal el momento de una transferencia de caudales que nunca iba a tener lugar, y la Ley 11/2005, de 22 de junio, introdujo la Disposición Adicional Decimotercera donde se garantiza que la Comunidad Autónoma de Aragón dispondrá de una reserva de agua suficiente para cubrir las necesidades presentes y futuras en su territorio, tal y como se establece en el Pacto del Agua de Aragón, de junio de 1992. En lo que se refiere al Pacto del Agua, aparentemente ninguna de las normas antes mencionadas incorporaron cambio alguno, justo en ello radica el cambio de paradigma que conllevaban, al menos por parte del Estado. Una vez renunciado al trasvase del Ebro, el Estado podía haber valorado que las cláusulas del Plan Hidrológico Nacional relativas al Pacto del Agua carecían de sentido en el escenario presente y que por tanto podían atemperarse o hasta eliminarse, en cambio, se mantuvieron y hasta quedaron reforzadas desde un plano simbólico o formal.

FANLO LORAS (63) basándose en la ubicación sistemática del artículo 36.4 (programación de inversiones) y en la falta de una cuantificación expresa de la reserva de la disposición adicional decimotercera, concluye que el Plan Hidrológico Nacional garantiza la cobertura de las necesidades hídricas presentes y futuras de Aragón, pero no exactamente los 6.550 hm³ de la Resolución de las Cortes de Aragón, de 30 de junio de 1992; sin embargo, la doble remisión al Pacto del Agua de la disposición adicional decimotercera y el artículo 36.4, en este caso con la enfática expresión de «en toda su extensión», sugieren a mi juicio lo contrario. Por ese motivo, desde mi parecer, la inclusión de la Disposición Adicional Decimotercera es más un apuntalamiento de la reserva en sus estimaciones originales y no una rémora. Con todo, la indeterminación y ambigüedad de la Disposición no hace inverosímil la posición de Fanlo. Sea como fuere, reforzado o solo mantenido, el Pacto del Agua cobra autonomía respecto a la política trasvasista y pierde su naturaleza compensatoria, como se desprende de la actividad legislativa estatal. En paralelo, el legislador aragonés igualmente emancipó el Pacto del Agua de su causa originaria, subsumiéndolo dentro de un enfoque global más amplio y ambicioso de la política de aguas aragonesa (64) en las susodichas Bases de la Política del Agua de Aragón.

(63) FANLO LORAS, A. (2007: pp. 347 a 349).

(64) En el momento de presentar las Bases, el entonces consejero de Medio Ambiente Alfredo Boné las anunció como el libro blanco en materia hidráulica de Aragón.

Durante la tramitación de la Ley Orgánica 5/2007 en las Cortes de Aragón, el grupo de Chunta Aragonesista, el único en no votar a favor de la reforma en las Cortes de Aragón, absteniéndose tanto en la votación del Congreso de los Diputados como en la de las Cortes de Aragón, manifestó sus recelos ante la disposición adicional quinta, que consideraba heredera de la política trasvasista. En una de sus alocuciones ante la cámara (65), el diputado Chesús Bernal expuso claramente ese recelo de Chunta: «y, sobre todo, sobre todo, quiero recordar, es una propuesta del Partido Popular, que hace solo un mes presentó en el Congreso de los Diputados, en el denominado debate sobre el estado de la nación, una propuesta de resolución para recuperar el trasvase del Ebro. ¡Qué bien le va a venir al futuro trasvase del Ebro, qué bien le va a venir la reserva de seis mil quinientos cincuenta hectómetros cúbicos!».

La primera piedra del trasvase del Ebro se había colocado en febrero de 2004, poco meses después el Gobierno socialista presidido por Rodríguez Zapatero eliminaría de raíz el trasvase del Plan Hidrológico Nacional, a través del Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, aunque velozmente los gobiernos de Valencia y Murcia recurrieran ante el Tribunal Constitucional el Real Decreto. Aun hoy buena parte de los partidos políticos de las Comunidades Autónomas demandantes continúan aferrados a la idea de llegar a desarrollar en un futuro el trasvase. Sin entrar en consideraciones políticas, en el momento en que se debatía la reforma del Estatuto de Aragón apenas habían transcurrido dos años desde su abrogación; resulta comprensible que algunos siguieran asociando el Pacto del Agua con el trasvase del Ebro, la resolución original implícitamente hace referencia a él, pero más de ocho años después de la enterada en vigor de la Ley Orgánica 5/2007, con varios cambios de gobierno a las espaldas, a nivel estatal y autonómico, y el trasvase enterrado, no muy profundamente eso sí —cualquier palada de tierra extra no está de más— no hay duda de que la reserva de la disposición adicional quinta responde a una nueva lógica en la política hidráulica de Aragón.

Con esta nueva impronta se plasma la reserva hídrica en la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril. La reserva es ahora una salvaguarda de las necesidades de los aragoneses, y de modo indirecto una proscricción para las transferencias de aguas insostenibles en la Cuenca del Ebro. Es más, a pesar de mantenerse la misma cifra de 6550 hm³, el cálculo se vincula a otros conceptos. El artículo 32.1.F del Real Decreto 129/2014, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro, asigna 4.260 hm³ para usos actuales, lo que supone un incremento de 620 hm³ en comparación a las necesidades previstas

(65) Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón, nº 71, 21 de junio de 2006, Legislatura VI.

en el momento de firmar el Pacto del Agua en 1992 y de 49 hm³ respecto a las estimaciones de las Bases de la Política de Agua en Aragón, 1.440 hm³ para nuevos desarrollos ligados a los planes hidrológicos y 850 hm³ de agua del eje del Ebro para las necesidades de regadío, energéticas, industriales y de abastecimiento de población. Puede comprobarse como la distribución de los hm³ para cada concepto y los mismos conceptos han experimentado variaciones desde la Resolución de las Cortes de Aragón. Aunque rebase el estudio de la reserva estatutaria, como otro de los contenidos fundamentales del Pacto del Agua merece detenerse en el tratamiento que recibe actualmente su listado de obras. El artículo 95.4 integra el elenco de obras dentro del Programa de Medidas del Plan de Demarcación, eso sí con las modificaciones oportunas efectuadas en el marco de actuación de la Comisión del Agua de Aragón. Este matiz del final ilustra el largo recorrido de la Resolución desde su alumbramiento hasta la actualidad, recorrido que impide abordar el Pacto en los mismos términos de 1992, como hemos podido ver, ante un radical cambio de las circunstancias que rodearon su gestación y desarrollo inicial.

Pese a no a materializarse parte de los temores de Chunta, la reserva de los 6550 hm³ no volvió a ser el peaje a pagar por el Estado para conseguir el beneplácito de Aragón en la política de trasvases, otra de sus críticas no iba muy desencaminada. Citando al diputado Fuster Santaliesta (66), «y, lamentablemente, ese respeto a la Constitución que todos aceptamos, todos dimos por bueno como un instrumento de trabajo precisamente para propiciar el acuerdo y el consenso, portavoz del Partido Popular, todos aceptamos no salirnos del marco de la Constitución. ¿Saben cuál es la única propuesta de todas las que hay en este Estatuto que creo que puede vulnerar la Constitución?, no creo, estoy convencido de que la vulnera. Pues es una propuesta introducida, con nuestro voto en contra y con nuestra advertencia en la fase de ponencia, por el Partido Popular: nada más y nada menos que la incorporación de una reserva de caudales, que el Partido Popular sabe perfectamente que no es una competencia de ámbito autonómico. Es una competencia de ámbito estatal, es inconstitucional, es inconstitucional y ustedes serán testigos de las dificultades que van a tener en Madrid para sacarla. Pero, sobre todo, a mí me importa menos que sea constitucional o no, me importa que sea un pretexto que ustedes o un gobierno suyo puedan utilizar para un futuro trasvase». De nuevo, en esta intervención aparece la preocupación, finalmente el transcurso del tiempo ha demostrado que era injustificada, acerca de la posibilidad de que la reserva sirviera de coartada para reanudar el trasvase, sin embargo, lo interesante de su discurso es la acusación de inconstitucionalidad contra la disposición adicional.

(66) Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón, nº 71, 21 de junio de 2006, Legislatura VI.

Con la STC 110/2011, de 22 de junio, en la mano, podría dar la sensación de que la sospecha de inconstitucionalidad relativa a la disposición adicional quinta del Estatuto era infundada, al igual que el resto de inquietudes manifestadas por Chunta durante la discusión parlamentaria. No obstante, hay que tener en consideración que el texto finalmente examinado por el Tribunal Constitucional difería sensiblemente del presentado por las Cortes de Aragón. En su paso por las Cortes Generales, quedó mitigado el posible carácter imperativo de la reserva. La redacción original incidía sobre la necesidad de contar con 6.550 hm³ de uso exclusivo para los aragoneses de cara a dar cumplimiento a los derechos reconocidos en el artículo 19 del Estatuto, huérfana de cualquier referencia al modo en el que habría de garantizarse esa reserva. Por su parte, el enunciado definitivo dentro de una aparente continuidad con la propuesta de las Cortes de Aragón, introduce matices significativos que acaban en buena medida con la ambigüedad de la que hacía gala la propuesta. La reserva hídrica ya no es definida como una necesidad, ni si quiera en el fondo es la protagonista de la disposición.

Tal y como apostilla EMBID (67) es cierto que el precepto recuerda la existencia del Pacto del Agua, pero en la redacción vigente si se trae a colación es más como condicionante en la Planificación Hidrológica de los verdaderos actores principales de la disposición adicional: el principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos y los derechos estatutarios del artículo 19. La primera versión identificaba los 6.550 hm³ como la materialización de estos derechos y principios, señalando expresamente la reserva como la forma en la que habían de llevarse a aplicación. Podríamos decir que la versión definitiva parte de una libertad de medios dentro de la planificación hidrológica. La planificación debe encaminarse a dar cumplimiento al principio de prioridad de aprovechamiento de los recursos hídricos y a los derechos del artículo 19 del Estatuto, pero la reserva ya no es el medio obligatorio para lograr ese objetivo, es un elemento relevante que ha de tomarse debidamente en consideración mas no la misma esencia de esos derechos y la única respuesta a ellos. En puridad, aunque el Plan Hidrológico Nacional y el Plan Hidrológico de la Demarcación del Ebro no previeran exactamente los 6.550 hm³ correspondientes a la reserva en favor de los aragoneses, podría considerarse satisfecha la disposición adicional quinta siempre y cuando la cantidad asignada fuera la suficiente para garantizar la prioridad en el aprovechamiento y la efectividad de los derechos del artículo 19 del Estatuto. Precisamente, este fue uno de los argumentos que adujo la Letrada de las Cortes de Aragón a la hora de defender la constitucionalidad de la disposición adicional quinta, la posibilidad de que la planificación hidrológica estatal fijará una cantidad de hm³ diferente a los 6.550 hm³ sugeridos. En cambio, con la propuesta

(67) EMBID IRUJO, A. (2007b: p. 355) y EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 72 a 74).

de las Cortes de Aragón, una disminución de los hm³ repartidos ya hubiera conllevado la transgresión de su espíritu.

¿Hubiera interpretado igual el Tribunal Constitucional la disposición adicional quinta de haberse conservado el planteamiento genuino de las Cortes de Aragón? Siendo las cosas como fueron, entrar en hipótesis ucrónicas además de implicar un considerable ejercicio de imaginación, apenas aporta ninguna clave al objeto de las presentes reflexiones. Partiendo de la doctrina mantenida en la jurisprudencia constitucional de la interpretación conforme, ya explicada al hilo del artículo 72 del Estatuto, lo más probable es que las conclusiones del Tribunal Constitucional hubieran sido bastante parecidas a las de la STC 110/2011, especialmente cuando se ha venido haciendo una lectura amplia de la interpretación conforme; quizás excesivamente amplia al llegar a tolerar Derecho vacío e ineficaz. Con todo, tampoco puede descartarse absolutamente lo contrario. De lo que no hay duda, es que el proceso de exégesis hubiera sido más alambicado y controvertido de haberse respetado la propuesta de las Cortes aragonesas. La labor del Tribunal Constitucional se vio enormemente facilitada con las modificaciones operadas en las Cortes Generales.

La gran discusión suscitada en torno a la reserva aragonesa giró alrededor de dos interpretaciones. La primera no otorgaba ningún valor vinculante a la disposición adicional quinta mientras que la segunda si que le reputaba un carácter obligatorio, de forma que los 6.550 hm³ de la reserva quedaban sustraídos del régimen de libre disponibilidad dentro de la planificación hidrológica. Más allá de por cual de ellas se decantara cada autor, hubo bastante consenso en cuanto a las consecuencias que acarrearían: la constitucionalidad e inconstitucionalidad correlativamente (68). La gestión de la Cuenca del Ebro como cuenca intercomunitaria es competencia estatal, artículo 149.1.22 CE, teniendo encomendada su gobierno la Confederación Hidrográfica del Ebro. En consecuencia, la determinación de los caudales no puede quedar unilateralmente en manos de una Comunidad Autónoma. Aunque los estatutos de autonomía se aprueben por ley orgánica, requieren del doble concurso de la voluntad autonómica y estatal. Una vez fijados esos caudales en el Estatuto aragonés, las Cortes de Aragón podrían bloquear cualquier intento de reforma del Estatuto, desproviniendo al Estado de un aspecto esencial de su competencia. En ese sentido, reiterar las reflexiones hechas al comentar el artículo 72.2 del Estatuto. Concebir la disposición adicional quinta como un mandato imperativo enervaría de forma impropia la competencia estatal. Asimismo, una reserva a perpetuidad entraría en colisión con los principios que actualmente inspiran el Derecho de aguas español.

(68) EMBID IRUJO, A. (2007a: pp. 72 y 74). EMBID IRUJO, A. (2007b: p. 354 y ss.), y FANLO LORAS, A. (2007: pp. 348 y ss.).

Una posible solución intermedia hubiera sido articular un sistema similar al de la disposición adicional décima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, que excepciona el régimen ordinario de fijación de los caudales ambientales regulado en el artículo 26 de la misma Ley. Pese a ser cuestionable su acomodo con la unidad en la gestión de la cuenca hidrográfica y las atribuciones propias de las confederaciones hidrográficas, el Tribunal Constitucional ha ratificado su constitucionalidad en varias sentencias como las 195/2012, de 31 de octubre, 239/2012 y 240/2012, ambas de 13 de diciembre, y 19/2013, de 31 de enero de 2013. Aun así, ya que en su razonamiento el Tribunal Constitucional imprime a esta fórmula un carácter de excepcional, fundamentado en las particulares circunstancias ecológicas del Delta del Ebro, un modelo más amplio y generalizado como el que exigiría la reserva hídrica hubiera sobrepasado los límites de esa excepcionalidad. Por otro lado, de regularse algo así, el asiento legal apropiado sería el mismo que la disposición adicional décima en la Ley 10/2001, de 5 de julio, y no un Estatuto de Autonomía, que en el mejor de los casos podría ratificar lo ya señalado por la legislación estatal.

Por contra, no vulnera la Constitución la configuración de la disposición adicional quinta como un principio rector que inspire la actuación de los poderes autonómicos. Pese a que formalmente la gestión de la Cuenca del Ebro es indubitadamente una competencia estatal, esta competencia se ejerce de manera coordinada con las Comunidades Autónomas, dentro del peculiar modelo organizativo que constituyen las confederaciones hidrográficas. Recordando la STC 161/1996, de 17 de octubre, la integración en las confederaciones hidrográficas constituye el medio más directo con el que las Comunidades Autónomas para intervenir en la gestión del agua en las cuencas supracomunitarias, por encima de sus propias competencias sectoriales. Así pues, Aragón puede procurar la fijación de la reserva de los 6.550 hm³ dentro de la planificación hidrológica, artículos 42.1.B.C y 43.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, a través de las múltiples vías de participación reconocidas en la legislación estatal.

Al remitir el enunciado final de la disposición adicional la concreción de las asignaciones, inversiones y reservas a la planificación hidrológica, dejando únicamente la reserva de 6.550 hm³ como una recomendación de cara al Estado y un objetivo programático para la Comunidad Autónoma, la sombra de inconstitucionalidad prácticamente quedó disipada, por no decir que se desvaneció del todo. Con ésta perspectiva, en ningún momento la competencia estatal se ve cuestionada y existen destinatarios válidos a los cuales dirigir el mandato: las Cortes de Aragón, la Administración aragonesa y especialmente los representantes aragoneses en la Administración hidráulica del Estado. Puede enjuiciarse la oportunidad de plasmar objetivos políticos en los estatutos de autonomía, algo que parece alejarse de su función natural, o el

escaso contenido jurídico de la disposición, degradada tras las modificaciones sufridas en las Cortes Generales a principio inspirador de la política aragonesa de aguas, pero su legalidad constitucional ya no resultaba discutible, por lo menos desde el plano de la confrontación con las previsiones constitucionales. Asunto diferente es el problema de la excesiva vacuidad que afecta a muchos artículos como éste, si bien a tenor de sentencias como la STC 247/2007 no parece tampoco que hubiera razones para apostar por una inconstitucionalidad de la disposición adicional fundada en el argumento del Derecho ineficaz. Por otro lado, a diferencia de otros artículos controvertidos por ese mismo motivo, no estamos ante una cláusula cuyo cumplimiento dependa enteramente del Estado, Aragón posee cierto margen de maniobra más allá de la titularidad formal de la competencia. En realidad, ni si quiera el Letrado del Gobierno de La Rioja se llega a plantear esta última posibilidad, ampliamente debatida en el seno de la doctrina, al basar su acusación de inconstitucionalidad en el carácter imperativo o no de la reserva.

Por todo ello, no es ninguna sorpresa que el Tribunal Constitucional declarara la constitucionalidad de la disposición adicional quinta del Estatuto de Aragón en su STC 110/2011, de 22 de junio. De hecho, el Tribunal ventila de manera muy sucinta el recurso, algo que tampoco ha de asombrar a la vista de la posición coincidente de la Abogacía del Estado, las Letradas de las Cortes de Aragón y el Letrado del Gobierno de la Rioja. A pesar de representar a la parte recurrente, el Letrado del Gobierno de La Rioja ofrece en su escrito una posible interpretación, similar a la defendida por la Abogacía del Estado y las Letradas de las Cortes de Aragón, desde la que cabe entender como constitucional la disposición adicional quinta. En tanto cuanto, se reconoce la existencia de una interpretación conforme a la Constitución, presentada además en paridad a la inconstitucional, no debería haberse llevado adelante el recurso; el uso preventivo del recurso de inconstitucionalidad es censurado por la propia jurisprudencia constitucional. Reiterando cavilaciones previas, si no puede presumirse de manera sólida que se hará una interpretación contraria a la Constitución, lo prudente es esperar al ulterior desarrollo normativo y si éste efectivamente trasgrede el sistema constitucional será entonces cuando deba acudir ante el Tribunal Constitucional. De lo contrario, nos encontramos frecuentemente ante recursos tan peculiares como el del Gobierno de La Rioja, donde se dan las claves para su posterior desestimación. A la inversa, también resulta censurable el poco celo en adecuar los textos normativos a la Constitución, bajo la idea de que si hay un exceso ya lo enmendará el Tribunal Constitucional. Al final, se está metamorfoseando al Tribunal Constitucional en una cámara más, donde se continua el estudio de los proyectos legislativos estatales y autonómicos.

En conclusión, la reserva de los 6.550 hm³ originariamente vinculada a la política trasvasista del Plan Hidrológico Nacional, adquiere nuevos

contornos con la desaparición del trasvase del Ebro en la hoja de ruta política. La disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón es constitucional (STC 110/2011) siempre y cuando implique simplemente un recordatorio para el Estado y un deber a cargo de los poderes públicos aragoneses, que habrán de velar por la fijación de los caudales correspondientes reserva hídrica de los 6.550 hm³ en la planificación hidrológica, dentro los cauces regulados en la Ley. De ningún modo, so pena de inconstitucionalidad, puede sostenerse la vinculación del Estado a esta reserva, pero en referencia a la Comunidad Autónoma de Aragón si que cabría exigirle a sus instituciones una actitud proactiva para la consecución de este objetivo.

VI. BALANCE GLOBAL

Sintetizando lo explicado, podemos colegir que la actual versión del Estatuto aragonés realiza una defensa mucho más enérgica del agua, sin que eso suponga una ampliación competencial en comparación al texto anterior. A su vez, de este hecho podemos extraer una clara conclusión. El énfasis con el que se habla del agua en el Estatuto deja traslucir la inequívoca voluntad de un mayor autogobierno en la política de aguas, de modo que si esta ambición no se traduce en una profundización de las competencias solo puede encontrar explicación en la propia impotencia o imposibilidad jurídica de la Comunidad Autónoma para ir allende. Hemos alcanzado un punto que podríamos definir como saciedad competencial, donde apenas queda margen para ampliar las competencias autonómicas. El desarrollo continuado de las Comunidades Autónomas ha encontrado su tope en la tercera generación de estatutos. Con razón se ha calificado al Título VIII de la Constitución como oscuro o ambiguo, pero esa oscuridad ha de relativizarse en la actualidad, al ir disipándose paulatinamente por medio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (69). Son muy expresivas las reflexiones de la entonces Presidenta del Tribunal Constitucional María Emilia Casas al presentar la Memoria del Tribunal correspondiente al año 2005; la Presidenta expuso que el Tribunal Constitucional como poder constituyente constituido había ido definiendo la constitución territorial a cada sentencia que dictaba. Diez años más tarde, ya no son veinticinco años de jurisprudencia constitucional sino treinta y cinco, quedando todavía menos resquicios por explorar. Aclarado el Título VIII y prácticamente culminado el proceso de traspaso de competencias del Estado a las comunidades autónomas, el desarrollo autonómico, abierto en su inicio,

(69) GARRONERA MORALES, A y FANLO LORAS, A. (2008: pp. 62 y 63).

ha acabado por colmarse (70). La única forma de continuar ahondando en el autogobierno es la reforma constitucional, cosa distinta es la pertinencia o no de esa reforma, dirección a la que ya se apuntaba durante el proceso de elaboración de los nuevos Estatutos.

En el caso aragonés, varios de los ponentes que pasaron por la Comisión Especial de Estudio para la Profundización y Desarrollo del Autogobierno Aragonés, constituida por el Pleno de las Cortes de Aragón en sesión celebrado durante los días 23 y 24 de mayo de 2002, suscribieron esta tesis. Gráficamente, Enric Angullol Murgadas dijo «no hay que hacerse ilusiones sobre el alcance de la reforma estatutaria sin reforma constitucional». Gurutz Jáuregui Bereciartu apostaba por abrir un debate sobre la reforma constitucional. Igualmente, Carlos Rejón Gieb, responsable de la política autonómica de Izquierda Unida durante esa etapa, era partidario de la reforma constitucional, especialmente, como él mismo remarcó, del Título VIII de la Constitución. Más allá de estos nombres, la mayoría del resto de los ponentes, de un modo u otro, tuvieron presente la reforma constitucional en sus intervenciones. Además, el informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española del año 2006 (71) anunciaba el riesgo que entrañaba la proximidad del techo constitucional con el desarrollo estatutario, estando cercano el momento donde no cupiera continuar avanzando en el desarrollo competencial de las Comunidades Autónomas. Dentro de la doctrina, BARNÉS VÁZQUEZ (72) se expresó en los siguientes términos: «la solución integral y definitiva de estos y otros problemas habría de pasar, pues, por la reforma de la Constitución, antes que por los Estatutos».

En definitiva, la tercera generación de Estatutos de Autonomía jalonó un impasse dentro de la historia autonómica, rompiendo con la inercia mantenida hasta ese momento. En ellos se constata la práctica satisfacción del proceso autonómico, más acusada hoy si cabe. Así pues, la actividad de los parlamentos autonómicos se ve obligada a discurrir por cauces diferentes respecto a aquellos en los que tradicionalmente se ha enmarcado. Escasean las parcelas vírgenes sobre las que elaborar legislación inédita. En ausencia de reforma constitucional y alcanzada la práctica satisfacción del modelo autonómico, debería haberse abierto un nuevo periodo en el que debate del poder autonómico pasará a radicar en la forma de ejercer las competencias, en vez de

(70) Ello explica las características de la tercera generación de Estatutos más enfocada a la forma que al fondo. Intentando emular la estructura de los textos constitucionales, sin que ello tenga especiales repercusiones o cambios.

(71) En lo que respecta al objeto de esta obra, las páginas 136 y ss. son las más interesantes.

(72) BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2004: pp. 99 y ss.).

discutir la titularidad de las mismas (73). Por ese motivo, tal vez las novedades más destacadas en el limitado campo del Derecho de aguas aragonés hayan sido instrumentos tales como las Bases de la Política de Agua en Aragón o el informe preceptivo del artículo 72.3 de la LO 5/2007; técnicas dirigidas a profundizar en la realización concreta de las competencias adquiridas o a cohesionar los títulos estatales y autonómicos cuando se ven afectados entre sí en su aplicación. Mientras se empleen desde la debida lealtad institucional y no con intereses espurios son incorporaciones esencialmente positivas. Las perspectivas de futuro van más en la línea de la cooperación y del autococonocimiento. En conclusión, el horizonte jurídico aragonés en la materia pasa por esta vía o por otras perspectivas del recurso, esencialmente la ambiental, sin que quepa esperar grandes novaciones a cargo del artículo 72.1.A del Estatuto de Autonomía de Aragón, limitado de base por la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 149.1.22 CE.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2010): «El Derecho de aguas en perspectiva europea: la trascendencia de la Directiva Marco de Aguas», en Jorge AGUDO GONZÁLEZ (Coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, 1ª edición, La Ley, Madrid.
- ARRROJO AGUDO, Pedro (2007): «El reto de la racionalidad económica en el regadío de la Cuenca del Ebro», en EMBID, ALBIAC y TORTAJADA (Dirs.), *Gestión del agua en Aragón*, 1ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (2004): «Legislación básica y Estatuto de Autonomía», en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, 1ª edición, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.
- CABEZAS CALVO-RUBIO, Francisco (2006): «El concepto de aguas sobrantes. Una aproximación técnico-jurídica», en *Derecho de Aguas*, 1ª edición, Instituto Euromediterráneo, Murcia.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel y FRANK MACERA, Bernard (2002): *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

(73) Resultan interesantes las reflexiones de MARTÍN REBOLLO, L. (2003: p. 49). «La cuestión principal no es ya cuánto poder más han de asumir las Comunidades Autónomas, sino cuál es el papel del Estado y cómo participan las citadas Comunidades Autónomas en la gobernabilidad general de dicho Estado».

- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel (2006): «Problemas competenciales de la protección medioambiental del agua», en *Derecho de Aguas*, 1ª edición, Fundación Instituto Euromediterráneo del agua, Murcia.
- CASTELLANO PRATS, José. Luis (2005): *Régimen jurídico de los regadíos. Infraestructuras, gestión y aprovechamientos. Especial referencia a Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya (2006): «El derecho humano al agua en el Derecho internacional», en EMBID IRUJO (Dir.), *El derecho al agua*, 1ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio (2010): «Ámbito de aplicación de la Directiva Marco de Aguas», en Jorge AGUDO GONZÁLEZ (Coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, 1ª edición, La Ley, Madrid.
- COLOM PIAZUELO, Eloy (2007): Dominio público hidráulico, en EMBID IRUJO (Dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, 1ª edición, Iustel, Madrid.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1992): *Derecho aguas y medio ambiente*, 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1992.
- DÍAZ-MARTA PINILLA, M.: «Evolución de las políticas hidráulicas españolas desde la ilustración hasta nuestros días», en ARROJO y MARTÍNEZ GIL (Coordinadores), *El agua a debate en la universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1999.
- EMBID IRUJO, Antonio (1993a): «Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica», *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 37, 1993, pp. 37-79.
- (1993b): «Obras hidráulicas de interés general», *Revista de Administración Pública*, nº 138, 1993, pp. 69-105.
- (1995): «Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales», en *Las obras hidráulicas*, 1ª edición, Civitas, Madrid.
- (2006): El derecho al agua en el marco de la evolución del Derecho de Aguas en *El derecho al agua*, EMBID (Dir.), 1ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- (2007a): «Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Agua y territorio*, EMBID (Dir.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- (2007b): «Competencias del Estado y de las comunidades autónomas», en EMBID (Dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, 1ª edición, Madrid.
- (2009): *Informe de España en Gestión del agua y descentralización política*, EMBID (Dir.) y HÖLLING (Coord.), 1ª edición, Thomson Reuters, Cizur Menor.

- (2011): «El derecho a los servicios de agua potable y saneamiento», en EMBID y DOMÍNGUEZ SERRANO (Directores), *La calidad de las aguas y su regulación jurídica (un estudio comparado de la situación de España y México)*, 1ª edición, Lustel, Madrid.
 - (2014): «Sobre la evolución del Derecho público aragonés, algunas reflexiones interesadas», en *Derecho público aragonés*, EMBID (Dir.), 5ª edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014.
- ESCUIN PALOP, Catalina (2007): *Presente y futuro del Derecho de aguas en España*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio (2007): «Obras hidráulicas», en *Diccionario de Derecho de aguas*, EMBID (Dir.), 1ª edición, lustel, Madrid.
- FANLO LORAS, Antonio (1996): *La confederaciones hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*, 1ª edición, Civitas, Madrid.
- (2001): *La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*, Universidad de La Rioja, Logroño.
 - (2007): *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*, 1ª edición, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.
 - (2009): «La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 14, pp. 11-79.
 - (2010), «Las competencias del Estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 183, pp. 309-334.
- FERNANDO PABLO, Marcos M. (2006): «Un régimen jurídico para la fase atmosférica del ciclo hidrológico», en *Derecho de Aguas*, 1ª edición, Instituto Euromediterráneo, Murcia.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2008): «Agua y territorio», en *Informe de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (2009): «El dominio público hidráulico», en BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho Administrativo Parte Especial*, 7ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- GARRIDO CUENCA, Nuria (2007): «Pesca fluvial», en *Diccionario de Derecho de aguas*, EMBID (Dir.), 1ª edición, Madrid.
- GARRONERA MORALES, Ángel y FANLO LORAS, Antonio (2008): *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materia de aguas (a propósito de la propuesta de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha)*, 2ª edición, Instituto Euro-mediterráneo del Agua.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2010): *Derecho ambiental administrativo*, 11ª edición, La Ley, Madrid.

- MARTÍN REBOLLO, Luis (2003): «Sobre los Estatutos de Autonomía y sus pretendidas reformas: algunos recordatorios y otras reflexiones», en *Revista Jurídica de Castilla y León*. Número especial sobre la Reforma de los Estatutos de Autonomía, Valladolid, pp. 33-68.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1997): *Derecho de Aguas*, 1ª edición, Civitas, Madrid.
- (2000): *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, 1ª edición, Civitas, Madrid.
- MARTÍNEZ GIL, Francisco Javier (1997): *El agua a debate. Plan Hidrológico Nacional, Pacto del Agua y Trasvases*, Rolde de estudios aragoneses, Zaragoza.
- (1999): «Nudos gordianos de las políticas del agua en España», en ARROJO y MARTÍNEZ GIL (Coordinadores), *El agua a debate en la universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza.
- MELGAREJO MORENO, Joaquín y MOLINA GIMÉNEZ, Andrés (2012): «La gestión territorial de los recursos hídricos españoles. Tensiones entre las fronteras físicas y administrativas», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 21, pp. 61-124.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo (2010): *Aguas y ordenación en el contexto de la reforma estatutaria*, 1ª edición, Comares, Granada.
- MENEDEZ REXACH, Ángel (1993): «La configuración del dominio público hidráulico», en *Dominio público: aguas y Costas*, CGPJ, Madrid.
- MOREU BALLONGA, José Luis (1996): *Aguas públicas y aguas privadas*, 1ª edición, Bosch, Barcelona.
- (1999): «El marco jurídico de la política hidráulica: claves históricas y diagnóstico», en ARROJO y MARTÍNEZ GIL (Coordinadores), *El agua a debate en la universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (2013): «Concepto del medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ y ALONSO GARCÍA (Directores) y VICENTE MARTÍNEZ (Coord.), *Tratado de Derecho Ambiental*, 1ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- QUINTANA PETRUS, Josep Maria (1992): *Derecho de agua*, Bosch, 2ª edición, Barcelona, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, TOLEDO JAÚDENES Julio y ARRIETA ÁLVAREZ, Carlos (1987): *Comentarios a la Ley de Aguas*, 1ª edición, Civitas, Madrid.
- SALCEGA, Salinas (2006): «El derecho al agua como derecho humano. Contenido normativos y obligaciones de los estados», en EMBID (Dir.), *El derecho al agua*, 1ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- SETUÁIN MENDIA, Beatriz (2002): *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid.

- (2007): «Saneamiento de aguas residuales urbanas», en EMBID (Dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, 1ª edición, Madrid.
 - (2011): «La distribución de competencias sobre calidad de las aguas», en EMBID y DOMÍNGUEZ SERRANO (Directores), *La calidad de las aguas y su regulación jurídica (un estudio comparado de la situación en España y México)*, 1ª edición, Iustel, Madrid.
- TENA PIAZUELO, Vitelio Manuel (2013): «Aguas y medio ambiente», en LÓPEZ RAMÓN y ESCARTÍN ESCUDE (Coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid.

EL PESO DE LA TRADICIÓN SECTORIAL EN EL RÉGIMEN DE LAS OBRAS PÚBLICAS (*)

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

SUMARIO: I. LA «ÉPOCA DORADA» DE LAS OBRAS PÚBLICAS Y LA FORJA DE SU RÉGIMEN ADMINISTRATIVO.– II. EL RADICALISMO LIBERAL CONTRA LAS OBRAS PÚBLICAS.– III. EL DEFINITIVO MARCO CONCEPTUAL DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN LA RESTAURACIÓN.– IV. LAS OBRAS PÚBLICAS, DE LA AUTARQUÍA A LA PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO.– V. PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA Y FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN LA DEMOCRACIA.– VI. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO, MEDIO AMBIENTE Y OBRAS PÚBLICAS.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Exposición sintética de la evolución del Derecho español en materia de obras públicas demostrando la importancia que continúan teniendo los planteamientos sectoriales y estableciendo al mismo tiempo la necesidad de introducir nuevos intereses públicos. La tradición nos ofrece, desde la primera legislación del siglo XIX en la materia, los elementos constitutivos del sector: los aspectos orgánicos proporcionados por el Ministerio de Fomento y el cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, el establecimiento del régimen expropiatorio liberal y sus transformaciones, y la regulación material contenida en la legislación de obras públicas de la Restauración. Esas iniciales características, pese a experimentar quiebras y embates en el período franquista, continúan en buena medida vigentes en el régimen actual de las obras públicas. Sin embargo, en la última época se constatan discutibles prácticas y reformas que han incidido tanto en los procesos de toma de decisión, mediante técnicas de planificación estratégica e ingeniería financiera, como en los nuevos intereses públicos relacionados con la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medio ambiente, cuya efectiva penetración en el sector de las obras públicas ha tratado de limitarse en algunos casos.

Palabras clave: obras públicas en España: evolución, régimen jurídico; obras públicas: concepto y caracteres; planificación del desarrollo y obras públicas; planificación estratégica; financiación de obras públicas.

ABSTRACT: The study presents a synthetic analysis of the evolution of the Spanish legislation on public works with the aim to identify the typical elements of each period.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 18 de abril de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 27 de mayo de 2016.

Departing from the first legislation of the 19th century, the elements that give continuity to the sector are explained. First, the organic aspects provided by the Ministry of Public Works and the body of Civil Engineers. Second, the establishment of a liberal regime for expropriation and its changes. Third, the material regulation in the «Restoration» period which, despite the difficulties, survived until the democracy, without prejudice to the new – and questionable – approaches to strategic planning and financing of public works. Finally, in the recent democratic stage, we can see also the presence, in the Law of the public works, of new public interests related to the urbanism and the protection of the environment.

Key words: public works in Spain: evolution, juridical regime; public works: concept and characters; development planning and public works; strategic planning; financing of public works.

El estudio de las obras públicas puede ser abordado desde muy variadas perspectivas y especialidades a fin de comprender sus distintos aspectos: técnicos, sociales, financieros, jurídicos o históricos, entre otros. Aquí pretendemos considerar la evolución del régimen de las obras públicas en la experiencia española, insertando los datos jurídicos en su contexto político y económico, de manera que pueda entenderse el sentido y alcance de las diferentes regulaciones.

Disponemos de una buena bibliografía de Derecho Administrativo en la materia, existiendo también muy interesantes estudios de Historia Económica e Ingeniería Civil que prestan relevante atención a los cambios legislativos. Ello nos permite ofrecer una síntesis de la evolución del régimen jurídico de las obras públicas en España desde los albores del régimen constitucional hasta el presente. Ciertamente, su historia no se ciñe al período indicado, pues se remonta, al menos, a la época romana (1). Sin embargo, no parece arbitrario

(1) La larga historia de las obras públicas en España cuenta con épocas de apogeo y otras de depresión. Entre las primeras, no pueden dejar de estimarse la profunda y perdurable huella de la romanización o las significativas reacciones renacentista e ilustrada. En el capítulo de las segundas, en cambio, predomina el asombro ante la decadencia que las obras públicas experimentan en las trayectorias medievales y especialmente bajo los Austrias en nuestro Siglo de Oro. Fundamento general de estas afirmaciones puede encontrarse en el clásico estudio de P. ALZOLA (1899: 28). En el mismo, se encuentran detalladas exposiciones de los siguientes aspectos: a) el complejo sistema romano de calzadas, puentes, acueductos, faros y demás obras públicas ejecutadas hasta el siglo IV (*ibidem*: 44-58); b) los progresos alcanzados en esta materia durante el reinado de los Reyes Católicos a la vista del inventario de los caminos construidos y reparados, y de las inversiones en acequias de riego, canales de navegación y alumbrado marítimo entre los siglos XV y XVI (*ib.*: 100-124); y c) el importante impulso proporcionado por la Casa de Borbón en el siglo XVIII, particularmente bajo Carlos III, cuando Floridablanca, Campomanes y otros ilustrados emprenden la construcción de la red de

comenzar nuestro recorrido en el siglo XIX, pues se inicia entonces un impulso de construcción de obras públicas conforme a un régimen jurídico que termina llegando a nuestros tiempos, sin perjuicio de las naturales variaciones impuestas por la sucesión de corrientes de pensamiento, ciclos económicos, presiones sociales y etapas políticas.

La tesis aquí sostenida se resumiría en la idea de que el sector de las obras públicas españolas presenta una continuidad general en los últimos 200 años que se manifiesta particularmente en las sucesivas normas reguladoras. En verdad, no puede dejar de constatarse, a lo largo de esa evolución, junto a períodos de auge y decaimiento de las mismas obras públicas, el surgimiento de elementos nuevos, que paulatinamente han ido incorporándose al acervo normativo como consecuencia de avances técnicos, cambios de criterio económico y otras circunstancias. Sin embargo, pese a la notable sucesión de reformas que ha experimentado nuestro Derecho de las obras públicas, no deja de advertirse la continuidad del sistema, donde tradición y progreso van aunándose para ofrecer las diferentes versiones del mismo, pese a algunos notables retrocesos. Así, tras exponer los elementos que, desde el siglo XIX al presente, dan continuidad al sector de las obras públicas, comprobaremos la tendencia del mismo al aislamiento, de una parte, mediante el alumbramiento de singulares técnicas planificadoras y financieras y, de otra parte, limitando la presencia de los nuevos intereses públicos vinculados a la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección ambiental.

I. LA «ÉPOCA DORADA» DE LAS OBRAS PÚBLICAS Y LA FORJA DE SU RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

En el siglo XIX, la prolongación del Absolutismo conllevó un atraso generalizado en la provisión de infraestructuras. A la muerte de Fernando VII (1833) el país ofrecía la lamentable imagen de una desigual red de caminos de origen romano, unas obras portuarias frágiles y de pequeña escala, y unas escasas obras hidráulicas ejecutadas y mantenidas a ritmos lentos y con impulsos inconstantes (2). En todo caso, las sucesivas guerras internas (Independencia, carlistas) conllevaron destrucción de infraestructuras y equipamientos, además

carreteras principales y caminos transversales, culminando en la depurada crítica del estado de las obras públicas formulada en 1803 por Bethancourt (*ib.*: 321-367). Frente a las fortalezas que representan esas experiencias, en el mismo volumen cabe referir los períodos de decadencia en las obras públicas que suponen la Edad Media, pese a algunas realizaciones del Islam (*ib.*: 59-95), y después los reinados de la Casa de Austria, particularmente en el siglo XVII (*ib.*: 137-295).

(2) Tal es la descripción de A. HERRANZ (2004: 7).

de concentrar, en ellas y en las guerras coloniales, esfuerzos financieros que podían haber tenido más útiles destinos.

En ese panorama, el intenso proceso de renovación política iniciado en la Regencia de María Cristina va a terminar originando las auténticas bases de nuestro sistema de obras públicas, bases mantenidas, como ya hemos indicado, a lo largo de muy diferentes regímenes políticos. ¿Qué había pues detrás de las normas? ¿Qué factores permiten explicar la pervivencia hasta el presente de notables elementos estructurales del régimen general de nuestras obras públicas?

Sin duda, tratando de responder a esas preguntas, cabría hacer referencia a las características de la abrupta orografía patria o de los limitados mercados nacionales, que determinan, aun por encima de los adelantos técnicos, debilidades territoriales persistentes, las cuales probablemente han provocado soluciones parecidas en los regímenes de las obras públicas sucedidos en el tiempo. Igualmente, las tradiciones jurídicas pueden coadyuvar a la persistencia de las regulaciones, que tienden a manifestar las mismas respuestas a pesar de los cambios normativos formalmente producidos.

Sin embargo, no parece que las anteriores circunstancias puedan proporcionar una explicación completa o, al menos, sustancial de la pervivencia del régimen general de nuestras obras públicas. Son más bien elementos organizativos los que proporcionan la ráfaga de aire fresco que inicialmente permitirá implantar las bases de ese régimen y después mantenerlas y renovarlas, convertido ya aquel vientecillo en un eficaz sistema de ventilación permanente.

En efecto, nuestras obras públicas se formaron y desarrollaron en el siglo XIX debido a la actuación del Ministerio de Fomento que, si ciertamente fue una creación ilustrada del Absolutismo, despegó definitivamente como «taller de la prosperidad nacional» en los albores del Liberalismo (3). Y especialmente ha de destacarse el significado que cabe otorgar a la creación, por RD de 30 abril 1835, del cuerpo de Ingenieros Civiles, dividido en la Inspección de

(3) La Secretaría de Estado y del Despacho del Fomento General del Reino fue creada como órgano competente para asuntos interiores a impulsos de López Ballesteros en 1832 («lo tienen ya todas las naciones cultas de Europa»). Sus competencias materiales se detrajeron de las Secretarías de Hacienda, y de Gracia y Justicia: montes, comercio, moneda, minas, policía, correos, caminos, canales, instrucción pública, ganadería... El impulso histórico derivó de la Instrucción a los Subdelegados de Fomento de Javier de Burgos (1833), donde se contenía la conocida caracterización como «taller» del Ministerio, cuyas denominaciones se fueron intercambiando en las sucesivas reformas ministeriales: Gobernación, Administración Interior, Obras Públicas, Fomento. Todo ello sin perjuicio del desgajamiento de sectores como Educación, Trabajo, Agricultura o Comercio. Para todos estos aspectos, véanse ampliamente A. GUAITA (1984) y D. CÚELLAR (2002a y 2002b).

Caminos, Canales y Puertos y la Inspección de Minas (4). Las obras públicas podían así someterse al control del Ministerio, que disponía de personal técnico rigurosamente seleccionado y dotado de prestigio profesional. Probablemente estos elementos permitan explicar, en los albores del régimen liberal, la continuidad de los textos normativos relacionados con las obras públicas incluso en el contexto de importantes cambios políticos y constitucionales.

Vemos pues que la continuidad normativa la proporcionó el elemento personal. La trayectoria española de las obras públicas está determinada, en efecto, por el impulso constante del cuerpo de Caminos, cuyos integrantes han desarrollado las tareas de planificación, proyección y dirección de las infraestructuras básicas que han cambiado las negativas características originarias de nuestro territorio (5). Ciertamente las decisiones finales en materia de obras públicas corresponden a los titulares de las instituciones políticas en activa colaboración, claro está, con los poderes financieros. Ahora bien, sin personal técnico adecuadamente preparado no hubiera habido manera de materializar los impulsos político-económicos (6).

En el plano normativo, la formación del sistema jurídico de las obras públicas puede considerarse iniciada con la Ley de Enajenación Forzosa de 17 julio 1836 (7). Allí se establecieron las formalidades del procedimiento

(4) Los antecedentes del cuerpo de Caminos parecen encontrarse en la Inspección General de Caminos creada por Carlos IV en 1799 bajo la influencia de Agustín de Bethancourt, quien organizó la Escuela del Buen Retiro para formar ingenieros civiles a partir de 1802. Fernando VII cerró dicha Escuela en 1814, que fue restablecida en 1820 durante el Trienio Liberal, al término del cual fue vuelta a cerrar (1823) hasta su definitiva reapertura en 1834. Compruébense los datos en P. ALZOLA (1899: 370-383).

(5) P. ALZOLA (1899: 30) sintetizaba la actuación estatal en la materia durante el período constitucional afirmando que «España ha hecho verdaderos esfuerzos para salir del estado de vergonzoso atraso en que se hallaban sus obras públicas en el primer tercio del siglo XIX», tras lo cual añadía que «en esta empresa de regeneración nacional cabe una parte esencialísima a esa falange de soldados del progreso constituida por los ingenieros del cuerpo de Caminos consagrados al servicio del Estado».

(6) Ha de advertirse en todo caso que no se pretende ofrecer aquí una suerte de historia admirable de esos funcionarios, pues en su trayectoria, como en toda obra humana, no dejan de presentarse interrogantes, claroscuros y aun patentes errores, no todos justificables. No tratamos pues de seres superiores, sino de técnicos que, como ya he dicho, han posibilitado las transformaciones de nuestro territorio, quizá, en lo que constituiría su mayor responsabilidad, en un grado que ha terminado siendo excesivo o poco respetuoso con los valores del equilibrio territorial y la protección del medio ambiente. No obstante, aun asumiendo estas críticas, las competencias profesionales de los ingenieros de caminos seguirán siendo necesarias en la labor de mantenimiento y recuperación de la utilidad del territorio español.

(7) Publicada en *Gaceta de Madrid* de 21 julio 1836. El proyecto de ley se había presentado por el Gobierno moderado de Martínez de la Rosa (RD de 24 octubre 1834), lo que no impidió que fuera aprobado durante el Gobierno progresista de Istúriz, refrendándolo como ministro de la Gobernación el duque de Rivas.

expropiatorio que en buena medida perviven en el régimen vigente (utilidad pública, necesidad de ocupación, justiprecio y pago), aunque entonces la determinación del justiprecio se llevaba a cabo, fijadas las discrepancias entre los peritos de las partes, por medio de un tercer perito designado con garantía judicial. La Ley se aprobó bajo el limitado sistema político del Estatuto Real de 1834, pero pudo ser aplicada pese a los importantes cambios que supusieron la sucesión de las Constituciones de 1812 (restablecida tras el Motín de La Granja de 1836), 1837 (progresista) y 1845 (moderada), así como las diversas etapas políticas, que comprenden la Regencia de María Cristina, la Década Moderada, la Vicalvarada y la Unión Liberal. Como enseguida vamos a ver, si bien la Ley de 1836 fue modificada profundamente en el Sexenio Liberal, que judicializó el sistema expropiatorio, las características iniciales del mecanismo expropiatorio se recuperaron en la Restauración.

En el anterior contexto, la primera regulación general de las obras públicas se contuvo en la Instrucción aprobada por RD de 10 octubre 1845 (8). El concepto de las mismas se refería entonces principalmente a las comunicaciones (camino, canales, puertos, faros y navegación fluvial), aunque comprendiendo también las obras de desecación y, en la fórmula final, «cualesquiera otras construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general» (art. 1). En función de la procedencia de los fondos, se clasificaban en obras del Estado, provinciales y municipales, reconociéndose cierta autonomía a diputaciones y ayuntamientos. Se regularon las modalidades de ejecución: por empresa, por contrata o por administración, estableciéndose reglas claras sobre la documentación necesaria, los procedimientos a seguir, la contabilidad y otros extremos (9). Particularmente significativas eran las atribuciones profesionales de los ingenieros del ramo, que aseguraban la

(8) Publicado con un retraso de 4 meses en *Gaceta de Madrid* de 11 febrero 1846, firmado por el ministro Pedro Pidal.

(9) Las subvenciones eran aludidas muy discretamente en el art. 7 de la Instrucción de 1845 al referirse a las empresas promovidas por particulares cuando «las obras proyectadas exijan considerables sumas que la Administración no se halle en estado de afrontar, pero que puede suplir ventajosamente por medio de *concesiones*». Las *concesiones* equivaldrían aquí o, al menos, incluirían los estímulos que el Estado pactara o comprometiera en las obras públicas a realizar «por empresa» (en terminología moderna, por *concesión* de obra pública, de ahí la posible confusión). En relación con ello, ha de tenerse presente que bastantes obras públicas, como los ferrocarriles, no podían financiarse por el escasamente desarrollado mercado nacional, que no generaba suficientes usuarios; de ahí la necesidad de la cooperación financiera del Estado que, en muchos casos, se canalizó mediante subvenciones para la ejecución de infraestructuras con arreglo a criterios de equilibrio territorial. Como es sabido, la esperanza económica (o recaudadora) del poder público en estos supuestos se difiere al futuro, confiando en que la disponibilidad de infraestructuras contribuya al desarrollo y a la formación de riqueza susceptible de tributación, que sería así la forma de recuperar la inversión pública.

proyección y ejecución de las obras estatales, y la inspección y supervisión de las restantes obras públicas (10). En todo caso, la Instrucción, que fue aprobada y aplicada durante la vigencia de la Constitución de 1845 y tras la importante puesta en marcha de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Leyes de 2 y 6 abril 1845), también adelantaba su modernidad, como puede advertirse en el paralelismo entre los modos de ejecución entonces regulados y las modernas figuras de la concesión, el contrato y la ejecución directa de obras públicas, o también en el explícito reconocimiento de la competencia de la nueva Jurisdicción para conocer de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las obras públicas (11).

Desde los puntos de partida que suponen las normas anteriores, específicos sectores fueron objeto de nuevas regulaciones: en la Década Moderada, las obras hidráulicas (RO de 14 marzo 1846), el alumbrado marítimo (RD 13 septiembre 1847) y las carreteras (Ley de 7 mayo 1851); en el Bienio Progresista, los ferrocarriles (Ley de 3 junio 1855); y finalmente, de nuevo con el Partido Moderado en el poder, se reformó el régimen de las carreteras (Ley de 22 julio 1857).

Con tan completo equipamiento normativo, se produjo un tremendo auge de las obras públicas, que entraron en la llamada «época dorada». Especialmente las carreteras, que absorbieron casi la mitad de las previsiones presupuestarias de la época, llegando a aprobarse no el plan general de carreteras que se preveía en la Ley de 1857, pero sí los catálogos de carreteras de 1860 y 1864, indicativos del importante esfuerzo técnico y financiero que se estaba desarrollando. También los ferrocarriles, una vez asentado su régimen jurídico general en la Ley de 1855, experimentaron un notable crecimiento manifestado en nuevas concesiones que incrementaron la inversión privada hasta llegar a la crisis de 1866, cuando las sobrevaloradas acciones de las compañías ferroviarias se desplomaron arrastrando a bancos y sociedades de crédito (12).

(10) Para E. FRAX (1996: 517), si bien en la Instrucción de 1845 no se prescindía de la iniciativa privada, se estableció un adecuado control administrativo a través de la Dirección General y el cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos con el objetivo de evitar «proyectos quiméricos».

(11) Ambos aspectos, paralelismo en las formas de ejecución y competencia contencioso-administrativa, fueron identificados por R. GALÁN (2004: 28-29), quien destacaba la influencia de la Instrucción de 1845 en la doctrina española de Derecho Administrativo, como ya había puesto de relieve L. MARTÍN-RETORTILLO (1998: 90) al constatar que, en la clásica exposición de M. COLMEIRO (1876: 60-64), se reproducían varios artículos de la Instrucción.

(12) Compruébense estos datos, junto con otros, en D. CUÉLLAR (2002a: 49-62).

II. EL RADICALISMO LIBERAL CONTRA LAS OBRAS PÚBLICAS

El triunfo de la Revolución de 1868 supuso la adopción de principios radicalmente diferentes a los que hasta entonces habían dominado —y unos años después habían de recuperarse— sobre las obras públicas. Los notables cambios normativos se establecieron en el Decreto de 14 noviembre 1868 por el que se aprobaban las Bases Generales para la Nueva Legislación de Obras Públicas (13).

Se trata de una magnífica pieza literaria, especialmente el preámbulo, forjada desde las más profundas creencias del liberalismo económico y político. Se supone, así, que las obras públicas «progresan con la libertad», de manera que «en la industria privada y en la asociación libre estriban su porvenir y su engrandecimiento», conforme al ideal del Estado que «no hace ya, no impide que los demás hagan y se conserva neutral para mantener derechos y administrar a todos recta e imparcial justicia». Únicamente por apreciar que se estaba en una época de transición hacia ese deseable horizonte de pleno abstencionismo del poder público, llegó a admitirse, de acuerdo con lo que se consideraba la opinión pública dominante, que el Estado construyera obras, «pero solo en un caso: cuando una necesidad imperiosa, general, plenamente demostrada lo justifique, y la industria privada no pueda acometer tal empresa».

En realidad, las Bases de 1868 no llegaron a establecer lo que ellas mismas denominaban «el radicalismo en toda su pureza», pues la libertad para realizar obras públicas sólo se daba cuando no fuera preciso ni el uso del dominio público ni la ventaja de la expropiación forzosa de propiedades privadas, ni el amparo del poder unitario del Estado (14). Un supuesto de libertad de empresa, en verdad, poco probable, ya que se reducía al caso de «cualquier persona que por sí, y sin intervención del Estado, adquiera los

(13) Publicado en *Gaceta de Madrid* de 15 noviembre 1868. El Decreto va firmado por el ministro de Fomento M. Ruiz Zorrilla, aunque su vibrante redacción viene atribuyéndose a la pluma del director general de Obras Públicas J. Echegaray (ingeniero de caminos, canales y puertos, e insigne matemático y escritor que obtuvo el Premio Nobel de Literatura de 1904). Por Ley de 20 agosto 1873 se reiteró la vigencia de las Bases de 1868.

(14) El dominio público objeto de atención en las Bases de Obras Públicas de 1868 parecía identificarse con «las cosas no poseídas por los particulares», formulación muy amplia que incluiría los bienes mostrencos; sin embargo, en el mismo texto los ejemplos concretos de bienes de dominio público únicamente se referían a los ríos y las costas. La expropiación se aceptaba con sus características de potestad administrativa conforme a la Ley de Enajenación Forzosa de 1836 entonces vigente, pero advirtiendo que quedaba pendiente el problema de su exacta definición y alcance, planteamiento que, en el mismo Sexenio, determinaría la judicialización del procedimiento expropiatorio. Finalmente, la referencia al poder unitario del Estado derivaba de la limitada libertad reconocida a municipios y provincias, que resultaban equiparados a los particulares, pues únicamente al Estado se reconocía la potestad expropiatoria o la de autorizar utilidades del dominio público.

elementos indispensables para construir una carretera, un ferrocarril, un canal, elementos entre los que se halla la zona necesaria para establecer la obra». El «radicalismo» se advierte, en cambio, en muchas de las medidas concretas establecidas: libertad tarifaria (arts. 1 y 2), supresión general de los controles técnico-administrativos sobre el «sistema de construcción» (art. 3), llegando a proclamarse en el preámbulo la plena libertad profesional («tienen cabida todos los ingenieros libres, posean o no título profesional»), otorgamiento de las concesiones de obras públicas «sin pública licitación y a perpetuidad» (art. 5), prohibición general de subvenciones (art. 9) y estricto principio de subsidiariedad del Estado con respecto a la iniciativa privada (art. 14).

Los planteamientos liberalizadores alcanzaron especialmente a la explotación y a la red de carreteras estatales. Así, la primera dejó de ser una potestad administrativa, procediéndose a su judicialización (Decreto de 11 agosto 1869) (15). La segunda experimentó una merma considerable al acordarse el abandono por el Estado de unos 2.500 km de carreteras consideradas paralelas o coincidentes con vías férreas, operación que no era sino una directa aplicación de los principios privatizadores de las Bases de 1868 (Orden de 7 abril 1870).

Pocos productos normativos de nuestra historia parecen haber recibido la coincidente valoración negativa de la doctrina de aquella época y de la actual. Reacción doctrinal que quizá no sería aventurado valorar como parte de nuestra tradición jurídica en materia de obras públicas.

Y en efecto, salvado un inicial «caluroso aplauso» tributado a las Bases de 1868 en un artículo editorial de la Revista de Obras Públicas (1868: 269), en sucesivos números de este fundamental órgano vinculado a Fomento y al cuerpo de Caminos, encontramos primero silencio y, ya en la cercanía de la Restauración, ásperas denuncias de «vaguedad» e «incongruencia» (J. N. de P., 1874: 29), decididas críticas a su falta de realismo, con detenido rechazo del principio de libertad de las obras públicas (R. YAGÜE, 1874a: 49-50), así como de las consecuencias de la particular aplicación de tal principio en el lamentable episodio del abandono de las carreteras estatales (R. YAGÜE, 1874b: 63-65). En plena época de la Restauración, se resaltaba que la reforma de 1868 «no correspondió a las magníficas esperanzas del Gobierno, que se hizo la ilusión de regenerar el mundo con sólo invocar la mágica palabra libertad» (M. COLMEIRO, 1876: 64), asegurándose también, a la vista de las inexactitudes históricas y argumentales del preámbulo de aquellas Bases, que

(15) Ya en la Constitución de 1869 se había procedido a la judicialización indicada al establecerse en su art. 14 que «nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado».

«el tiempo, gran maestro de verdades, se ha encargado de deshacer aquel castillo de naipes» (P. ALZOLA, 1899: 475).

Más recientemente, la doctrina no ha dejado de constatar que la destacada opción por la iniciativa privada en el Sexenio supuso decantarse por las obras públicas de mayor y más rápida rentabilidad con paralelo abandono de los sectores no rentables inmediatamente, «en la práctica con consecuencias desastrosas que se prolongan incluso durante muchos años» (L. MARTÍN-RETORTILLO, 1969: 30); planteamiento revolucionario que es valorado como «una brusca rectificación de la línea expansiva que caracterizó la etapa precedente» (T.R. FERNÁNDEZ, 1983: 2442), siendo tachado de «voluntarismo liberal» (E. FRAX, 1996: 518) y también de «ultraliberal», insistiendo en que tuvo «consecuencias desastrosas» (D. CUÉLLAR, 2002a: 62) y afirmándose también que implicó «un giro de 180 grados en relación con las obras públicas promovidas por el Estado» al concebirse la competencia estatal de «naturaleza subsidiaria a la actividad privada» (R. GALÁN, 2004: 53).

III. EL DEFINITIVO MARCO CONCEPTUAL DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN LA RESTAURACIÓN

En los inicios de la Restauración se llevó a cabo un intenso proceso de regulación de las obras públicas a partir de las bases aprobadas por las Cortes en la Ley de 29 diciembre 1876, que dio lugar a diversos textos articulados aprobados por el Gobierno. El primero de ellos contuvo la denominada Ley General de Obras Públicas de 13 abril 1877, donde se recuperaron y expandieron los principios de la Instrucción de 1845, formando al mismo tiempo el conjunto de disposiciones de más larga vigencia en la materia pues todavía se considera parcialmente en vigor (16).

El concepto de obra pública experimentó ampliaciones significativas (art. 1). De una parte, se incluyeron las obras «de general uso y aprovechamiento», que abarcaban, además de los medios de comunicación terrestre y marítima, las obras hidráulicas muy ampliamente, llegando hasta «los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas». De otra parte,

(16) Publicada en *Gaceta de Madrid* de 15 abril 1877. Va firmada por el ministro de Fomento F. Queipo de Llano. A pesar de la obsolescencia de algunos de sus contenidos normativos, todavía se considera en vigor como parece demostrar la circunstancia de que los arts. 53 a 105 y 111 de la Ley de 1877 fueran explícitamente derogados por la Ley 13/2003, de 23 mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Los otros textos articulados conforme a la Ley de bases de 29 diciembre 1876 fueron la Ley de Carreteras de 4 mayo 1877, la Ley de Ferrocarriles de 23 noviembre 1877, la Ley de Aguas de 10 enero 1879 y la Ley de Puertos de 7 mayo 1880. Un completo conjunto normativo cuya vigencia, ley por ley, se mantuvo durante largo tiempo.

se comprendían también como obras públicas «las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos», con una expresión que parecía anunciar el amplio concepto de servicio público determinante de la demanialidad, junto al uso público, en el Código Civil de 1889 (art. 339) (17).

El nuevo régimen recuperó las competencias de dirección facultativa y vigilancia del cuerpo de Caminos (arts. 16, 18 y 30), sustituyó la perpetuidad de las concesiones de obras públicas por el plazo máximo de 99 años (arts. 55 y 75), generalizó los supuestos de subasta (arts. 63 y 79), recondujo el principio de libertad a las obras de interés privado que no afectaran al dominio público ni requirieran expropiación (art. 52) y recuperó ampliamente la posibilidad de obras subvencionadas con fondos públicos (art. 74) .

En todo caso, la gran novedad de la Ley de 1877 fue la planificación de las obras públicas. Como ya puso de relieve S. MARTÍN-RETORTILLO (1966: 45-46), en esta ley se asumió un concepto de plan «intenso y complejo», conformador del «núcleo vertebrador de la regulación» de las obras públicas, pues implicaba «la ordenación obligatoria de conductas que ulteriormente han de realizarse», de manera que «sólo las obras incluidas en los planes pueden ser ejecutadas por el Estado» como «resultado de la justa ponderación de necesidades y medios que todo plan supone» e introduciendo, a través de las leyes de aprobación de los planes generales de obras estatales, «la intervención fiscalizadora del parlamento en la actuación del poder ejecutivo».

Se estableció, en efecto, el principio de la completa planificación general de las obras del Estado, no necesariamente de un plan único, pues la Ley hablaba de «los planes generales de las obras públicas que hayan de ser costeadas por el Estado», planes que habían de originar «los respectivos proyectos de ley en que aquéllas se determinen y clasifiquen por su orden de preferencia» (art. 20), previéndose en garantía de la planificación que «no podrá incluirse en los presupuestos generales del Estado partida alguna para obras públicas que no se halle comprendida en los planes» (art. 22).

El sector de las carreteras parecía particularmente apto para asumir el principio planificador y efectivamente así se previó en la Ley de Carreteras de 4 mayo 1877 (art. 8), aprobándose el Plan de Carreteras Generales por Ley de 11 julio 1877. No obstante, la introducción de modificaciones en dicho Plan suscitó problemas al confluir dos regulaciones diferentes: así, mientras en la Ley de Carreteras se establecía un procedimiento para solicitar al ministro de Fomento la presentación del oportuno proyecto de ley de modificación del Plan (art. 10), en cambio, en el mismo Plan (aprobado por una ley posterior), las modificaciones se sujetaban a un procedimiento que

(17) Véase en tal sentido S. ROSADO (1988: 244-246).

terminaba resolviéndose por real decreto (art. adicional). La confusión derivada de la coexistencia de procedimientos legislativos y administrativos, ambos de iniciativa gubernamental, para introducir cambios en la planificación de carreteras, parece haber derivado, a partir de 1883, en la libre admisión de la iniciativa parlamentaria, que hasta entonces se había contenido por la exigencia de la conformidad del ministro de Fomento para la tramitación de los respectivos proyectos de ley.

Relata P. ALZOLA (1899: 504-506) que todos los intentos de frenar la inclusión de las llamadas «carreteras parlamentarias» fallaron, pues «tirando por el atajo y resolviendo las Cortes de plano sin examen técnico ni estudio de ninguna clase» se incluyeron en el Plan de Carreteras Generales cientos de nuevas carreteras: solo en 1895-1896 fueron aprobadas 313 leyes para incorporar a la red estatal 7.032 km (18).

El rearme jurídico de las obras públicas vino acompañado de la aprobación de la nueva Ley de Expropiación Forzosa de 10 enero 1879 (19). En ella se recuperaba la potestad expropiatoria administrativa conforme al modelo de la Ley de 1836, en una regulación ciertamente de mayor detalle, pero sin apartarse de las líneas maestras ya establecidas, que tanto coinciden, por otra parte, con el régimen expropiatorio vigente.

El desarrollo de instituciones esenciales de nuestro Derecho Administrativo al calor de la legislación de obras públicas de la Restauración es cuestión ampliamente resaltada en la doctrina (20). Concesión, subvención, expropiación, dominio público y servicio público constituyeron las piezas del engranaje formado para posibilitar la realización masiva de las obras públicas. Así, la concesión de obra pública, cuya regulación ocupaba la mayor parte de la nueva legislación, había de suplir las debilidades financieras de la Hacienda

(18) Puede consultarse también el completo preámbulo del RD de 25 enero 1901 (publicado en *Gaceta de Madrid*, núm. 26, de 26 enero 1901), que firma el ministro de Agricultura, Industria y Comercio J. Sánchez de Toca y constituye uno de los más decididos intentos de reconducir en esta materia los efectos del viciado sistema parlamentario de la Restauración. No obstante, conviene también tener en cuenta que las «carreteras parlamentarias» obedecían probablemente a las presiones de un electorado deseoso de recibir los beneficios del progreso.

(19) Publicada en *Gaceta de Madrid*, núm. 12, de 12 enero 1879, que firma el ministro de Fomento F. Queipo de Llano. Téngase presente que ya antes el RD de 3 febrero 1877 había anulado el Decreto de 12 agosto 1869 (relativo a la judicialización de la potestad expropiatoria) por considerar que su contenido iba contra el art. 10 de la Constitución de 1876 («nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización»). Sobre la LEF de 1879, con especial atención a su aplicación para la construcción de carreteras, véase D. Fernández de Gatta (2010: 31-39).

(20) Véanse, entre otros, T.R. FERNÁNDEZ (1983: 2429-2438), L. MARTÍN-RETORTILLO (1998: 94) y R. GALÁN (2004: 15-25).

Pública al permitir canalizar la inversión privada a la realización de las infraestructuras con la adecuada rentabilidad que había de producir el uso de las mismas (21). No obstante, el esencial beneficio de los concesionarios —sin el cual el sistema no puede funcionar— ha de ser completado, cuando las obras públicas no obedecen a criterios estrictamente económicos, por medio de la subvención, que convenientemente inserta en el pliego concesional, se recuperó también en la legislación que examinamos. En todo caso, la ejecución de las grandes obras públicas precisaba del mecanismo expropiatorio y de la ocupación de bienes de dominio público con independencia de la fórmula empleada (contrata, empresa o administración), manifestándose escasamente trascendente la posibilidad opuesta que había sido enfatizada en la legislación revolucionaria. Finalmente, la misma obra pública construida, al destinarse a un uso o servicio público, se integraba en el dominio público conforme a la fórmula que se podía atisbar en la legislación de 1877 y que quedó claramente definida en el Código Civil de 1889.

Sobre ese armazón jurídico se va a desenvolver la dotación de infraestructuras en nuestro país prácticamente hasta la Guerra Civil y aun ulteriormente. No obstante, las diferentes corrientes de pensamiento dominantes en las sucesivas etapas históricas ejercieron su influencia en la materia. Así sucedió con el movimiento regeneracionista, que bajo la poderosa guía de J. Costa impulsó la modernización y el progreso económico y social, particularmente a través de la asunción por el Estado del amplio programa de obras hidráulicas que puso en marcha la Ley de 7 julio 1911, firmada por el también regeneracionista R. Gasset.

Las estructuras administrativas de Fomento (con esa u otra denominación) y el aporte técnico del cuerpo de Caminos siguieron siendo los elementos que dotaron de continuidad a nuestro sistema de obras públicas, ya consolidado en la legislación adoptada en los inicios de la Restauración. Lo comprobamos cuando la Dictadura de Primo de Rivera —el autoproclamado «cirujano de hierro» tras apropiarse del imaginario costista— tomó la senda de la construcción de obras públicas, logrando un notable incremento de inversiones en carreteras, obras hidráulicas y puertos (22). Son las mismas estructuras que se emplearán

(21) La evolución del régimen jurídico de las concesiones de obras públicas a iniciativa particular se encuentra detenidamente estudiada en A. CASARES (2007: 34-78).

(22) La valoración del significado económico de la Dictadura de Primo de Rivera ha provocado una importante polémica entre los historiadores de la Economía de la que da cuenta A. HERRANZ (2004: 107-108), autor que estima producidos los «efectos hacia atrás», esto es la generación de demanda de producción en diversos sectores que resultaron potenciados (maquinaria, siderurgia, cemento), aunque no sólo como consecuencia de la directa inversión en obra pública, sino también mediante la creación de un contexto favorable para la inversión privada en infraestructuras. En la historiografía general, se advierte el mismo tipo de discrepancias: así G. BRENAN (1962: 63) achaca el éxito inicial del régimen a su coincidencia con el *boom*

en la Segunda República para promover las obras públicas, sin perjuicio de que se experimentara durante ella una sensible variación en el fundamento político de su impulso, que se vinculó a la lucha contra el desempleo (23).

Es esa gran continuidad de fondo en las regulaciones la que permitirá al economista A. HERRANZ (2004: 6-8) plantear la dotación de infraestructuras españolas en el período 1844-1935, que no se corresponde con ninguna de las épocas histórico-políticas generalmente aceptadas: Década Moderada, Sexenio Revolucionario, Restauración, Dictadura de Primo, Segunda República. Sostiene el autor citado que, a lo largo de esos casi cien años, cambia notablemente el escenario de país profundamente deprimido que había dejado el Absolutismo y particularmente la Primera Guerra Carlista; así, encontramos una verdadera red de carreteras de macadam (de 8.324 km en 1855 a 70.532 km en 1935), un amplio sistema ferroviario que estaba revolucionando los modos y tiempos del transporte tradicional, un conjunto portuario más complejo y eficaz, y diversos embalses y canales de riego, así como unas apreciables redes de telecomunicaciones (teléfono y telégrafo) y de distribución de suministros de agua y luz en las ciudades. El valor neto de las inversiones en obras públicas se multiplicó por 32 de 1844 a 1935, de manera —concluye nuestro autor (*ibidem*: 113)— que, en vísperas de la Guerra Civil, «España contaba, aparentemente, con una dotación de infraestructuras relativamente aceptable según los estándares internacionales».

IV. LAS OBRAS PÚBLICAS, DE LA AUTARQUÍA A LA PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO

La ruptura con la anterior trayectoria se produjo con la Guerra Civil, que supuso la destrucción completa de las infraestructuras existentes y el hun-

mundial (precios altos, dinero barato y mercados en expansión), vinculando la «prematura decadencia» del mismo al exceso de gastos en obras públicas y al incompetente manejo de las finanzas; en cambio, R. CARR (1969: 558), al referirse a la expansión económica del período, considera que «la modernización y la prosperidad no fueron del todo 'falsas', como afirmaba la oposición, ni fueron tampoco simple reflejo de una expansión internacional por la que el régimen carecería de todo mérito», de manera que «mientras perduró la expansión, la Dictadura se benefició políticamente de ella»; aunque destaca también el autor que «no fue el colapso de la prosperidad lo que en 1929 produjo la caída del régimen: el fracaso fundamental fue un fracaso político», dado que «el régimen no podía hacerse aceptable para las fuerzas que pesaban en la sociedad española».

(23) El predominio de la orientación social en las inversiones públicas durante la Segunda República parece ha de relacionarse con el estancamiento de la producción industrial; véase A. HERRANZ (2004: 108). No obstante, cabe resaltar el particular impulso dado a la política hidráulica por I. Prieto desde el Ministerio de Fomento, de modo que si la capacidad embalsada en 1931 era de 1.695 hm³, en 1935 ascendía a 3.896 hm³.

dimiento económico del país. En el subsiguiente período de la autarquía, se pretendió no depender de otros países, política de autosuficiencia que fue aplicada en un contexto de reconstrucción general del territorio, aunque la falta de materias primas y el inmovilismo de la inversión privada determinaron un mermado campo de actuación. El fracaso general del período determinó la involución a parámetros económicos inferiores a los que se habían alcanzado antes del conflicto.

Dentro de los ideales autárquicos, un papel fundamental se atribuía a las obras públicas, que habrían de generar riqueza durante su construcción y posteriormente en su explotación. La piedra angular del sistema aplicado a tal fin continuó siendo el Ministerio de Obras Públicas como heredero del de Fomento, de la misma manera que continuó aplicándose el sistema jurídico establecido en la Restauración. Así, por Leyes de 11 abril 1939 y 18 abril 1941, se aprobó el Plan General de Obras Públicas, que comprendía carreteras, y obras hidráulicas y portuarias. No obstante, el acervo jurídico de las obras públicas se incrementó con el impulso de las obras de colonización de grandes zonas (Ley de 26 diciembre 1939), la definitiva nacionalización de los ferrocarriles derivada de la creación de RENFE (Ley de 24 enero 1941), la previsión de auxilios financieros para los puertos (Ley de 17 julio 1947) o la puesta en marcha del conjunto de actuaciones de modernización de las carreteras (Ley de 18 diciembre 1950). (24)

En todo caso, parece que la más trascendente aportación normativa del período autárquico, ya en sus postrimerías y dentro del movimiento de renovación administrativa que se inició en torno a 1950, fue la Ley de Expropiación Forzosa de 16 diciembre 1954, que todavía se encuentra en vigor (25). En ella se introdujeron importantes novedades como las siguientes: *a)* se estableció un amplio concepto de expropiación forzosa llamado a tener especiales consecuencias en relación con los supuestos de ablación administrativa de derechos patrimoniales; *b)* se generalizó plenamente la potestad expropiatoria de los entes públicos de carácter territorial (Estado, provincias y municipios); *c)* se formalizó el estatuto jurídico del beneficiario de la expropiación; *d)* se intentaron racionalizar los justiprecios poniéndolos en relación con las valoraciones tributarias y sustituyendo el sistema del tercer perito por los jurados de composición participativa; y *e)* se adoptó un generoso concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cerrando el círculo de la garantía patrimonial del administrado.

(24) Véase ampliamente el completo trabajo sobre la autarquía (1939-1959) de O. MACÍAS (2002: 150 ss.).

(25) Sobre la LEF de 1954 en su contexto histórico y particulares referencias a su aplicación en materia de carreteras, véase D. FERNÁNDEZ DE GATTA (2010: 39-44).

Un lugar asimismo destacado ha de otorgarse al surgimiento y consolidación de la figura del contrato administrativo en la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963, que amplió notablemente los planteamientos tradicionales en la materia (26). Vino así a ofrecerse un completo régimen jurídico en torno al contrato de obras públicas, que asumió el papel de modelo normativo de la contratación administrativa. El nuevo régimen comprendía no sólo las reglas de adjudicación, sino también las fases de gestación, ejecución y conclusión del contrato, opción que determinaría renovadas dudas y polémicas sobre la naturaleza jurídica de los contratos administrativos (27). Sin entrar ahora en esa espinosa cuestión, lo que sí cabe constatar es que los privilegios administrativos fueron potenciados y ampliados, incluso en la fase de adjudicación mediante la generalización de la fórmula del concurso-subasta frente al anterior dominio de la subasta.

Las nuevas condiciones económicas más favorables se pusieron de manifiesto en el impulso dado a las obras de construcción y mejora de carreteras en el Plan General de Carreteras 1962-1977 aprobado por Ley 90/1961, de 23 diciembre. Pero, especialmente, las obras públicas van a resultar promovidas como consecuencia de su integración en las previsiones de la planificación económica general aplicada en el período 1964-1975. Así, los Programas de Inversiones Públicas de los tres Planes de Desarrollo Económico y Social se centraron en las obras de comunicaciones, urbanización residencial y regadíos (28).

Como puede verse, de esta manera se producía la confluencia de dos planificaciones en relación con la misma materia. Y detrás de los diferentes planes no se olvide que estaban distintos ministerios y colectivos de funcionarios,

(26) Ley 198/1963, de 28 diciembre, de Bases de Contratos del Estado (BOE, de 31 diciembre 1963), en cuyo desarrollo se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado por Decreto 923/1965, de 8 abril. Con anterioridad, la legislación general en la materia se limitaba a reglas prácticamente limitadas a los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras y servicios públicos, que se contenían en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 julio 1911 (arts. 47-66), así como el conjunto de normas de aplicación subsidiaria a cada contrato, que se establecieron principalmente en el Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas aprobado por RD de 13 marzo 1903.

(27) Así se advertía en el mismo preámbulo de la Ley de Bases de 1963, pues el legislador, pese a aceptar formalmente «la innegable sustancia contractual alrededor de la cual se montan las especialidades derivadas de las prerrogativas de la Administración», no dejaba de subrayar «la sumisión preferente al Derecho Administrativo» como característica normativa que otorgaba a estos contratos «su perfil institucional», llegando finalmente a concebirlas como «categoría independiente con alejadas raíces en el Derecho Privado de obligaciones».

(28) Sobre las inversiones públicas en los tres Planes de Desarrollo, véase R. ALSINA (1987: 541-562).

es decir, aunque suponga cierta simplificación, Fomento e ingenieros por un lado y Planificación del Desarrollo y economistas por otro.

Ciertamente, tratando de reducir los supuestos de conflicto, los contenidos del plan de carreteras hubieran podido considerarse más vinculados a los aspectos técnicos de las obras públicas y los del plan de desarrollo más ligados a las cuestiones propiamente financieras. Sin embargo, esa tendencia distintiva de cada tipo de plan no llevaba a hacerlos necesariamente compatibles, pues ambos habían de referir sus contenidos decisorios a planteamientos geográficos o territoriales que justificaran la inversión pública. La consecuencia de ello estribaba en la posibilidad de que fundamentos del mismo género y rango entraran en conflicto en relación con obras públicas determinadas, unos en aplicación del plan sectorial y otros en virtud del plan económico, propiciando actuaciones divergentes o, al menos, tensiones aplicativas.

Ha de subrayarse que estamos ante un problema teórico de calado, pues los valores que incorpora toda planificación casan mal con las soluciones del tipo norma posterior, especial o competente que solemos aplicar para los conflictos de leyes. La planificación administrativa debe obedecer siempre al objetivo de racionalizar la acción pública en la toma de decisiones. En consecuencia, el choque entre decisiones planificadoras, ante todo, debe tratar de evitarse mediante la coordinación de los correspondientes planes, pero si llegara a producirse, habría de solucionarse analizando y contrastando en profundidad el valor de los diversos fundamentos —técnicos, económicos o geográficos— de las soluciones divergentes (29).

En todo caso, la posible envergadura y enjundia de la cuestión planteada no debe llevarnos ahora más lejos. La supresión del Ministerio de Planificación (1976) y el abandono de los trabajos preparatorios del IV Plan de Desarrollo, todo ello en el contexto de la gran crisis mundial de la energía iniciada en 1973, determinaron una notable rebaja en las obras públicas y, por tanto, de conflictos en torno a las mismas. No obstante, las cuestiones relativas al

(29) En relación con las afirmaciones del texto sobre la vinculación de las decisiones de todo plan a la fundamentación expresada en el mismo, baste con recordar el valor «determinante» para la planificación urbanística de los informes en materia de aguas, costas y carreteras conforme a lo expresado en el art. 22.3 TRLSRU aprobado por RD legislativo 7/2015, de 30 octubre. Así, esos informes, con frecuencia respaldados por una planificación sectorial, admiten la no aplicación, pues tal y como se prevé en el precepto citado: «serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada». Cabe la no aplicación de los criterios sectoriales, pero no por el simple juego de lo que se ha establecido antes o después, con mayor o menor rango, en el orden jurídico, sino por virtud del valor de los fundamentos de la decisión correspondiente. En realidad, en la práctica jurídica estamos muy acostumbrados a razonar de esta manera, sólo que lo venimos haciendo en la pequeña escala que suele suponer el juicio o decisión sobre la prueba pericial.

carácter y alcance de la planificación de las obras públicas, aun partiendo de premisas diferentes a las aquí consideradas, volverán a plantearse ya en la época democrática.

Antes de pasar página, conviene recordar que, en el período inmediatamente anterior o casi concomitante con la crisis, cabría citar algún intento de aplicar el esfuerzo inversor privado a las grandes infraestructuras. Así se advertía en la regulación y aplicación de las concesiones de autopistas conforme al modelo tradicional de las concesiones de obras públicas (Ley 8/1972, de 10 mayo), y también en el inédito supuesto de aplicación del mismo régimen para la construcción de carreteras en régimen de concesión (Ley de Carreteras 51/1974, de 19 diciembre: art. 29).

V. PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA Y FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN LA DEMOCRACIA

La tremenda crisis económica que acompañó a la transición política hizo que las primeras intervenciones económicas de los Gobiernos de UCD fueran encaminadas a la liberalización y al desmantelamiento de los monopolios estatales de transportes (RENFE, FEVE, Iberia) y comunicaciones (CTNE, RTVE). Ello tuvo su reflejo organizativo en la división entre el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (1977-1991), hasta que, ampliamente superada la mala situación económica y pérdidas ya (o en vías de notable reducción) las funciones administrativas de regulación económica, se volvió a unir a estos sectores en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (1991-1996), para el que se recuperó después la denominación tradicional de Ministerio de Fomento (1996).

La completa transformación política, económica, social y cultural de España hubo de corresponderse en buena medida con los Gobiernos del PSOE (1982-1996) al hilo de nuestro ingreso en la Comunidad Europea (1986). Los fondos estructurales comunitarios proporcionaron efectivamente muy importantes recursos, que fueron en particular destinados a la modernización de las infraestructuras de comunicaciones, formándose una completa red de autovías y carreteras generales, iniciándose la red de alta velocidad ferroviaria y poniendo en marcha la modernización de los puertos (30).

No obstante, las grandes obras de este último período fueron acompañadas de importantes transformaciones del modelo planificador, así como de la intensa búsqueda de alternativas para su financiación. Es en estos fenómenos

(30) Sobre las transformaciones en materia de infraestructuras en esta época, véase R. RAMOS (2002).

donde pueden identificarse intentos de llevar a cabo importantes transformaciones del marco jurídico de las obras públicas. Algunos autores que enseguida veremos llegaron a valorar dichas transformaciones como determinantes de un nuevo modelo de las obras públicas. Finalmente, sin embargo, parece que más bien se trataba de vías tendentes a eludir garantías esenciales del sistema. Así, en vez de progreso jurídico, habría que identificar un proceso de degradación jurídica cuyas consecuencias últimas estamos comprobando en la profunda crisis económica, social y política que padecemos.

Ya en las primeras iniciativas planificadoras del período pudo advertirse la introducción de un cambio radical con respecto a los tradicionales planes de obras públicas regulados en la Ley General de 1877 y restantes leyes relativas a las diferentes modalidades de grandes obras públicas. Así, en abierto contraste, advertimos que en la nueva época democrática, en ningún caso llegaron a elaborarse ni desde luego a aprobarse planes que pudieran considerarse propiamente normativos, es decir, formados y aprobados con arreglo a procedimientos predeterminados legalmente y con efectos también establecidos por la ley. El Plan General de Carreteras 1984-1991 no era el previsto normativamente con la denominación de Plan Nacional de Carreteras, que debía haber sido objeto de una ley especial (Ley de Carreteras de 1974: arts. 4.1 y 8) (31); dicho Plan carente de regulación previa fue aprobado, en fecha que no consta, por el Gobierno, el cual lo remitió al Congreso de los Diputados para su examen, procedimiento que, al menos, permitió conocer la versión del Plan objeto de publicación en el boletín oficial del órgano parlamentario (32). El Plan General de Puertos 1985-1990, que fue editado por el Ministerio de Fomento en su colección de publicaciones (1985), se desconoce si llegó a ser aprobado por alguna autoridad. En cuanto al Plan de Transporte Ferroviario 1987-2000, parece que fue aprobado por el Consejo de Ministros

(31) Ha de advertirse que posteriormente, en la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 julio, desapareció el régimen tradicional de los planes de carreteras; el art. 5 se limitaba a postular la coordinación de los planes estatales, autonómicos y locales y en el art. 7.a) se definían los «estudios de planeamiento» referidos a obras concretas de carreteras, a efectos de coordinación con el planeamiento territorial y del transporte.

(32) El Plan General de Carreteras 1984-1991, cuya fecha de aprobación por el Gobierno desconocemos, fue remitido al Congreso de los Diputados (BOCD, II Legislatura, serie E, núm. 160, de 1 marzo 1986), siendo objeto de diversas resoluciones del mismo Congreso (BOCD, núm. 164, de 25 marzo 1986). En su texto se advierten criterios de desarrollo regional equilibrado; implicó la sustitución del modelo de las autopistas de peaje por autovías, que se consideraron menos costosas al optarse en varios trayectos por duplicar las calzadas existentes; supuso una mejora destacada en los accesos a las ciudades al generalizar las circunvalaciones; no obstante, tuvo problemas en su ejecución debido a desviaciones presupuestarias, incremento de los tráfico previstos y también por falta de calidad de algunas obras, lo que determinó modificaciones del plan en 1988 y aun con posterioridad la aprobación del llamado Plan Puente 1991-1993.

con fecha 30 abril 1987, pero no consta que apareciera publicado de ninguna manera (33). Finalmente, el Plan Director de Infraestructuras 1994-2007 parece también haber sido aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros, en este caso de fecha 4 marzo 1994 (34).

Esos antecedentes perfilan la opción generalizada por la llamada planificación estratégica, que se nos presenta como una guía político-técnica de la actuación del ejecutivo. En su caso, el plan irá haciéndose realidad proyecto a proyecto de conformidad con las previsiones presupuestarias de cada ejercicio. La opción ha de considerarse lícita en la búsqueda de flexibilidad y eficacia de la acción de gobierno, pero no resulta de recibo la absoluta carencia de previsiones normativas sobre documentos que aparecieron ante la opinión pública con la denominación de planes y bajo el amparo del Gobierno, de un Ministerio o de cualquier otra autoridad pública, conteniendo el aparente diseño de una política pública que incluso fue objeto de seguimiento en su ejecución y de sucesivos desarrollos planificadores. En todo caso, la planificación estratégica del período se mostró altamente dependiente de decisiones políticas, normalmente sin plazos ni prioridades y con fórmulas financieras tan genéricas como imaginativas y voluntaristas.

Parecidos planteamientos se observaron con el Gobierno PP, como cabe observar paradigmáticamente en el Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007, cuya misma existencia ha sido puesta en entredicho (35). Igualmente se reprodujeron bajo el Gobierno PSOE con el Plan Estratégico de Infraestructuras

(33) Siguiendo noticias de prensa, el Plan de Transporte Ferroviario 1987-2000 asumió el objetivo de establecer una red ferroviaria moderna, competitiva y especializada, adoptándose finalmente el ancho internacional para las líneas AVE.

(34) El Plan Director de Infraestructuras 1994-2007, que no tenía ni plazos ni prioridades de actuación, introdujo criterios de intermodalidad en los transportes desde una visión global que daba a la carretera el papel de medio de transporte universal y vertebrador del territorio.

(35) El Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007 procedía del Ministerio de Fomento, vinculándose al ministro F. Álvarez Cascos. En la Web «tuderechoasaber.es», con fecha 3 enero 2013 apareció la transcripción de una curiosa petición que una abogada, que precisaba aplicar dicho Plan en un asunto profesional, dirigía al Ministerio de Fomento para conocer su contenido, lo que decía haber intentado sin éxito por Internet y en la biblioteca del Ministerio; le respondió inmediatamente una denominada Oficina de Atención al Ciudadano informándole de que remitía su consulta a la «unidad competente». Continuando con las sorpresas, el ABC de 12 junio 2004 daba noticia de que la nueva ministra de Fomento, M. Álvarez Arza, negaba «tajantemente» la existencia del Plan 2000-2007 al no haber sido aprobado por el Consejo de Ministros ni publicado oficialmente. Los contenidos del Plan no resultaban, sin embargo, indiferentes, pues estaban condicionados por la disponibilidad de fondos comunitarios vinculados al programa Agenda 2000; en él se apostaba por el ferrocarril planteando ambiciosos programas de AVE y cercanías, se centraban las actuaciones sobre carreteras en las de gran capacidad y en los tramos saturados, y se preveían las ampliaciones de los aeropuertos de Barajas y del Prat de Llobregat, así como de otros de intenso tráfico turístico.

y Transporte 2005-2020, que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 julio 2005, pero se editó por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Fomento. Ya con el nuevo Gobierno PP, el denominado «documento final» del Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda 2012-2024 fue aprobado por el Secretario de Estado en la materia con fecha 5 mayo 2015, encontrándose disponible en la Web de Fomento, advirtiéndose asimismo el éxito de esta modalidad planificadora en la última Ley de Carreteras (Ley 37/2015, de 29 septiembre), donde se recoge y regula el Plan Estratégico de Carreteras del Estado estableciendo sus objetivos, contenidos, procedimiento de aprobación y modificación, y efectos (art. 7).

Los planes estratégicos de obras públicas fueron acompañados de especiales medidas tendentes a facilitar la financiación pública y particularmente a estimular la privada. Nuestro sistema decimonónico, como se recordará, permitía la realización de obras públicas por empresa (equivalente a la concesión), junto a las modalidades por contrata o por administración. Sin embargo, la falta de renovación de las vías de financiación privada terminó concentrando la ejecución en el contrato de obra pública, por virtud del cual la Administración normalmente va pagando las diversas partes ejecutadas de conformidad con un presupuesto cerrado, salvo en caso de revisión de precios. Tan estricta fórmula había de entrar en crisis a partir del pacto de estabilidad (Dublín, 1996), que comprometía a los Estados miembros de la Comunidad Europea a alcanzar el equilibrio financiero en el año 2000. En el caso español, primero la normativa que regulaba la formación de los presupuestos públicos (Ley 11/1996, de 27 diciembre) y luego el régimen general sobre la estabilidad de los presupuestos (Ley 18/2001, de 12 diciembre) condicionaron fuertemente la capacidad económica de las Administraciones públicas. En consecuencia, la financiación de las infraestructuras hubo de contar con la iniciativa privada, empleándose grandes dosis de imaginación económica y jurídica en el diseño de nuevos mecanismos de financiación de las obras públicas (36).

Una de las primeras figuras previstas con la indicada finalidad fue la del contrato de obra pública con pago único, denominada «sistema alemán» o «de llave en mano», en la Ley de Medidas 13/1996, de 30 diciembre (art. 147). En ella se permitía diferir el reconocimiento contable de las inversiones al momento en el que la obra estaba ejecutada; el gasto y la deuda existían, pero únicamente se formalizaban varios años después. Esa realidad llevó al legislador a restringir mucho el ámbito de utilización de esta modalidad

(36) Se trata de las diversas fórmulas de la llamada financiación privada, aunque, en realidad, es siempre la Administración la que paga, de manera que más bien parece que estemos ante sistemas de fraccionamiento del pago de las obras públicas. Véanse, entre otros, F. AZOFRA (1997) y los trabajos colectivos dirigidos por A. RUIZ OJEDA (1997) y V. MONTESINOS (2000).

contractual, de manera que la misma sólo se podía emplear por las Administraciones estatal y autonómicas para construir carreteras, ferrocarriles, obras hidráulicas, marítimas y ambientales cuyo importe se comprendiera entre 6 y 24 millones de euros, según los casos. Por añadidura, hasta el año 2003, las sucesivas leyes presupuestarias prohibieron el empleo de esta modalidad, en ningún supuesto accesible a los entes locales.

Otra fórmula financiera se estableció para el contrato sobre servicios de gestión de autopistas, regulado en la Ley de Medidas 55/1999, de 29 diciembre (art. 60). En este supuesto, la prestación del contratista consistía en ejecutar las obras de mantenimiento de las autopistas en condiciones óptimas de viabilidad, incluyendo conservación, adecuación, modificación, modernización y gran reparación, con una duración máxima de 20 años. La forma de pago estaba legalmente abierta, admitiéndose que el gasto fuera previsto en sucesivos presupuestos, dentro de ciertos límites establecidos por el Gobierno.

En materia de asistencia hospitalaria, residencias de ancianos, asilos infantiles, instalaciones deportivas y otras se empleó, a veces, el modelo DBFO (*design, build, finance, operate*), muy similar a la concesión, de la cual, no obstante, se distinguía en que el coste completo de las obras y aun de los servicios prestados recaía sobre la Administración y no sobre los usuarios. Esta variedad pudo fundarse en el principio de libertad contractual, aunque los nuevos criterios del sistema europeo de contabilidad (Eurostat, 2002), al exigir la inclusión de la deuda en las cuentas del sector público, hicieron difícil su utilización.

Finalmente, se recuperó el viejo modelo de la concesión de obras públicas. Primero se estableció una disciplina cuantitativamente restrictiva, pero de alcance general, en la misma legislación de contratos de las Administraciones (1995). Después se llevó a cabo una particular aplicación del modelo en el contrato de construcción y gestión de obras hidráulicas, que fue introducido en la citada Ley de Medidas 55/1999 (art. 173), siendo objeto de una nueva y completa regulación en la Ley 13/2003, de 23 mayo, que terminaría incorporándose a la legislación general de contratos del sector público (TRLCSP de 2011: arts. 240 ss.). Aquí, el concesionario asume la construcción y gestión de la obra (o solamente la gestión), así como una parte del riesgo empresarial, recibiendo su compensación de los usuarios, pero normalmente con ciertas garantías proporcionadas por la Administración pública.

Entre otros métodos de financiación, se admitió el denominado «de peaje en la sombra» o «canon de demanda», conforme al cual la Administración asume los costes de la obra pública durante un largo período de tiempo bajo la forma de un canon, cuyo importe deriva de la utilización de la infraestructura por los ciudadanos, asegurándose en todo caso un cierto nivel de beneficio al concesionario al objeto de respetar el equilibrio financiero de la

concesión. Siguiendo el modelo de las áreas de servicio de las autopistas, se admitió también la retribución a través de la gestión por el concesionario de zonas comerciales «convenientes o necesarias» al fin de utilidad pública de la obra, posibilidad que parece llamada a plantear problemas derivados de la artificiosa configuración de privilegios mercantiles.

De cualquier manera, los mecanismos de financiación pasaron a comprender, entre otros, la emisión de obligaciones, la hipoteca de la concesión y los créditos participativos. También se previeron fondos que derivaban de títulos sobre el activo de la concesión, valores que representaban una participación sobre los derechos de crédito del concesionario (las tarifas pagadas por los usuarios, los beneficios de las zonas comerciales o las contribuciones de la Administración), todo ello con el riesgo de provocar la separación entre el sujeto que gestiona la obra pública y el que tiene derecho a los beneficios de la concesión.

Una parte de la doctrina recibió este conjunto de novedades con auténtico entusiasmo al considerar que estábamos nada menos que «ante un cambio de paradigma», el cual exigía arrinconar el sistema de obras públicas vinculado a «nuestra venerable Ley de Obras Públicas de 1877», habiéndose de revisar el mismo concepto de obra pública y aspectos sustanciales de la instancia concesional (37). Ciertamente, no cabe negar la existencia de las modificaciones normativas producidas en el Derecho español, al igual que en el resto de los países de la Unión Europea, pero quizá habría que meditar bien hasta qué punto estamos ante novedades radicales o más bien nos encontramos en presencia de tendencias perfectamente incardinables en el marco de aquella «venerable» legislación decimonónica (38).

(37) Todas las expresiones y propuestas son de G. ARIÑO en la obra editada por ARIÑO & ALMOGUERA (2001: 9, 10 y 36, entre otras), que reúne trabajos previamente publicados cuyos autores coinciden plenamente con esos planteamientos: R. IZQUIERDO (*ibídem*: 28), F. JIMÉNEZ DE CISNEROS (*ib.*: 55), J.L. VILLAR EZCURRA (*ib.*: 92), J. de la Cruz (*ib.*: 153), A. GONZÁLEZ SANFIEL (*ib.*: 188) y J.M. DE LA CUÉTARA (*ib.*: 270).

(38) Entre las novedades radicales que habrían de determinar la necesidad de redefinir el marco jurídico de las obras públicas, estos autores incluyen, p. ej., la consideración de las obras públicas como bienes de dominio público (G. ARIÑO, *ibídem*: 37; F. JIMÉNEZ DE CISNEROS: *ib.*: 55). Sin embargo, para llegar a la identificación de tal problema, parten de un concepto de obra pública que atiende exclusivamente al destino para la «satisfacción de necesidades colectivas» (F. JIMÉNEZ DE CISNEROS: *ib.*: 53) prescindiendo de la titularidad pública de la obra, es decir, de la propiedad, que sólo cuando corresponde a un ente público permite, si además concurre la afectación al uso o servicio público, la calificación como dominio público en el sistema de nuestro Código Civil (arts. 339 ss.). Me parece pues que no hay ningún problema dogmático para incluir, en nuestro sistema tradicional, las obras públicas (por su destino) de propiedad privada (por su titularidad), que también habría denominar obras privadas de interés público en paralelismo con la categoría de los bienes privados de interés público.

En todo caso, habrá de reconocerse que tan sofisticados mecanismos financieros, al igual que los imaginativos sistemas de planificación estratégica, acompañaron a una época de despilfarro y corrupción generalizados, que sólo la gran crisis derivada del estallido de la burbuja inmobiliaria parece haber empezado a reconducir. Los sufrimientos generados por las necesarias medidas de austeridad y aun por las siempre tardías pero inevitables reacciones penales, esos sufrimientos del presente —sorprendentes para unos, merecidos por otros— no están siendo sino las consecuencias de los excesos de una época que ojalá pudiéramos ya dar por cerrada. Las tradicionales cautelas de nuestra legislación de obras públicas, con las adaptaciones necesarias, parecen un buen antídoto contra los vendedores de falsas ilusiones, aunque estos seguramente volverán a aparecer en cuanto olvidemos el dolor de las actuales privaciones.

VI. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO, MEDIO AMBIENTE Y OBRAS PÚBLICAS

Al margen de los problemas de identificación y significado de los planes estratégicos, los proyectos de obras públicas plantean una serie de cuestiones bajo la óptica de sus relaciones con los restantes planes y actuaciones de las Administraciones públicas. Ya hemos expuesto, al hilo de la hipotética coincidencia material entre los planes de carreteras y los de desarrollo, las tensiones que pueden plantearse en los casos de soluciones no coincidentes sobre las mismas infraestructuras. Ahora bien, desaparecido ese foco de tensiones al haberse suprimido la planificación del desarrollo, parece que las decisiones administrativas sectoriales relativas a las obras públicas han logrado una plena consolidación. Así puede comprobarse al examinar la relación de las obras públicas con los instrumentos, planes y técnicas de intervención del urbanismo, la ordenación del territorio o el medio ambiente, donde se observa una tendencia, en la legislación sobre las obras públicas, a excluir la real consideración de intereses públicos distintos de los propiamente sectoriales.

En relación con el urbanismo, cabe destacar que, con carácter general y prescindiendo ahora de las novedades derivadas del principio de libertad de establecimiento desarrollado en la Directiva Bolkestein (2006), el Estado y las Comunidades Autónomas precisan de licencia urbanística municipal para las obras de su competencia. No obstante, por razones de urgencia o excepcional interés público pueden beneficiarse de un procedimiento de excepción de la licencia, cuya resolución última corresponde al Consejo de Ministros o al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (procedimiento que para las obras estatales se regula en la disposición adicional 10.ª TRLSRU de 2015, que recoge el modelo tradicional seguido también en la legislación urbanística de

las Comunidades Autónomas). Esa regulación legal, que procede de la Ley de Reforma de 1975 y del TRLS de 1976 (art. 180), es una solución plenamente coherente con el ordenamiento urbanístico. Sin embargo, ha de completarse con una discutible jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene considerando innecesaria la licencia urbanística para la realización de grandes obras por el Estado o las Comunidades Autónomas (sin seguir el procedimiento de excepción de licencia), planteamiento que, como vamos a ver, ha sido decididamente adoptado por el legislador estatal (39).

La doctrina se inició, de manera un tanto incidental, por la STS de 3 diciembre 1982, que identificó la existencia de «grandes obras de marcado interés público, la competencia para cuya realización es del Estado [...] o de los entes autonómicos [...], competencia que no puede quedar limitada por lo que se resuelva en cuanto a dichas obras por el ente local». En igual sentido se manifestaron las SSTS de 28 septiembre 1983 y de 20 febrero 1984, apoyando su postura en el procedimiento de excepción de licencia que se regulaba entonces en el art. 180 TRLS de 1976. Sin embargo, poco después, el mismo Tribunal Supremo aportaría la novedad de permitir la realización de grandes obras públicas por el Estado sin tan siquiera seguir el procedimiento de excepción de licencia. La formulación positiva de la novedad se contiene en la STS de 31 octubre 1984, donde se estableció, a propósito de una línea eléctrica de alta tensión, que estaban exentas de licencia municipal «aquellas obras que por su naturaleza, alcance y extensión sobrepasan la materia estricta del urbanismo local», puesto que «la planificación de una gran obra pública afecta a la ordenación del territorio y excede del campo estricto del urbanismo»; no hay ya ninguna referencia al procedimiento especial de excepción de licencia; pura y simplemente se admite que ciertas obras públicas de gran envergadura no puedan ser objeto de la competencia urbanística municipal; doctrina que, sin embargo, se matiza, admitiendo que el Ayuntamiento pueda alegar «la existencia de planeamiento o norma urbanística que pueda resultar afectada o infringida por dicha obra pública». La consolidación definitiva de esa postura llegó con las SSTS de 28 mayo 1986 y 30 noviembre 1987 relativas a la construcción de una autopista, que «no puede calificarse de actividad puramente urbanística [...] sino de gran obra a realizar por la Administración del Estado, por lo que no es necesaria la autorización o licencia de obras del Ayuntamiento»; «sin que sea necesario —se añade— hacer referencia alguna al supuesto del art. 180 de la Ley del Suelo, por cuanto la obra cuestionada tiene la naturaleza indicada y no la de obra de mero interés excepcional público».

(39) Para el surgimiento de esta jurisprudencia véase M. BASSOLS (1994) y para su evolución J.M. ASPAS (2009).

Ese razonamiento de la jurisprudencia fue empleado en el art. 12 de la Ley de Carreteras de 1988 para excluir de la necesidad de licencia municipal «las obras de construcción, reparación o conservación de carreteras estatales, *por constituir obras públicas de interés general*». Precepto que sirvió de elemento interpretativo para consolidar la anterior jurisprudencia (40). La misma quizás hubiera merecido alguna corrección desde el punto de vista del procedimiento a seguir, conforme a los principios establecidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 56/1986 (*caso de las comisarías de País Vasco*), donde se exigía un previo intento de compatibilizar las competencias en conflicto para aplicar la prevalencia del título competencial del Estado sobre la competencia de ordenación territorial de la Comunidad Autónoma; intento previo de compatibilización que podía discurrir por el procedimiento básico de excepción de licencia regulado en la legislación urbanística.

Sin embargo, cada vez se encuentra más consolidada la simple y directa exclusión de la necesidad de licencia municipal para las grandes obras públicas. Así, se observa que la legislación ha seguido la línea iniciada en relación con las carreteras estatales, beneficiándose sucesivamente de la caracterización como grandes obras públicas no sujetas a licencia municipal las obras del Estado reguladas en la Ley de Puertos de 1992 (Texto Refundido de 2011: art. 60), en la Ley de Aeropuertos de 1996 (art. 166) y en la Ley de Aguas tras la modificación de 1999 (Texto Refundido de 2001: art. 127.1).

El último paso se produjo en la Ley del Contrato de Concesión de Obras Públicas de 2003, en cuya disposición adicional tercera se excepcionan de licencia municipal todas las obras públicas de interés general: los proyectos de esas obras se remitirán a los Ayuntamientos para que informen sobre los mismos, aunque con absoluta prevalencia de la decisión estatal; ya ni siquiera es necesario, para imponer tal prevalencia, que el enfrentamiento de soluciones se formalice ante el Consejo de Ministros. El mismo planteamiento encontramos en la disposición adicional segunda de la citada Ley de la Concesión de Obras Públicas en relación con el planeamiento territorial y urbanístico: salvadas algunas referencias genéricas a los deberes interadministrativos de

(40) Así, en la STS de 28 septiembre 1990 relativa a obras en una carretera del Estado, se recordaba que la jurisprudencia «ha distinguido los conceptos de ordenación urbanística y ordenación del territorio, incluyendo en este último supuesto aquellas grandes obras o construcciones de marcado interés público, que siendo de competencia estatal, por su gran trascendencia para la sociedad no pueden quedar frustradas por la voluntad municipal»; «obras que por su relevancia exceden de las previstas en el art. 180 de la Ley del Suelo y para ellas no resulta necesaria licencia municipal». En el mismo sentido, contundentemente, la STS de 24 abril 1992 en relación con las obras de mejora de una línea de ferrocarril.

información, colaboración y cooperación, se atribuye al Estado el poder de coordinar, dando carácter vinculante a sus informes (41).

En este contexto las salvedades legales relativas al acuerdo y la negociación, así como las remisiones a los mecanismos de coordinación que prevean las leyes, parecen hechas en el vacío, pues no existen ni procedimientos ni órganos para la coordinación interadministrativa. No pueden dejar de expresarse las dudas que suscita un mecanismo de prevalencia de las decisiones estatales (o autonómicas) tan ajeno a las posibilidades de una previa coordinación, dado que la toma de decisión sobre los proyectos de obras estatales (o autonómicas) ha podido realizarse sin conocimiento previo sobre el planeamiento urbanístico por parte de la Administración estatal (o autonómica), cuyo criterio prevalece sin necesidad de expresar ninguna motivación. Difícilmente puede estimarse así garantizada la ponderación de los intereses territoriales en liza (42).

Según estamos viendo, el peso de la tradición sectorial en las obras públicas se impone frente a los intentos de introducir en las mismas otros intereses públicos. La ordenación del territorio, en tanto disciplina técnica, dispondría de aptitudes para configurarse como la moderna ordenación de las obras públicas, introduciendo pautas objetivas en las correspondientes decisiones públicas. Sin embargo, al haberse vinculado dicha ordenación del territorio, en tanto función pública, a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas, tales aptitudes técnicas no resultan admisibles bajo la óptica de los diversos sectores de las obras públicas estatales. Prevalece, en definitiva, la visión sectorial.

La protección ambiental parece ser el único de los nuevos intereses públicos que ha penetrado en el régimen de las obras públicas, hasta llegar a configurarse como el objetivo de mayor incidencia en el sector. Ello ha sido posible mediante la configuración de ese nuevo interés público como un elemento en cierta medida también sectorial o, al menos, vinculado a la competencia sobre

(41) Alguna Comunidad Autónoma ha seguido este camino abierto por la legislación estatal, según se advierte en la Ley de La Rioja 5/2006 (art. 40 reformado por Ley de Medidas 5/2008), que exime de licencia municipal las obras públicas de interés general de la Comunidad Autónoma, sustituyendo la licencia por un informe municipal carente de consecuencias al imponerse la modificación del planeamiento cuando la obra pública resulte disconforme con el mismo.

(42) Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, un tanto expeditivamente, ha considerado que la sustitución de la licencia por un informe no atenta contra la garantía institucional de la autonomía local cuando existen razones que lo justifiquen. Razones que se consideran inherentes a la trascendencia territorial de los puertos y aeropuertos de interés general correspondientes al Estado (SSTC 40/1998 y 204/2002) o de todas las obras públicas de interés general emprendidas por la Administración de La Rioja (ATC 251/2009).

la obra pública. Así cabe advertirlo en la cuestión relativa a la evaluación de impacto ambiental de las obras estatales (43).

El problema surgió a raíz de la legislación de algunas Comunidades Autónomas que pretendían atribuir a los propios órganos autonómicos la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de obras estatales. En relación con tales pretensiones, ninguna duda cabe de su rechazo en la legislación básica, que viene reclamando para al Ministerio de Medio Ambiente la cualidad de órgano ambiental de los proyectos estatales sujetos a evaluación de impacto ambiental, tanto si la sujeción deriva de la propia legislación básica como si se contiene en la normativa autonómica (actualmente en el art. 11 de la Ley de Evaluación Ambiental 23/2013).

Ese planteamiento de la legislación básica había merecido anticipadamente el beneplácito del Tribunal Constitucional, al resolver sobre la pretensión de alguna Comunidad Autónoma de asumir la competencia para la evaluación (y declaración) de impacto ambiental de los proyectos de competencia estatal desarrollados en su territorio. La aprobación del REIA (1988) determinó, en efecto, el planteamiento de un conflicto positivo de competencias por el Gobierno vasco, resuelto a favor del Estado por la STC 13/1998.

El Gobierno vasco sostenía que la evaluación ambiental de los proyectos localizados en su territorio debía corresponder siempre a la propia Administración autonómica, aunque se tratara de proyectos atribuidos materialmente a la competencia del Estado. Entendía la Comunidad Autónoma que la técnica de evaluación de impacto ambiental debía considerarse como ejecución de la legislación en materia de medio ambiente, supuesto correspondiente a la propia competencia [art. 11.1.a) Estatuto Vasco], dado que al Estado únicamente se reservaba la legislación básica (art. 149.1.23ª Constitución).

El TC (en ponencia de su presidente, A. Rodríguez Bereijo) estimó, en cambio, que el conflicto no podía ser resuelto atendiendo exclusivamente al reparto competencial sobre el medio ambiente, dado que la evaluación de impacto ambiental «es una técnica transversal, que condiciona (ahora o en el próximo futuro) la práctica totalidad de la actuación estatal que se materializa físicamente»; por consiguiente, «la evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse como ejecución o gestión en materia de medio ambiente» (FJ 7). Establecida esa premisa argumental, el TC afirmaba que «la Administración estatal ejerce sus propias competencias sustantivas sobre la obra, la instalación o la actividad proyectada, aun cuando preceptivamente deba considerar su impacto medioambiental»; y ello es así porque «no está ejecutando la legislación básica del medio ambiente», legislación básica que «se agota en

(43) Véanse los diversos trabajos recogidos en F. LÓPEZ RAMÓN & V. ESCARTÍN, coords. (2013), así como las exposiciones de M.J. MONTORO (2001) y J. BERMÚDEZ (2002).

aprobar la norma que obliga a todas las Administraciones públicas a que, cuando actúan en el ejercicio de cualesquiera de sus competencias, ponderen y evalúen las repercusiones sobre el medio ambiente» (FJ 8). (44)

Los intentos de penetración autonómica en la evaluación de impacto ambiental de proyectos estatales presentan, además, otras variantes. Una de ellas ha consistido en atribuir competencia al órgano ambiental autonómico para la declaración de impacto ambiental en los proyectos que, aun correspondiendo a la competencia material del Estado, estén sujetos a evaluación por decisión exclusiva del legislador autonómico. Parece, así, entenderse que la consideración como órgano ambiental del Ministerio de Medio Ambiente se circunscribiría en la legislación básica a los proyectos estatales sujetos a evaluación de impacto ambiental por la propia legislación básica, y no por la sola previsión de la normativa adicional de protección ambiental de la Comunidad Autónoma.

Sin embargo, difícilmente se puede entender en tal sentido la legislación básica. Por una parte, la interpretación de la misma conforme a la Constitución nos lleva a rechazar la sujeción a evaluación de proyectos estatales por exclusiva decisión del legislador autonómico, salvo que estuviera amparada en una específica competencia material de la Comunidad Autónoma. Por otra parte,

(44) El razonamiento de la STC 13/1998 no deja de manifestar puntos vulnerables, pues supone afirmar que la evaluación de impacto ambiental no es ejecución de la norma básica que impone su empleo. De acuerdo con la explicación del TC, el Estado, por virtud de su competencia sobre la legislación básica de medio ambiente, establece la obligación de evaluar el impacto ambiental en una serie de proyectos o actividades que corresponden a la competencia material del propio Estado o de las Comunidades Autónomas, según los casos. La secuencia entre norma básica estatal y ejecución autonómica queda así rota, pese a los esfuerzos del TC por encontrar alguna participación de la Comunidad Autónoma en relación con los proyectos cuya evaluación de impacto ambiental corresponda al Estado. El voto particular de P. García Manzano y cuatro magistrados más a la STC 13/1998 aprovecha hábilmente esta incongruencia argumental para concluir que, si la evaluación de impacto ambiental es una técnica de tutela ambiental, «una correcta inteligencia de la distribución competencial en la materia controvertida» debía conducir a que «las competencias ejecutivas que hayan de ejercerse en aplicación de la norma básica reguladora de la evaluación de impacto ambiental han de corresponder, como regla, a las Comunidades Autónomas». Una opción argumental que evitaría esas inconsecuencias, fortaleciendo la doctrina de la STC 13/1998, podría ser el considerar la evaluación de impacto ambiental como técnica incluida a la vez en las competencias sobre medio ambiente y sobre procedimiento administrativo. De esa manera, se justificaría la competencia del Estado, bajo la óptica de la legislación básica ambiental (art. 149.1.23º Constitución) y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18º Constitución). Al propio tiempo, las Comunidades Autónomas, al tener limitadas las competencias en materia de procedimiento administrativo a las especialidades de su propia organización, no podrían pretender la evaluación de los proyectos estatales. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha reiterado su doctrina en la STC 101/2006 al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de País Vasco 3/1998, General de Protección del Medio Ambiente.

en cualquier caso, la legislación básica impone la necesaria consideración del Ministerio de Medio Ambiente como órgano ambiental, sin que exista, por añadidura, ninguna razón para excluir el supuesto del ámbito de aplicación de la STC 13/1998, cuya doctrina siempre otorga al Estado la competencia para evaluar el impacto ambiental de sus propios proyectos, según acabamos de ver.

Otra vía de penetración autonómica en la evaluación de los proyectos estatales parece consistir sencillamente en la regulación de nuevas modalidades o procedimientos de evaluación. De esta manera, en vez de adicionar proyectos a los listados de la legislación básica de evaluación de impacto ambiental, se establecen, normalmente con carácter complementario, otros procedimientos evaluatorios con sus propias listas de proyectos sujetos.

Tampoco la anterior modalidad parece admisible, de conformidad con la doctrina de la STC 90/2000, que rechazó el recurso de inconstitucionalidad contra el establecimiento de diversas modalidades de evaluación de impacto ambiental en la Ley de Canarias 11/1990. El TC procedió a analizar y comparar los contenidos de las diferentes figuras entre las que advertía una esencial coincidencia, lo que le permitió rechazar la infracción de la legislación básica:

«En suma, si la Ley 11/1990 ha diversificado en tres niveles de evaluación un elemento de la protección medioambiental que en la legislación básica del Estado se presenta con carácter unitario, cabe estimar que tal desarrollo normativo, justificado a juicio del legislador canario tanto por la fragilidad ecológica peculiar del archipiélago como por la considerable incidencia que pueden tener pequeños proyectos, es respetuoso con aquella legislación básica.»

Pues bien, a la vista de esa doctrina constitucional, cabe deducir que si el examen de similitud esencial ha servido al TC para excluir la infracción de la legislación básica por la normativa autonómica, de la misma manera habrá que llegar a la conclusión de que los procedimientos establecidos en la legislación autonómica que presenten esa similitud con la evaluación de impacto ambiental estarán sometidos a la legislación básica. En definitiva, en todas las modalidades de evaluación de impacto ambiental será aplicable la regla básica que atribuye al Ministerio de Medio Ambiente la consideración de órgano ambiental en la evaluación de los proyectos estatales.

Llegamos así a la conclusión de que la evaluación de impacto ambiental de las obras estatales corresponde al propio Estado. Sin embargo, de ahí no ha de deducirse ni la necesidad ni la conveniencia de que la evaluación y la obra se atribuyan a la competencia del mismo órgano estatal. La separación orgánica y funcional entre ambas competencias permite la más nítida expresión de los intereses públicos de protección ambiental vinculados a la técnica evaluatoria.

* * *

Volvemos al principio: transcurridos casi dos siglos desde que, en los inicios de la Regencia de María Cristina, se establecieran las bases orgánicas y personales del sector de las obras públicas, éste continúa pujante vertebrando un conjunto de actuaciones esenciales del Estado español. El cuerpo de Caminos y el Ministerio de Fomento (con independencia de su denominación) son así, junto con el régimen de la expropiación forzosa y la contratación pública, los ejes de la intervención pública en la materia, elementos de una sólida tradición que no ha de ser desdeñada, sino que, antes bien, puede ser mantenida con vigor sin perjuicio de las actualizaciones precisas.

Ahora bien, la pervivencia de los elementos esenciales del régimen tradicional de las obras públicas no puede suponer ni la aceptación acrítica de todo mecanismo que incremente el poder sectorial ni la cerrazón del mismo poder a los nuevos intereses públicos. Así, parece necesario, en el primer sentido, construir y aplicar bases jurídicas adecuadas para la planificación y la financiación de las obras públicas y, en el segundo aspecto, garantizar la efectiva presencia de los valores de la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección ambiental en el mismo sector de las obras públicas. En especial, la reivindicación de la competencia del Estado para la evaluación de impacto ambiental de las obras estatales no podría traducirse en una visión subordinada del interés público ambiental, el cual ha de poder expresarse libre y plenamente, dotando para ello de independencia funcional al correspondiente órgano ambiental.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA OLIVA, Rosa (1987): *La estrategia de desarrollo planificada en España. 1964-1975*, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Barcelona, 717 pp.
- ALZOLA Y MINONDO, Pablo (1899): *Las obras públicas en España: estudio histórico*, Bilbao, Imprenta de la Casa de Misericordia, 1899, 597 pp.
- ARIÑO & ALMOGUERA, eds. (2001): *Nuevo derecho de las infraestructuras*, Madrid, Montecorvo, 283 pp.
- ASPAS ASPAS, José Manuel (2009): *Obras públicas y licencias municipales*, Barcelona, Atelier, 230 pp.
- AZOFRA VEGAS, Fernando (1997): «La financiación privada de infraestructuras públicas», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, pp. 543-584.
- BASSOLS COMA, Martín (1994): *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y de ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, Madrid, MOPTMA, 154 pp.

- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier (2002): *Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio*, Madrid, Pons, 309 pp.
- BRENAN, Gerald (1962): *El laberinto español*, trad. esp., Ruedo ibérico, 301 pp.
- CARR, Raymond (1969): *España 1808-1939*, trad. esp., Barcelona, Ariel, 734 pp.
- Casares Marcos, Anabelén (2007): *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Madrid, Montecorvo, 468 pp.
- COLMEIRO, Manuel (1876): *Derecho Administrativo español*, 4ª ed., Madrid, Imprenta de Eduardo Martínez, t. II, 518 pp.
- CUÉLLAR VILLAR, Domingo (2002a): «Política de obras públicas y políticas liberales. El Ministerio de Fomento (1851-1874)», en *Trasportes, Servicios y Telecomunicaciones*, núm. 2, pp. 43-69.
- (2002b): «Las obras públicas y el marco institucional durante la Restauración. El Ministerio de Fomento (1875-1913)», en *Trasportes, Servicios y Telecomunicaciones*, núm. 2, pp. 71-95.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio (2010): «Expropiación forzosa y obras públicas de carreteras: evolución histórica y régimen vigente», en esta REVISTA, núm. 37, pp. 11-61.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1983): «Las obras públicas», en *Revista de Administración Pública* núm. 100-102, vol. III, pp. 2427-2469.
- FRAX ROSALES, Esperanza (1996): «Las leyes de bases de obras públicas en el siglo XIX», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 93, pp. 513-528.
- GALÁN VIOQUÉ, Roberto (2004): *Obras públicas de interés general*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 205 pp.
- GUAITA, Aurelio (1984): *El Ministerio de Fomento, 1832-1931*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 126 pp.
- HERRANZ LONCÁN, Alfonso (2004): *La dotación de infraestructuras en España, 1844-1935*, Madrid, Banco de España, Estudios de Historia Económica, núm. 45, 140 pp.
- J. N. de P. (1874): «Consideraciones sobre el decreto-ley de 14 de noviembre de 1868», en *Revista de Obras Públicas*, t. XXII, núm. 3, pp. 25-29.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando & ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, coords. (2013): *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Madrid, Pons, 612 pp.
- MACÍAS, Olga (2002): «El largo despertar: los tiempos de la autarquía (1939-1959)», en *Trasportes, Servicios y Telecomunicaciones*, núm. 2, pp. 149-187.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1969): «Aspectos del Derecho Administrativo en la Revolución de 1868. Las regulaciones iniciales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 58, pp. 9-48.

- (1998): «Público y privado en la construcción y gestión de grandes infraestructuras», en *XI Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona, Cedecs, pp. 81-110.
 - (1966): «Antecedentes del concepto de plan y referencia la legislación de fomento del siglo XIX», en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, pp. 39-48.
- MONTESINOS JULVE, Vicente & al. (2000): *Análisis contable de las infraestructuras públicas y su financiación privada*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 157 pp.
- MONTORO CHINER, María Jesús (2001): «Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de las infraestructuras públicas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 110, pp. 173-201.
- RAMOS MELERO, Rodolfo (2002): «El camino de España hacia la Unión Europea (1975-2001)», en *Trasportes, Servicios y Telecomunicaciones*, núm. 2, pp. 227-265.
- Revista de Obras Públicas (1868): «Bases Generales para la Nueva Legislación de Obras Públicas», en *Revista de Obras Públicas*, t. XVI, núm. 23, pp. 269-271.
- ROSADO PACHECO, Santiago (1988): «La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)», en *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, núm. 6, pp. 211-279; también en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 1139-1186.
- RUIZ OJEDA, Alberto, coord. (1997): *La financiación privada de obras públicas: marco institucional y técnicas aplicativas*, Madrid, Civitas, 123 pp.
- YAGÜE Gil, Rafael (1874a): «Las Bases para la Nueva Legislación de Obras Públicas de 14 de noviembre de 1868», en *Revista de Obras Públicas*, t. XXII, núm. 5, pp. 49-55 (continúa en sucesivos núms.).
- (1874b): «El abandono de las carreteras construidas por el Estado», en *Revista de Obras Públicas*, t. XXII, núm. 18, pp. 205-210.

DEBATES

LA REVISIÓN DE CONCESIONES DE USO PRIVATIVO DE AGUA PARA SU ADAPTACIÓN A LAS EXIGENCIAS AMBIENTALES DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS Y SU EVENTUAL INDEMNIZACIÓN (*) (**)

BLANCA SORO MATEO

SUMARIO: I. UNA MANIFESTACIÓN MÁS DE LA AMBIENTALIZACIÓN DEL DERECHO DE AGUAS: LA RECONSIDERACIÓN DE CONCESIONES DE USO PRIVATIVO DE AGUAS POR MOTIVOS AMBIENTALES.– II. LA REVOCACIÓN DE CONCESIONES DE USO DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR. DOCTRINA GENERAL.– III. LA REVOCACIÓN Y REVISIÓN DE AUTORIZACIONES POR MOTIVOS DE LEGALIDAD U OPORTUNIDAD AMBIENTAL EN EL TRLA. ¿SON INDEMNIZABLES?– IV. LA REVOCACIÓN Y REVISIÓN DE CONCESIONES DE USO PRIVATIVO DEL AGUA COMO CONSECUENCIA DE SU ADAPTACIÓN A LAS EXIGENCIAS AMBIENTALES DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS ¿SON INDEMNIZABLES?: 1. La revocación de concesiones de uso privativo de aguas por exigencias ambientales es indemnizable 2. La insuficiente regulación de la revisión de concesiones de uso privativo de agua en el TRLA 3. El general reconocimiento de indemnización derivado de la revisión de concesiones cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos. La necesaria reformulación de esta solución legal en función de la distinta naturaleza de las exigencias de los Planes Hidrológicos.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El estudio analiza la necesidad de reinterpretar y replantear la revisión de las concesiones hidráulicas previamente concedidas, como consecuencia de nuevos caudales ecológicos o de medidas ambientales derivadas de la evaluación ambiental o de la protección de los espacios naturales protegidos, incluida la Red Natura 2000. Se plantea el eventual derecho a indemnización en este ámbito.

Palabras clave: concesiones de uso privativo de agua; revocación de concesiones; revisión de concesiones; caudales ecológicos; indemnización.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 de diciembre de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de enero de 2016.

(**) Texto ampliado de la Comunicación presentada al Congreso Internacional «Desafíos del Derecho de Aguas», celebrado en la Universidad de Murcia durante los días 5 y 6 de noviembre de 2015. El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación (Plan Estatal 2013-2016 Excelencia) «Recursos naturales y energía» (DER20B-2013-48329-C2-1-P).

ABSTRACT: *The study attempts to analyze the desirable interpretation and reconsideration of the revision of hydraulic concessions previously granted as a result of new ecological flow or resulting environmental measures of the environmental assessment, or the protection of protected natural areas, such as Natura 2000 Areas. It proposed the potential right to damages.*

Key words: *concessions for private use of water, revocation of concessions, review of concession, ecological flow, compensation.*

I. UNA MANIFESTACIÓN MÁS DE LA AMBIENTALIZACIÓN DEL DERECHO DE AGUAS: LA RECONSIDERACIÓN DE CONCESIONES DE USO PRIVATIVO DE AGUAS POR MOTIVOS AMBIENTALES

Debemos comenzar nuestra reflexión en torno a una temática tan debatida, como resulta el eventual resarcimiento de los perjuicios derivados de la revisión de concesiones de uso privativo del agua por motivos ambientales, afirmando que la ambientalización o ecologización del Derecho es una realidad de nuestro tiempo. Este nuevo paradigma, a partir del cual enfrentar el estudio de las instituciones ya ha tenido predicamento en otros ámbitos, y así, ya no nos resulta ajeno hablar de la *ambientalización* o *ecologización* de los currículum, de las Universidades, de lo social, del turismo, de la filosofía, de la de la psicología, de las matemáticas, de la ética y de la economía, entre otros sectores y disciplinas, habiendo visto la luz ya numerosos estudios doctrinales que predicán esta tendencia común. El Derecho no es ajeno a esta realidad, y ciertos autores se han ocupado de acuñar los términos «ambientalización» o «ecologización», para referirse en general al Derecho, pero también específicamente a instituciones básicas del Derecho Administrativo, como las ordenanzas, la distribución de competencias, el procedimiento administrativo, los derechos fundamentales o señaladamente al dominio público (1). La ambientalización del derecho de los bienes de dominio público natural, y el reforzamiento de su función ecológica y social puesta de manifiesto por ESTEVE PARDO como una

(1) Paralelamente al adelgazamiento normativo en materia ambiental, que LÓPEZ RAMÓN denuncia al analizar las tendencias del Derecho ambiental actual, se echa de menos la ambientalización del derecho de minas, frente a la ambientalización de otros sectores, en LÓPEZ RAMÓN, 2014: pp. 549-52. Para un estudio en profundidad sobre la ambientalización del derecho, pueden verse los trabajos: JORDANO FRAGA, 2002: pp. 101-141 y DELGADO PIQUERAS, 1992. Se han referido también a la ambientalización o a la ecologización del Derecho, GORDILLO, 1999: pp. 307-340; PUIG VENTOSA, 2008: pp. 109-130; HOYOS RAMÍREZ, 2011: pp. 47-64; IZCARA PALACIOS, 2001: pp. 3-24; Teijeiro Lillo, M. E., 2011: pp. 895-908; LOZANO CUTANDA, 2002: pp. 175-205, BETANCOR RODRÍGUEZ, 2004: pp. 87-96. Sobre la «ambientalización» o «ecologización» de los conflictos del agua en los países con estructura territorial descentralizada, Vid. PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, 2015.

revalorización y protección reforzada de estos bienes, es una realidad en Derecho español (2).

Partiendo de estas premisas, y descendiendo ahora a la parcela que constituye el denominado Derecho de aguas, puede afirmarse con igual rotundidad que el avance del Derecho Ambiental, y en especial del que se ha venido en denominar Derecho de los recursos naturales, está incidiendo de manera decisiva sobre instituciones básicas del Derecho de aguas como la distribución de competencias, la planificación hidrológica y sus relaciones con el resto de instrumentos planificadores, las técnicas jurídicas para el control de avenidas e inundaciones y los títulos habilitantes de su uso como bien de dominio público natural.

Como es sobradamente conocido, las peculiares características del Derecho Ambiental español, cambiante por antonomasia, tanto por exigencias de su propio objeto como por la europeización a la que se encuentra sometido, nos está llevando a una general reformulación del tradicional Derecho de Aguas, sobre todo a partir de la Directiva 2000/60 Marco de Aguas (DMA). El agua, desde estos ya no tan nuevos planteamientos, sin dejar de cumplir esa función económica como recurso sobre el cual desarrollar la actividad industrial, agrícola y turística, entre otras, que fundamentalmente se dirige a disciplinar su uso y a asegurar su disponibilidad, es entendida en las últimas décadas fundamentalmente como recurso básico para la vida, concepción en la que entroncan nuevos planteamientos también conocidos sobre el reconocimiento del derecho humano al agua y su naturaleza de recurso natural de marcado valor ambiental.

Nuestro estudio se dirige al análisis del régimen jurídico de las concesiones de uso privativo del agua, para preguntarnos e intentar responder acerca de una eventual necesidad de reinterpretación o replanteamiento de la revisión de las mismas como consecuencia de exigencias ambientales, esto es, por exigencias de los nuevos caudales ecológicos fijados en la planificación hidrológica o de medidas ambientales derivadas de los resultados de la evaluación ambiental de los planes o de la prevalencia de la planificación de los recursos naturales y de la protección de los espacios naturales, incluida la Red Natura 2000. Se plantea el derecho a indemnización de los titulares de las concesiones preexistentes y si la ecologización del derecho de aguas está provocando algunas consecuencias sobre su disciplina.

Situados en las coordenadas descritas, y encarando el tema anunciado, a nadie ya sorprende que la incorporación de la variable ambiental exija cada vez más la frecuente reconsideración de concesiones hidráulicas previamente concedidas, como consecuencia de la imposición de nuevos caudales ecoló-

(2) ESTEVE PARDO, 2015: pp. 502-503.

gicos o de medidas ambientales derivadas de la evaluación ambiental o de la prevalencia de la planificación de los recursos naturales y de la protección de los espacios naturales, incluida la Red Natura 2000 (3). En puridad, la operación de deshacer o dismantelar el entramado de concesiones hidráulicas preexistentes no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el texto de la propia Ley 29/1985, de Aguas (LA), en su redacción inicial, y aún antes la Ley de 20 de febrero de 1942, de Pesca, supeditaron el otorgamiento de las concesiones a las exigencias de conservación del recurso (art. 40.d) o a la garantía de aprovechamiento concreto (4).

La adecuación ambiental de las concesiones de uso privativo de aguas, que puede exigir dismantelar las concesiones previamente otorgadas (rescate o revocación), o al menos proceder a su modificación (revisión), podrá encontrar su justificación en una variación de las circunstancias determinantes de su otorgamiento o más bien en la adecuación de las mismas al contenido de los Planes hidrológicos. En consecuencia, surgirán diversos interrogantes en relación con la indemnidad del principio de seguridad jurídica y de confianza legítima, así como sobre la aplicación de la doctrina de los derechos adquiridos y de la vinculación de la Administración a sus propios actos, todo ello para fundamentar si existe o no derecho a indemnización conforme a la normativa vigente.

La reconsideración de las concesiones de uso privativo del agua por motivos ambientales, formalizada a través de diversos procedimientos, como son el rescate o revocación y la revisión o modificación de las concesiones de uso privativo, ha de ser analizada en el marco de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA). Sin perjuicio de abordar seguidamente cuál es la regulación que a estos aspectos dispensa el TRLA, en este lugar procedemos a dar cuenta de la regulación del rescate y de la revisión de concesiones de uso de dominio público que, con carácter general, lleva a cabo la referida LPAP (5).

(3) GÁLVEZ se refería a esta circunstancia en relación con las autorizaciones. A su juicio, constituyen un medio eficaz para la protección del medio ambiente cuando se trata de iniciar nuevas actividades que puedan afectar al medio ambiente, pero traen problemas cuando se pretende adaptar las actividades autorizadas a condiciones más exigentes de las nuevas regulaciones sobre la materia. Así, cuando una nueva regulación exige condiciones más estrictas a una actividad, para salvar las dificultades que pueden producirse en relación con la expropiación de derechos adquiridos por la reconfiguración de la actividad sin compensaciones económicas, es necesario acudir a soluciones innovadoras como el establecimiento de *standar*, la regulación de las características de las materias primas y las homologaciones e imposiciones de niveles tecnológicos en las respectivas autorizaciones (GÁLVEZ, 1985: pp. 815 y 816).

(4) HERRÁEZ VILLAS, 1999: pp. 66 y 67.

(5) Recuérdese que en virtud del art. art. 84. 3 de la LPAP, *Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se registrarán en primer término por la legislación*

Esta norma estatal transversal, que regula con carácter básico las concesiones de uso de bienes de dominio público ex art. 149.1.18º CE, se refiere al rescate de las concesiones demaniales, estableciendo que *se extinguirán por el rescate de la concesión, previa indemnización* (art. 100 LPAP). También contempla la norma patrimonial la revocación unilateral de las autorizaciones sobre bienes de dominio público, en este caso sin hacer referencia alguna al eventual derecho a indemnización que pudiera corresponder al titular de la misma (art. 92.4 LPAP). Guarda silencio, sin embargo, sobre la revisión de concesiones y autorizaciones.

Si esta es la disciplina básica que se deriva de la LPAP, dicha regulación debe ser integrada con la que el TRLA lleva a cabo de la revisión de las concesiones de uso privativo de agua, según la cual las concesiones podrán ser revisadas *cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento, en casos de fuerza mayor —a petición del concesionario— y cuando lo exija su adecuación a los Planes hidrológicos* (art. 65.1 TRLA). Se establecen taxativamente los tres posibles motivos de revisión, advirtiéndose, además, que sólo en el caso señalado en el párrafo c) del apartado 1, esto es, cuando lo exija su adecuación a los Planes hidrológicos, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa (art. 65.3 TRLA).

Como se tendrá ocasión de analizar, los motivos contemplados como causas que legitiman la revisión del título habilitante en el art. 65 del TRLA resultan de muy diversa naturaleza. Además, debe precisarse que el TRLA en ningún momento contempla de manera expresa los denominados «motivos de oportunidad», a diferencia, como se verá, de lo que el mismo texto legal establece cuando el título habilitante a considerar es la autorización (art. 104 TRLA). Por otra parte, debe añadirse que, en sentido contrario, el TRLA guarda silencio en relación con la revocación de concesiones, de modo que en este caso devendría aplicable el ya mencionado art. 100 de la LPAP (6).

II. LA REVOCACIÓN DE CONCESIONES DE USO DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR. DOCTRINA

Como es sabido, existe consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la inexistencia de derechos adquiridos respecto de bienes de dominio público. El

especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley.

(6) Dejamos fuera del presente estudio el análisis de la revisión y rescate de autorizaciones de dominio público, sin perjuicio de la referencia en el texto del presente trabajo a la solución indemnizatoria contemplada por el TRLA para estos supuestos.

uso especial o privativo de un bien de dominio público siempre se encuentra sometido a plazo, so pena de nulidad (7). Ahora bien, antes del vencimiento de éste sí es posible que la Administración deje sin efecto la concesión, siempre que así lo justifiquen circunstancias sobrevenidas de interés público, entre las que puede encuadrarse la protección de los valores ambientales del bien, mediante resarcimiento de los daños que se causaren o sin éste cuando no procediere. Nos referimos a la potestad administrativa de rescate de concesiones regulada en los arts. 100 de la LPAP y 80.10º del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBCL) como facultad implícita en toda concesión. En este sentido, puede afirmarse que el rescate o revocación de concesiones, en estos casos, goza de carácter expropiatorio, de conformidad con el art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF), por tratarse de una privación singular de derechos de contenido patrimonial, y así fue entendido, entre otras, por las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 6 de abril de 1987 y de 24 de diciembre de 2001 respecto de bienes de dominio público marítimo-terrestre (8).

Esta posibilidad de revocación anticipada, denominada *cláusula de precario*, puede dar lugar o no a indemnización. Siguiendo a MARTÍN MATEO, doctrina y jurisprudencia han distinguido entre *precariedad de primer grado*, creada con carácter permanente y duradero —que comporta derecho a indemnización— y *precariedad de segundo grado*, provisional y transitoria —que no comporta el deber de indemnizar— (9). La distinción entre ambas se basa

(7) CORRAL GARCÍA y LÓPEZ PELLICER, 2001: pp. 208-209.

(8) Al hilo de la distinción entre autorizaciones y concesiones de dominio público, el TS ha entendido que de la concesión, nacen verdaderos derechos subjetivos, por lo que, en el caso de revocación, surgirá el deber de resarcir los daños y perjuicios irrogados. En relación con la autorización, en cambio, que otorga o tolera un uso especial, éste será revocable por razones de interés público sin indemnización. LÓPEZ RAMÓN, sobre este particular, advirtió que la operación en que consiste el rescate de concesiones previsto en las leyes sectoriales, se produce, al igual que la revocación, sin necesidad de seguir el procedimiento expropiatorio. Vid. LÓPEZ RAMÓN, 1981: pp. 60 y 61.

(9) De imprescindible consulta resulta el trabajo de MARTÍN MATEO, 1968, pp. 93-121. Un profundo estudio del precario administrativo puede encontrarse en la monografía DESDENTADO DAROCA, 2006. Vid., asimismo, FERNÁNDEZ ACEBEDO, 2007 y GARCÍA PÉREZ, 2007: pp. 337-352. La normativa autonómica también prevé la revocación de concesiones en similares términos al art. 80.10º del RBCL. Es el caso de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid. Dispone su art. 33.3 que *La Comunidad de Madrid podrá revocar las concesiones antes de su vencimiento, si lo justificaran circunstancias sobrevenidas de interés público. El concesionario deberá ser resarcido de los daños que se le hayan causado*. En el mismo sentido, como nos recuerda FERNÁNDEZ ACEBEDO, se encuentran las leyes de patrimonio de las CCAA de Andalucía, Aragón, Valencia, Extremadura, Galicia, Cantabria, Baleares, La Rioja, Navarra, Asturias, País Vasco, y Murcia (FERNÁNDEZ ACEBEDO, 2007: p. 414). No obstante, resulta curioso que de un análisis detenido del contenido de las leyes de patrimo-

en las diferentes condiciones de estabilidad o interinidad del uso concedido y en las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompaña a la acción revocatoria, de suerte que la cláusula de precario no elimina *per se* la indemnización

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante. Así, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 13 de diciembre de 1999 ya hace más de quince años se erigió como un claro exponente de la doctrina que niega la existencia de derechos adquiridos respecto a bienes de dominio público, al afirmar el TS que: [...] *Por mucho tiempo que el demandante haya usado la vía pública de que se trata como paso para vehículos, ningún derecho adquirido puede deducirse de tal hecho, porque los bienes de dominio público son inmunes frente a la posesión continuada de los particulares, que en ningún caso puede originar para los poseedores la adquisición de derechos reales por usucapión [...]* (f.j. 2º) (10).

Ahora bien, una cosa es que no se adquieran derechos sobre el dominio público, y otra muy distinta es que, en caso de revocación de títulos que habilitan a su uso, ello no comporte en ningún caso derecho a indemnización. Afirmaba el Tribunal en esta misma Sentencia, y en relación a esta última cuestión, que: [...] *los Ayuntamientos tienen competencia para ordenar el tráfico de las calles y plazas públicas y regular la forma de su uso, y dentro de esa competencia se incluye la facultad municipal de declarar una plaza o calle pública de uso peatonal sin que frente a la misma ningún vecino ostente derecho adquirido alguno para seguir transitando por ellas con vehículos en la forma en que venían haciéndolo, sin perjuicio de la indemnización que puede ser procedente en determinados casos [...]* (f.j. 1º) (11).

Finalmente el Tribunal no descarta el derecho a indemnización, el cual ha de ponerse en conexión con la singularidad de la medida que prohíbe una actividad previamente autorizada. Considera el Alto Tribunal que se trata de un título revocable por su propia naturaleza que en el concreto caso analizado no constituye privación singular de derechos. Finalmente,

nio autonómicas pueda vislumbrarse que algunas de ellas, entre las que se encuentra la Ley 3/1992, de 30 de julio, de patrimonio de la Región de Murcia (art. 39.2.c) y la Ley 6/2001, de 11 de abril, de las Islas Baleares (art. 30.2. c), no reconozcan en todo caso el derecho a indemnización derivado del rescate de las concesiones, sino sólo «cuando proceda», lo cual es buena muestra de que no existe una solución uniforme a esta cuestión, si bien cabría plantear la inconstitucionalidad de estas disposiciones por contravenir la normativa básica estatal ex. art. 149.1.18º CE.

(10) *Vid.*, asimismo, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de mayo de 1998 (f. j. 4º).

(11) *Cfr.* SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 22 de noviembre de 1983 y de 30 de marzo de 1987.

no reconoce el derecho a indemnización porque no se formuló la pretensión indemnizatoria en instancia, a pesar de que incardina el supuesto en la revocación por cambio de apreciación del interés público, esto es, basada en motivos de oportunidad.

Por su parte, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 25 de julio de 2001, estimó que las concesiones pueden ser revocadas unilateralmente por la Administración en cualquier momento, sin derecho a indemnización, cuando impidan la utilización del dominio público para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso público. Concretamente se pronuncia el Tribunal sobre la revocación de una concesión de instalación fija en el dominio público marítimo-terrestre, que puede ser revocada aunque no se hubieran cumplido las condiciones a que hubieran estado sometidas —v.gr., plazo— con sólo alegar exigencias de interés público —en este caso sería la necesidad de construir un paseo marítimo, que prevalecería sobre el interés privado de explotación de un quiosco— (12). Sobre este particular, y en el mismo sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 8 de abril de 2003, consideró que *«la cláusula de precario no elimina por sí misma la obligación administrativa de indemnizar ... no se produce exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario, pues esto sólo se admitiría en una precariedad de segundo grado, pero no en una precariedad de primer grado creada con carácter permanente y duradero, lejos de la provisionalidad y transitoriedad más propia de la precariedad de segundo grado»* (13).

Más recientemente, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 3 de diciembre de 2010, vuelve a incidir sobre la distinción entre la utilización en precario del dominio público que se prolonga significativamente en el tiempo, permitiendo el desarrollo de actividades industriales o mercantiles y la utilización breve o puntual que no sirve de base para iniciativas económicas duraderas, que llevó a la referida STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 8 de abril de 2003, a distinguir entre precarios administrativos de «primer grado» y de «segundo grado».

La aparente diferencia de soluciones a que llega el TS en la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 13 de diciembre de 1999 y en las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 25 de junio de 2001, de 8 de abril de 2003, de 21 de octubre de 2004 y de 3 de diciembre de 2010, gravita

(12) Vid. SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 11 de noviembre de 1986, de 20 de mayo de 1992 y de 6 de mayo de 1996.

(13) En el mismo sentido, vid. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de octubre de 2004.

en torno a la distinción entre autorizaciones y concesiones, uno asunto, como es sabido, nada pacífico en la doctrina (14). La conclusión a la que puede llegarse es que en relación a la procedencia de indemnización, se habrá de estar a la existencia de «cláusula de precario», así como a la finalidad del rescate de la concesión. De este modo, la precariedad de los títulos habilitantes no es óbice para el reconocimiento del derecho a indemnización; sólo no surgirá éste cuando la revocación no tenga como finalidad la protección y salvaguarda del principal destino del bien de dominio público sobre el que recae la concesión —precariedad de segundo grado—. Pero, cuando estuviera fundada en nuevos criterios de apreciación del interés público, surgirá entonces el derecho a compensación (15). Ahora bien, se ha de tener en cuenta, asimismo, que como ha sostenido en alguna ocasión el TS —en este caso en la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 4 de noviembre de 1997—, «la utilización por el Derecho Administrativo de la cláusula de precario supone un intento de evasión, como muchos otros, a los controles y especialmente a la obligación de indemnizar. Así, cuando la duración de la habilitación se corresponde con un plazo relativamente amplio, la Administración carece de facultades para atribuirse por medio de dichas cláusulas el poder de revocar o modificar, a libre voluntad y sin compensación económica, el uso anormal concedido o autorizado. Esto es, la Administración no puede crear situaciones en precario similares a las que se dan en Derecho Civil. Habrá que estar, pues, a la determinación de la validez y eficacia de la revocación teniendo en cuenta el fin del acto habilitante y las razones de oportunidad, con el objetivo

(14) En relación con ello, afirma el TS, en Sentencia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4 de noviembre de 1997, que *no existe un contenido homogéneo y unívoco ni de las autorizaciones ni de las concesiones*. No obstante, a pesar de la esta borrosa distinción de estos títulos habilitantes en la normativa sectorial, la LPAP, en su art. 86, ha intentado distinguir claramente ambos títulos en relación con el uso del dominio público, estableciendo lo siguiente: *1. El uso común de los bienes de dominio público podrá realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación. 2. El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión. 3. El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.*

Un interesante estudio ilustrador de esta polémica puede encontrarse en GARCÍA PÉREZ, 2007: pp. 337-352 y GARCÍA PÉREZ, 1995. Asimismo, de obligada consulta resulta RANELETTI, 1894.

(15) Vid. CORRAL GARCÍA y LÓPEZ PELLICER, 2001: pp. 217 a 219. Cfr. MARTÍN MATEO, 1968: pp. 93-121.

de determinar si su ejercicio responde o no a la protección y salvaguarda del destino del bien demanial» (16) (17).

En efecto, debe tenerse presente que la concesión demanial, a diferencia de la autorización, genera una situación jurídica dotada de cierta estabilidad y firmeza, que no obstante puede extinguirse anticipadamente (revocación), siempre que concorra un interés público prevalente y que se proceda a la tutela del derecho del concesionario mediante la correspondiente indemnización (18). En otro caso, esto es, cuando la revocación no tenga como finalidad la protección y salvaguarda del principal destino del bien de dominio público en cuestión sobre el que recae la concesión —precariedad de segundo grado—, no habrá derecho a indemnización.

(16) *Vid.* MESTRE DELGADO, 2004: pp. 491-520. En este sentido, el art. 78 de la Ley catalana 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña prevé la revocación de las autorizaciones concedidas por la Administración portuaria sin derecho a indemnización, cuando sean incompatibles con obras, planes o normativas aprobados posteriormente, cuando obstaculicen la explotación portuaria o cuando impidan la utilización del espacio portuario en actividades de mayor interés. Asimismo, la Orden catalana de 4 de abril de 1995 por la que se regula la Extracción de Organismos Marinos Vivos con finalidades científicas, educativas, culturales y acuariológicas en las aguas del litoral catalán prevé la potestad de revocar unilateralmente y sin derecho a indemnización las autorizaciones concedidas antes de su vencimiento, por razones de interés público, de preservación del medio natural o de conservación de los recursos (art. 8).

(17) Ya la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 29 de septiembre de 1980 afirmó que las autorizaciones y concesiones otorgadas en las que se inserta la cláusula de precario sólo pueden revocarse y ejercitar la correspondiente acción cuando sobrevenga otro interés público incompatible con el que motivó su otorgamiento y que sea preferente al primero. Interesantes también resultan los planteamientos sostenidos en la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 4 de noviembre de 1997 considera que, a pesar de la presencia de la cláusula de precario, no aparece necesaria la revocación de la concesión para la protección de algún bien o interés público. *Vid.* f. j. 8º.

(18) FERNÁNDEZ ACEBEDO descarta la hipótesis de revocaciones de concesiones de dominio público no indemnizables, asimilando en consecuencia la revocación y el rescate (FERNÁNDEZ ACEBEDO, 2007: p. 414). En contra, en cambio, se encuentran algunas normas autonómicas como la Ley catalana 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña (art. 78) que prevé la revocación de las autorizaciones concedidas por la Administración portuaria sin derecho a indemnización, cuando sean incompatibles con obras, planes o normativas aprobados posteriormente, cuando obstaculicen la explotación portuaria o cuando impidan la utilización del espacio portuario en actividades de mayor interés. Asimismo, la Orden catalana de 4 de abril de 1995 por la que se regula la Extracción de Organismos Marinos Vivos con finalidades científicas, educativas, culturales y acuariológicas en las aguas del litoral catalán prevé la potestad de revocar unilateralmente y sin derecho a indemnización las autorizaciones concedidas antes de su vencimiento, por razones de interés público, de preservación del medio natural o de conservación de los recursos (art. 8).

III. LA REVOCACIÓN Y REVISIÓN DE AUTORIZACIONES POR MOTIVOS DE LEGALIDAD U OPORTUNIDAD AMBIENTAL EN EL TRLA ¿SON INDEMNIZABLES?

Antes de abordar el análisis de la revisión de concesiones de uso privativo de aguas cuando ésta última trae causa en su adaptación al contenido de los Planes hidrológicos por motivos ambientales, conviene que nos detengamos en el estudio de la regulación conferida por nuestro ordenamiento jurídico a la revocación de autorizaciones como títulos habilitantes previstos también en el TRLA, en la medida en que dicho análisis puede ayudar a comprender la distinta naturaleza de los motivos de revisión de concesiones de uso privativo de aguas y, en consecuencia, facilitar la formulación de una más rigurosa respuesta a los interrogantes que se plantea la doctrina en torno a la indemnizabilidad o no del rescate y de la revisión de las concesiones de uso de dominio público hidráulico.

Debe advertirse, en primer lugar y con carácter previo, que superado el tracto único de los títulos habilitantes propio de las primeras normas ambientales, el más moderno Derecho Ambiental viene a configurarlos como títulos de tracto sucesivo. Y si no es así, la administración otorgante, dentro del margen de discrecionalidad que entonces le otorga la norma, viene a incluir entre su condicionado la obligación de ajustarse, en todo momento, a las exigencias de interés público. Dichas exigencias de interés público, a su vez, se encontrarán o no cristalizadas en la normativa sobrevenida, por lo que si éstos requerimientos cambian, los títulos habilitantes habrán de adaptarse a los mismos (19). Así, que la norma reguladora o el propio condicionado del título habilitante supedita su vigencia a la adecuación de la actividad amparada a estos eventuales cambios de circunstancias, vengan o no constituidos por un cambio normativo, en ambos casos dichas variaciones encontrarán su fundamento, bien en motivos de legalidad ambiental, o bien en motivos de oportunidad ambiental (20). Cuando se trate de licencias o autorizaciones condicionadas a su permanente adecuación al estado normativo de cada momento, su revocación, en caso de no adaptación, no deparará derecho a indemnización, pues existirá el deber jurídico de soportar las inversiones que exijan las nuevas medidas normativas o bien la revocación-sanción. Así se deriva del art. 92.4 de la LPAP. Sobre este extremo, CUCHILLO FOIX ya advirtió cómo las normas ambientales que prevén la adecuación a la normativa futura no prevén derecho a indemnización porque considera que no encajan en el supuesto de privaciones singulares de derechos

(19) Vid. STS (Sala de Contencioso-administrativo) de 22 de septiembre de 1999, f. j. 2º.

(20) LÓPEZ PELLICER y LUISET BORREL, 2002: p. 119.

que sí deparan derecho a indemnización (21). En nuestra opinión, además, la razón de la omisión de cualquier referencia normativa o en el clausulado del título habilitante a la indemnización se debe, más bien, al hecho de que el motivo de la revocación no puede ser calificado como un cambio de apreciación del interés público, habida cuenta de que dicha mutación se encuentra prevista por norma o por la Administración, de suerte que el beneficiario del título habilitante conoce de modo previo la precariedad a que se encuentra sometido el título habilitante. Esto es, el propio carácter de tracto sucesivo del título implica la vinculación de su validez a su adecuación permanente a los condicionantes que se deriven de la normativa sobrevenida (22). La precariedad propia de toda autorización, pero sobre todo la previsibilidad de estas modificaciones normativas sobrevenidas, que hacen que el beneficiario conozca la probabilidad de modificación del título habilitante, justifican que, en estos casos, el ordenamiento jurídico excluya el derecho a indemnización. De este modo, puede decirse que la ambientalización del Derecho de aguas, por lo que se refiere a las autorizaciones, refuerza el precario presente en toda autorización (23). Recuérdese que la LPAP contempla con carácter general

(21) Es cierto que la adecuación a la normativa vigente, cuando se trata de ajustar el plazo de la concesión, no comporta derecho a indemnización. Así lo ha entendido el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) en Sentencia de 22 diciembre 2003, al considerar que *la adecuación del plazo de duración de la concesión a los plazos establecidos en la LC no implica una revocación de aquélla, en los términos expresados en el apartado 2 de la misma Disposición Transitoria y la revisión de las cláusulas concesionales conforme a lo expuesto en su apartado 4, no es aplicable a la reducción de los plazos de las concesiones establecidas por más de treinta años que puede imponerse sin que, por ese solo hecho, surja derecho a indemnización*. Recuérdese que conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Sexta, apartado primero de la LC, ni siquiera las concesiones prorrogables conforme a lo señalado en el título concesional pueden serlo por plazo superior a treinta años, razón por la que es conforme al criterio legal limitar temporalmente las concesiones para ocupar terrenos pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, preceptuado en la Disposición Transitoria decimocuarta, apartado tercero, del Reglamento de Costas, en la que se fija un plazo de treinta años, a contar de la entrada en vigor de la Ley, para aquéllas concesiones no sujetas a él, plazo fijado en la resolución impugnada. Esta doctrina citada en texto ha sido acogida por la AN en SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 septiembre 2009.

(22) CUCHILLO I FOIX, 1995: p. 514. Advierte la autora que *dichas normas suelen establecer expresamente, y en atención a que dichas modificaciones operan de forma generalizada y para la totalidad de los ciudadanos afectados, que tales revocaciones no darán derecho a indemnización. Puesto que mal podrían incluirse en la categoría de privaciones imperativas y singulares de derechos, en las que el instituto de la Responsabilidad se fundamenta en último término*. Cfr. GARCÍA MACHO, 1988: pp. 599 y ss. SALA ARQUER se refiere al carácter general de la limitación producida por el cambio de normativa para justificar la inexistencia de derecho a indemnización, conexiando esta cuestión con la prohibición de retroactividad de las disposiciones administrativas generales (SALA ARQUER, 1974: p. 161).

(23) En un completísimo estudio sobre las concesiones de dominio público, FERNÁNDEZ ACEBEDO habla de la «previsibilidad» del cambio de circunstancias, la cual provoca que se

la revocación de las autorizaciones de modo unilateral por la Administración concedente y en cualquier momento, por razones de interés público y sin generar derecho a indemnización, *cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general* (art. 92.4 LPAP). Se trata, en este caso, de un título precario *ex lege*, la autorización de uso de bienes de dominio público, que habilita a la revocación por motivos de legalidad o por motivos de oportunidad sin indemnización (art. 92.4 LPAP). Como puede colegirse, dicha regulación flexibiliza y facilita la gestión del dominio público, garantiza que el destino del bien nunca sea contrario al interés público prevalente y, por último, evita la obligación de indemnizar (24).

A nivel jurisprudencial, la conocida STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 22 de septiembre de 1999 hizo eco de este tipo de licencias que nacen «a precario», y que habilitan a la Administración otorgante a su retirada cuando razones de interés público lo aconsejen, sin generar derechos adquiridos y, en consecuencia, sin implicar derecho a indemnización, pues consentida la precariedad del título habilitante —autorización o licencia— estipulada en su condicionado o derivada de la norma reguladora, dicha precariedad prevalece o se impone al derecho a indemnización (25).

Si esta es la doctrina general, deviene necesario ahora descender a la regulación especial que se deriva del TRLA y que en virtud del art. 84.3 de la LPAP debe regir en primer lugar. Pues bien, debe señalarse que las autorizaciones de vertido al dominio público hidráulico se configuran como títulos temporales o perentorios, al estar supeditada su vigencia a un plazo concreto determinado en la norma, al tiempo que son renovables sucesivamente siempre que se cumplan las normas de calidad y objetivos ambientales exigibles en cada momento (art. 101.3 TRLA) (26). Si transcurrido el plazo de su vigencia

considere más que probable que la autorización se va a revocar o modificar. FERNÁNDEZ ACEBEDO, 2007: p. 305.

(24) Vid. FERNÁNDEZ ACEBEDO, 2007: p. 301, MARTÍN MATEO, 1968: pp. 93-121 y MARTÍN RETORTILLO, 1997: p. 226.

(25) Vid. STS de 22 de septiembre de 1999. El Tribunal considera que [...] es la aceptación por la entidad interesada, voluntariamente y sin ninguna protesta, de una cláusula explícita de precariedad en las licencias la que impide la indemnización [...] Son razones de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), de buena fe en el ejercicio de derechos (artículo 7.1 del Código Civil), y de respeto al principio de los actos propios [...] las que impiden la concesión de una indemnización a la que la interesada renunció en su día. Acto de renuncia que se sobrepone a lo que establece el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales [...] la indemnización es procedente en los casos en que la licencia no contenga tal cláusula de precariedad [...].

(26) Así se derivaba del art. 93.2 de la LA de 1985 y del art. 101.2 del TRLA.

no se cumplieren dichos requisitos, podrán ser unilateralmente modificadas o revocadas, de acuerdo con los arts. 104 y 105 TRLA (27), sin que ello comporte derecho a indemnización (art. 105.3) (28). De todos los supuestos previstos en el art. 105 TRLA, el único que se refiere a esta cuestión a que aludimos es el que vincula la revocación al incumplimiento de alguna de las condiciones de la autorización. Se trata de una revocación por motivos de legalidad —revocación sanción—, que no da derecho a indemnización en ningún caso (29). Esta solución es acogida sin ambages por el TS, pues incumplidas estas condiciones, no resulta relevante que acontezca un cambio de planeamiento que, en otro caso, habría motivado una revocación por cambio en los criterios de apreciación (30).

(27) El art. 104 del TRLA, sobre Revisión de las autorizaciones de vertido dispone lo siguiente: *1. El Organismo de cuenca podrá revisar las autorizaciones de vertido en los siguientes casos: a) Cuando sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación o el otorgamiento en términos distintos. b) Cuando se produzca una mejora en las características del vertido y así lo solicite el interesado. c) Para adecuar el vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables en cada momento y, en particular, a las que para cada río, tramo de río, acuífero o masa de agua dispongan los Planes Hidrológicos de cuenca. 2. En casos excepcionales, por razones de sequía o en situaciones hidrológicas extremas, los Organismos de cuenca podrán modificar, con carácter general, las condiciones de vertido a fin de garantizar los objetivos de calidad.* Por su parte, el art. 105 del TRLA establece: *1. Comprobada la existencia de un vertido no autorizado, o que no cumpla las condiciones de la autorización, el Organismo de cuenca realizará las siguientes actuaciones: a) Incoar un procedimiento sancionador y de determinación del daño causado a la calidad de las aguas. b) Liquidará el canon de control de vertido, de conformidad con lo establecido en el artículo 113. 2. Complementariamente, el Organismo de cuenca podrá acordar la iniciación de los siguientes procedimientos: a) De revocación de la autorización de vertido, cuando la hubiera, para el caso de incumplimiento de alguna de sus condiciones. Cuando la autorización de vertido en cuencas intercomunitarias se hubiera integrado en la autorización ambiental integrada, el organismo de cuenca comunicará la revocación mediante la emisión de un informe preceptivo y vinculante a la Comunidad Autónoma competente, a efectos de su cumplimiento. b) De autorización del vertido, si no la hubiera, cuando éste sea susceptible de legalización. c) De declaración de caducidad de la concesión de aguas en los casos especialmente cualificados de incumplimiento de las condiciones o de inexistencia de autorización, de los que resulten daños muy graves en el dominio público hidráulico. 3. Las revocaciones y declaraciones de caducidad acordadas conforme al apartado anterior no darán derecho a indemnización.*

(28) Téngase en cuenta que la disp. final segunda de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrado de la contaminación, modificó el art. 105 referido en el Texto legal, al tratar de la revocación de licencias de vertidos, añadiendo un nuevo párrafo al art. 105.2.a del TRLA del siguiente tenor: *Cuando la autorización de vertido en cuencas intercomunitarias se hubiera integrado en la autorización ambiental integrada, el organismo de cuenca comunicará la revocación mediante emisión de un informe preceptivo y vinculante a la Comunidad Autónoma competente, a efectos de su cumplimiento.*

(29) Con idéntico sentido, *vid.* art. 16 del RSCL.

(30) La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 15 de enero de 2000 advierte que, suponiendo que la licencia no haga referencia expresa a dicha pérdida de efectos, el

Por otra parte, como hemos advertido, el TRLA también prevé la revisión de las autorizaciones de vertido *cuando sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación u otorgamiento en términos distintos* (art. 104.1 a), *cuando se produzca una mejora en las características del vertido, y así lo solicite el interesado* (art. 104.1 b), y, por último, *para adecuar el vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables en cada momento y, en particular, a las que para cada río, cada tramo de río, acuífero o masa de agua dispongan los Planes Hidrológicos de Cuenca* (art. 104.1. c). (31) Los dos primeros supuestos vinculan la posibilidad de revocación a la modificación de las circunstancias de hecho que motivaron la licencia en las condiciones en que se otorgó. Mas el tercer y último supuesto se refiere simultáneamente a la mutación normativa o al cambio en la apreciación del interés público por otras circunstancias objetivas como la modificación de la planificación hidrológica o aparición de una planificación sobrevenida. Pues bien, la Ley guarda silencio sobre la procedencia de indemnización en este caso, a diferencia del art. 16 del RSCL y, como veremos, del art. 65 TRLA en relación a las concesiones. Podría plantearse, no obstante, la aplicación del art. 102 de la Ley 30/1992, de 26

art. 16 RSCL, a mayor abundamiento, dispone que quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieran subordinadas (f.j. 3º). La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27 de enero de 1999 enjuicia un supuesto de revocación de licencia por vía indirecta, sin sujeción a las garantías pertinentes derivadas de la Ley de Procedimiento de 1958, estimando procedente la indemnización conforme al art. 16 del RSCL y 36 y ss. del RAMINP. Vid. f. j. 2º.

(31) Se ha de tener en cuenta, además, el art. 261.1 del RDPH, tal y como dispone el art. 101.3 del TRLA, según el cual El Organismo de cuenca podrá revisar las autorizaciones de vertido en los siguientes casos: a) *Cuando sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación o el otorgamiento en términos distintos.* b) *Cuando se produzca una mejora en las características del vertido o una variación en su volumen y así lo solicite el interesado.* c) *Para adecuar el vertido a las normas de calidad ambiental correspondientes al medio receptor, contemplados en el respectivo plan hidrológico de cuenca o, en su defecto, a las normas de emisión y de calidad ambiental que se dicten con carácter general.* En casos excepcionales, por razones de sequía o en situaciones hidrológicas extremas, los Organismos de cuenca podrán modificar, las condiciones de vertido a fin de garantizar los objetivos de calidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 104 del TRLA.

En contra del contenido expropiatorio de las limitaciones temporales de caudales en situaciones de sequía, se encuentra la STS (Sala de lo contencioso-administrativo), de 25 de octubre de 2004, en la que el alto Tribunal, ante una solicitud de indemnización de la Comunidad de Regantes del Valle Inferior del Guadalquivir por limitación temporal de caudales regulados por el embalse de La Breña, según lo establecido en el Real Decreto 59/1992, de 22 de mayo, sobre Medidas administrativas especiales para la gestión de los recursos hidráulicos ante un período de sequía, repite su decisión tomada en la STS de 14 de junio de 2003. En ambas sentencias, el TS considera adecuadas las medidas adoptadas por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y niega que tengan carácter expropiatorio, condenando en costas a la Comunidad de Regantes en la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 25 de octubre de 2004.

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) —ahora 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento Administrativo Común (LPAC)—, según el cual, *las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los arts 139.2 y 141.1 de la misma (art. 102.2 LRJPAC) (32).*

Por lo demás, como hemos visto *supra*, si acudimos a la regulación general albergada por el art. 92.4 de la LPAP respecto de las autorizaciones demaniales, se establece que *Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.*

Como puede observarse, ni la regulación especial contenida en el art. 104 y concordantes del TRLA, ni la regulación general contemplada en el art. 92.4 de la LPAP reconocen el derecho a indemnización por revocación o revisión de autorizaciones demaniales basada en razones de interés público, independien-

(32) El precepto citado, cuya regulación ha dejado intacta la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 106), dispone lo siguiente: 1. *Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.* 2. *Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.* 3. *El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.* 4. *Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.* 5. *Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.* la remisión que efectúa el precepto al régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, debe entenderse efectuado ahora a los arts. 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

temente de que se encuentren previstas en una norma o supongan el ejercicio de la discrecionalidad del planificador dentro de su margen de apreciación del interés público.

4. LA REVOCACIÓN Y REVISIÓN DE CONCESIONES DE USO PRIVATIVO DEL AGUA COMO CONSECUENCIA DE SU ADAPTACIÓN A LAS EXIGENCIAS AMBIENTALES DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS ¿SON INDEMNIZABLES?

1. La revocación de concesiones de uso privativo de aguas por exigencias ambientales es indemnizable

Una vez expuesta *supra* la opción del legislador respecto de la revocación y revisión de autorizaciones demaniales, procede entonces que nos preguntemos si existe derecho a indemnización cuando se reconsidera una concesión de uso privativo de aguas. La concesión de uso privativo de aguas es un título jurídico administrativo de carácter temporal que habilita a su titular al uso privativo, consuntivo o no, del agua. Estas concesiones deben moverse en el marco de los Planes hidrológicos, debiendo otorgarse de conformidad con el orden de preferencia de usos fijado en el Plan. Su otorgamiento será discrecional, siempre observando dicho orden de preferencia, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público.

Una vez otorgada la concesión de uso privativo del agua, ésta no puede identificarse, sin más, como derecho absoluto, por lo que nuevos criterios de apreciación del interés público justificarían su revocación o revisión. Estos nuevos criterios pueden derivar precisamente de la ambientalización del Derecho de aguas a la que asistimos en la actualidad, que en este punto supone la necesaria observancia por parte de los Planes hidrológicos de las exigencias del Derecho comunitario, especialmente de la Directiva 2000/60/CE Marco de Aguas, pero también como hemos dicho del régimen comunitario de la responsabilidad ambiental, de la evaluación ambiental y de protección de espacios y especies, que se impone, como una limitación más, y condiciona estas concesiones demaniales. El problema, como es sabido, se plantea cuando estas exigencias ambientales son sobrevenidas y afectan a concesiones de uso privativo de aguas previamente concedidas.

Para el caso del rescate o revocación de concesiones de uso privativo de agua, ya hemos señalado que, en aplicación el art. 100 de la LPAP, se reconoce en todo caso derecho a indemnización (33). No obstante, se habrá de

(33) El Consejo de Estado, en Dictamen núm. 622/2010, de 30 de septiembre declara conforme a derecho la caducidad de la concesión por incumplimiento de las obligaciones

estar, ex art. 84.3 de la LPAP, a lo que disponga el TRLA, al establecer dicho precepto que *Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público*

relativas a la escala de peces y al caudal ecológico. Por su relevancia, y relación con la temática tratada en el texto, extractamos su argumentación: «Y es que la necesidad de asegurar la conectividad de la biodiversidad del río y la protección de la única especie formalmente declarada como “amenazada” por el ordenamiento, obedecen a un modelo de gestión derivado de la transposición al derecho español de la directiva hábitats y de la declaración del espacio como lic de la red natura 2000, lo que como obligación jurídica es posterior en su implantación a la existencia de la concesión ... es más, el propio clausulado concesional pareció prever que podría ser irremediable tener que extinguir antes la concesión. Efectivamente, el último párrafo de la condición decimocuarta señala: “la administración podrá, una vez transcurridos 25 años, y mediante resolución motivada, declarar extinguida la concesión, cuando el aprovechamiento no se adecúe al plan hidrológico o en el caso en que la continuación de la explotación no conviniere al interés público, sin que el concesionario tenga derecho a indemnización alguna por aplicación del artículo 63 de la Ley de aguas, ni por ninguna otra razón, revirtiendo al estado, en este caso el rescate anticipado, gratuitamente y libre de cargas, las obras que hubiesen sido construidas dentro del dominio público hidráulico para explotación del aprovechamiento”. Por tanto, era hasta cierto punto previsible ese cambio legislativo, hasta el grado de que se previeron explícitamente sus efectos, con unas consecuencias radicalmente distintas a las de la caducidad o el rescate de la concesión que en principio tiene un término mucho más extenso (hasta 2067 y no hasta 2019). Sin embargo, aunque esta cláusula podría haber dado lugar a plantear de manera distinta el expediente, lo cierto es que no ha habido variación alguna en dicha legislación ni en la legalidad que rige la concesión ya que el clausulado concesional contribuía a mitigar todo posible efecto ambiental si se cumplía. Y respecto de éste, no ha habido cambio sino, como mucho, distinta valoración del peso que dichas normas tienen; pero ello, es decir, ajustarse a ellas, era obligación del concesionario como lo viene siendo de la administración. Que el funcionamiento “ordinario” de una minicentral como la que es objeto del expediente, puede en la actualidad resultar imposible o muy improbable, debido al cambio en el régimen ecológico del río que intrínsecamente supone la mera existencia de la minicentral en ese lugar concreto, no implica que por ello haya quedado el concesionario legitimado para desentenderse de sus obligaciones para que las condiciones del clausulado concesional alcanzasen el resultado para el que fueron previstas, máxime cuando esos resultados son valorados de manera objetiva por el ordenamiento como un bien jurídico de mayor intensidad. A su vez, el que, como resultado del expediente, la solución definitiva más idónea conforme al ordenamiento sea la desaparición del azud y la restauración ecológica del río [es decir, la casi constatación de que hoy un proyecto semejante no pasaría los estándares que la praxis de la evaluación de impacto ambiental y la gestión de las especies y lics de la red natura 2000 imponen] no implica que la mera existencia de esta hipótesis o posibilidad pueda ser utilizada como excusa para argumentar que ha declaración de caducidad implica desviación de poder. Objetivamente, el clausulado concesional no se ha cumplido y ello basta para aplicar el párrafo primero de la cláusula decimocuarta que por ello prevé la caducidad de la concesión: “el derecho al uso de las aguas que por esta concesión se otorga se extinguirá por: (...) Por caducidad debido al incumplimiento de una cualquiera de las condiciones...”, lo que no requiere intencionalidad ni negligencia [a diferencia de otros supuestos de extinción, que si la exigen expresamente según este mismo párrafo primer de esta misma cláusula decimocuarta], sino determinación de a quién es imputable el que el clausulado concesional no se cumpla. Y en el presente supuesto las consecuencias deben recaer sobre quien asumió primariamente la obligación de que el sistema se ajustara a dicho clausulado: el concesionario (y su arrendatario)».

se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley. En consecuencia, al silenciar el TRLA la regulación del rescate de la concesión, devendrá aplicable, en todo caso, el art. 100 de la LPAP. En cambio, como se verá a continuación, en relación con la revisión se habrá de estar a lo que establece el art. 65 del TRLA.

2. La insuficiente regulación de la revisión de concesiones de uso privativo de agua en el TRLA

Ya se ha tenido ocasión de advertir que el TRLA establece taxativamente en su art. 65 los distintos motivos de revisión de las concesiones de uso privativo de aguas. Así, en primer lugar se refiere a aquellos casos en que *de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento* [art. 65.1. a) TRLA]. En segundo término, a aquellos supuestos en que *la revisión se derive de fuerza mayor, a petición del concesionario* [art. 65. 1 b) TRLA]. Y, en tercer y último lugar *cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos* [art. 65.1 c) TRLA]. Pues bien, sólo en el caso albergado por el apartado c) del art. 65.1, esto es, cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos, a tenor del TRLA el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa (art. 65.3 TRLA).

A la vista de este precepto, debemos poner de relieve que el art. 65 del TRLA no agota la regulación de la cuestión que venimos tratando, en la medida en que no contempla, de modo expreso, la modificación o revisión de las concesiones de uso privativo de aguas basadas en la incompatibilidad de las mismas con los requerimientos ambientales derivados de la normativa sobrevenida, aunque es verdad que, por supuesto, ésta puede estar contenida en un Plan hidrológico, pero también puede derivarse directamente de otras normas. Tampoco contempla el TRLA separadamente la revocación por motivos de oportunidad, aunque es cierto que pueden ser motivos de oportunidad los que hayan llevado al planificador a modificar el Plan hidrológico a cuyos postulados debe adaptarse la concesión de uso privativo previamente otorgada.

Así las cosas, cuando acontezca un cambio normativo, que suponga la ilegalidad sobrevenida de la concesión previamente otorgada, la Administración hidráulica concedente deberá volver sobre la misma y revisarla. Dicha operación debe realizarse en ejercicio de una obligación, pues dicha eventual revocación o revisión —según los casos—, por lo demás, no constituye una facultad de la Administración hidráulica. En cambio, cuando la Administración tiene atribuidas potestades discrecionales, puede revocar entonces las concesiones previamente otorgadas como consecuencia de un cambio en los

criterios de apreciación del interés público, precisamente en ejercicio de dicha discrecionalidad. Tanto en un caso como en otro, cambio normativo o cambio en los criterios de apreciación del interés público, siempre que la finalidad de protección del destino principal del bien esté presente, debería estar justificado el derecho a indemnización. Como vimos, así se deriva del art. 100 de la LPAP, a pesar del silencio del TRLA sobre este extremo.

No obstante, se observa un frecuente intento, por parte del legislador, de evitar a toda costa el derecho a indemnización cuando acontecen cambios normativos. Así, la normativa ambiental hace uso de disposiciones transitorias para retrotraer la aplicación de nuevas medidas a las concesiones de uso privativo de agua, sin fijar compensación alguna. Se trata, por lo demás, de una tendencia generalizada y a nuestro juicio adecuada en un Estado ecológico de Derecho, al que debemos caminar (34), a pesar de que fuera denunciante en fechas pasadas, cuando MARTÍN MATEO acusaba a la Administración de desnaturalizar la cláusula de precario, para amparar una libertad de movimientos incompatible con el principio de legalidad, el propio sentido de la demanialidad y los imperativos de la economía (35). Y, con la misma finalidad, otras normas introducen la cláusula de adecuación progresiva a la mejor tecnología disponible, que se convierten en una nueva condición implícita, por ejemplo, de las autorizaciones de vertido, así como la referencia a la necesaria adecuación a la legislación ambiental aplicable en cada momento, sin reconocer en ninguno de estos dos supuestos derecho a indemnización (36).

3. El general reconocimiento de indemnización derivado de la revisión de concesiones cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos. La necesaria reformulación de esta solución legal en función de la distinta naturaleza de las exigencias de los Planes hidrológicos

Nuestro ordenamiento jurídico contempla expresamente la revisión de concesiones, a diferencia de la revocación de concesiones (art. 65 TRLA). Además, ya hemos señalado que el art. 65. 1 c) del TRLA contempla como

(34) El profesor LÓPEZ RAMÓN abundaba sobre la imposición de esta cláusula del Estado en su Conferencia inaugural en el Congreso «Derecho Ambiental para una economía verde», organizado por la Red Ecover: medio ambiente y mercado, celebrado en A Coruña durante los días 19 y 20 de noviembre de 2015.

(35) MARTÍN MATEO, 1968: p. 121.

(36) Sobre este extremo, resulta fundamental el profundo estudio que se efectúa por FORTES MARTÍN, 2013: pp. 361 y ss. El autor atisba una mayor funcionalidad futura de las MTD, que también podría resultar de aplicación a las concesiones de uso privativo de aguas cuando el Plan hidrológico, o bien la propia concesión, condicionara la vigencia de la concesión a su adecuación a la MTD (p. 370).

uno de los motivos de revisión de estos títulos habilitantes la necesaria adaptación a los Planes hidrológicos, contemplando en todo caso la indemnización (art. 65.3 TRLA).

En orden a determinar si, en todo caso, en estos supuestos existe y en puridad debe existir derecho a indemnización, debemos prestar especial atención a la naturaleza de las nuevas exigencias ambientales contenidas en los Planes hidrológicos, a las cuales deben adaptarse las concesiones previamente otorgadas (37). En orden a la justificación o no de la eventual indemnización deben distinguirse distintos supuestos.

Por un lado, debe recordarse que los Planes hidrológicos albergan disposiciones de contenido normativo y no normativo. Las primeras, a su vez, pueden responder al ejercicio de la competencia normativa estatal en materia de aguas (art. 149.1. 22º CE) o al ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23º CE). Y, en este último caso, puede tratarse de exigencias ambientales derivadas del Derecho comunitario, en cuyo caso supondrán una transposición del mismo, o no. Las segundas, de contenido no normativo, podrán suponer la materialización de la discrecionalidad planificadora en materia de aguas, que habrá de basarse en motivos de oportunidad.

Así las cosas, por un lado, cuando la modificación del Plan hidrológico, que obliga a revisar una concesión de uso privativo del agua previamente concedida, supone el ejercicio de las competencias que la Constitución atribuye al Estado en materia de aguas ex art. 149.1 22º CE, nos encontraríamos en presencia de una modificación de la Planificación hidrológica basada, bien en motivos de legalidad —si se trata de una disposición de carácter normativo— o de oportunidad —si el planificador se mueve en el marco de la discrecionalidad que le otorga la normativa estatal en materia de gestión de las aguas— (38).

En segundo lugar, cuando la modificación de la Planificación hidrológica, que va a exigir una reconsideración de las concesiones de uso privativo del agua previamente otorgadas, trae causa en la incorporación de condicionantes ambientales al Plan hidrológico, podría entenderse que dichos condicionantes gozan de carácter normativo ex art. 149.1 23º CE —se trate o no de exigencias derivadas del Derecho comunitario— por lo que la concesión que debiera ajustarse a dichos postulados lo sería en todo caso por motivos de legalidad.

(37) Debe tenerse en cuenta que los planes hidrológicos son públicos y vinculantes, sin perjuicio de su actualización o revisión, «y no crearán por sí solos derechos a favor de particulares o entidades, por lo que su modificación no dará lugar a indemnización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65» (art. 40.4 TRLA)» (f. j. 4º).

(38) Sobre el contenido normativo de los planes, *vid.* FANLO LORAS, 2006: p. 63; EMBID RUJO, 1990: pp. 115-152; CARO-PATÓN CARMONA, 2006: pp. 37 y ss.

En este grupo de causas, habría que considerar tanto el establecimiento de nuevos caudales ecológicos, como otros condicionantes ambientales que pudieran resultar de obligada observancia como lo son las medidas resultado de la evaluación ambiental o de la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad ambiental o bien de la prevalencia de la planificación de los recursos naturales en los términos del art. 19 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB) y en el marco de la Directiva Hábitat, entre otras (39).

Pues bien, el art. 65.1.c) del TRLA se refiere indistintamente a cualquier exigencia que se derive de un Plan hidrológico, aparejando en todo caso la correspondiente indemnización cuando la revisión de una concesión de uso privativo de aguas traiga causa en su adaptación al mismo.

A nuestro juicio, se deben considerar de modo separado las consecuencias jurídicas derivadas de la revisión de concesiones de uso privativo del agua, cuando dicha reconsideración o modificación responda a nuevas exigencias derivadas de la discrecionalidad del planificador en materia de aguas, respecto de aquellas que pudieran derivarse del ejercicio de competencias normativas en materia de aguas o de medio ambiente, como lo es por ejemplo el establecimiento de caudales ecológicos y otros requerimientos ambientales a los que ya se ha hecho alusión (40).

(39) Dispone el art. 19 LPNB, tras la reforma operada Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que *1. Los efectos de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales tendrán el alcance que establezcan sus propias normas de aprobación. 2. Cuando los instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física, existentes resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos. En tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre dichos instrumentos. 3. Asimismo, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales serán determinantes respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales, sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica. Las actuaciones, planes o programas sectoriales sólo podrán contradecir o no acoger el contenido de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales por razones imperiosas de interés público de primer orden, en cuyo caso la decisión deberá motivarse y hacerse pública. 4. Los Ayuntamientos, en el ámbito de sus correspondientes competencias, podrán proponer excepciones para garantizar la prestación de los servicios mínimos previstos en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Estas excepciones deberán estar suficientemente motivadas y someterse a la aprobación del órgano competente de la comunidad autónoma.*

(40) Recuérdese que además, en este segundo caso, precisamente razones imperiosas de interés público de primer orden, entre las que se encuentran motivos económicos, además del interés público ambiental, la seguridad pública y la salud pública, pueden justificar una excepción a la limitación debida que se exige incorporar a los planes hidrológicos (condicionantes ambientales), salvo que las limitaciones deriven de la presencia de un LIC, ZEC o ZEPA en la que se encuentren hábitat prioritarios, como ha entendido la jurisprudencia del

Entendemos que cuando la modificación del Plan hidrológico trae causa en la incorporación de condicionantes ambientales, por gozar siempre de carácter normativo, la concesión que debiera ajustarse a dichos postulados lo sería por motivos de legalidad, debiendo reconocerse en todo caso derecho a indemnización, de conformidad con la LEF y tal y como se deriva de la genérica solución que confiere a todos los supuesto de adaptación a los Planes hidrológicos el art. 65.1. c) y, en relación con éste, el art. 65.3 del TRLA. Esto es, cuando la modificación del Plan hidrológico en que se fundamenta la modificación de la concesión de uso privativo de agua supone la incorporación de exigencias ambientales derivadas de la normativa comunitaria ambiental o bien supone el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases sobre protección del medio ambiente ex art. 149.1 23ª CE. Recuérdese que estas exigencias pueden derivarse, como ya se anunció, de toda la normativa ambiental, en especial, en sede de responsabilidad y evaluación ambiental y espacios y especies protegidos.

Asimismo, cuando la modificación del Plan hidrológico se base en *nuevos criterios de apreciación del interés público ambiental*, por consistir la formulación de dicha modificación en una materialización de la discrecionalidad de la que goza el planificador hidráulico dirigida a la protección del medio ambiente, en base a la función socio-ambiental del agua, nos encontraríamos ante supuestos que, a todas luces, merecen indemnización. En este caso, la función socio-ambiental del agua debe jugar a favor del reconocimiento de indemnización, al poderse considerar que los nuevos criterios de apreciación pasan por reforzar el principal destino del bien agua como bien ambiental. Sólo se excluiría el derecho a indemnización cuando los nuevos criterios de apreciación tuvieran una finalidad distinta a la protección del principal destino del bien. Por ello, puede afirmarse que sí procederá dicho derecho, si devinieran circunstancias sobrevenidas de interés público ambiental, incluido el cambio normativo (41).

Ahora bien, en sentido contrario, y por ello no consideramos adecuado que los arts. 65.1.c) y 65.3 TRLA no hayan precisado una solución distinta para estos supuestos, debe advertirse que cuando la modificación del Plan hidroló-

TJCE, en cuyo caso quedarían excluidas las razones económicas. Se observa, pues, cómo en el ámbito de los espacios integrados en la Red Natura 2000 podrían admitirse revocaciones por motivos de oportunidad que tuvieran una finalidad distinta a la protección del principal destino del bien, lo cual, como ya señalamos, no genera derecho a indemnización.

(41) Así, por ejemplo, cuando se trata de adaptar las características de los aprovechamientos de aguas privadas inscritos, se entiende que ello supone una adaptación a los planes hidrológicos, resultando entonces aplicable el art. 65.3 del TRLA, procediendo, en consecuencia, indemnización (SsTSJ de Andalucía, núm. 1595/2012, de 31 de mayo y núm. 1562/2012, de 28 de mayo).

gico al que debe ajustarse una concesión demanial se encontrara motivada en el interés público ambiental como prevalente sobre otros intereses tenidos en cuenta al otorgar la concesión, o en otros intereses que se consideraren prevalentes en un momento posterior a su otorgamiento, no debería proceder la indemnización, en la medida en que en este caso sí existe el deber jurídico de soportar los eventuales perjuicios derivados del ejercicio de la potestad de revisión por motivos de oportunidad.

En esta línea, parte de la doctrina ha sostenido que cuando la revisión de la concesión de uso privativo de aguas se base nuevas exigencias derivadas del caudal ecológico, no existe derecho a indemnización porque la Administración hidráulica no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos, esto es, se considera que se da el supuesto previsto en el art. 65.1.a) del TRLA y que al existir menor disponibilidad se han modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento, no resultando de aplicación por ende el art. 65.3 del TRLA (42). Recuérdese que el art. 59.7 del TRLA establece que los caudales ecológicos se fijarán en el correspondiente Plan hidrológico. Y en el mismo sentido, la jurisprudencia más reciente ya se ha pronunciado acerca de la indemnizabilidad de la revisión de las concesiones por razón de los caudales ecológicos, entendiendo que no existe derecho a indemnización (43).

No obstante, es cierto que el TS no termina de decantarse por una u otra solución indemnizatoria en relación con las limitaciones derivadas del establecimiento de los caudales ecológicos en los Planes hidrológicos. Así, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 25 de octubre de 2013, resulta un claro exponente de lo que venimos señalando, al vincular la variable ambiental a la propia naturaleza y existencia de los caudales de mantenimiento o ecológicos (f. j. 6º). En este sentido, el TS explica el hecho de que el mencionado art. 59.7 del TRLA establezca una limitación al uso privativo de las aguas mediante concesión administrativa, excluyendo a los caudales ecológicos de su consideración como uso a efectos de las concesiones e imponiéndolos como una restricción de carácter general a los sistemas de explotación, sólo sometida a la supremacía del uso del agua para abastecimiento de poblaciones. Considera el Tribunal que la lucha de intereses, ambiental y por la calidad y seguridad en el suministro de energía eléctrica, ha de resolverse «mediante la ponderación y valoración, en cada caso, de sus repercusiones concretas» (f. j. 8º). Sin embargo, el TS ha llegado a dejar a salvo dicha posibilidad indemnizatoria.

(42) SASTRE BECERRA considera que en la medida en que los caudales ecológicos no tienen la consideración de usos, sino más bien de restricciones a los sistemas de explotación, no existe por ello derecho a indemnización (SASTRE BECERRA, 2010: p. 13). En el mismo sentido, BRUFAO CURIEL, 2008. En contra, DELGADO PIQUERAS, 1992 y CARO PATÓN, 2002: pp. 115 y 116.

(43) STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 23 de septiembre de 2014 y SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) núm. 34, de 28 de enero de 2015.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), aun cuando no se pronuncia con carácter general y abstracto sobre los casos en los que ha de indemnizarse a los concesionarios por la modificación de los caudales ecológicos, admite que en algunos casos pueda haber indemnización, al establecer que «*Esta cuestión ha de suscitarse y resolverse, a tenor de los artículos 65.3 y 65.1.c) del TR de la Ley de Aguas, cuando se impugne la revisión de cada concesión administrativa*», aunque recordando que la indemnización es una excepción a la regla general (44). En efecto, la jurisprudencia vertida sobre las impugnaciones ambientales de los planes hidrológicos del denominado «segundo ciclo de la planificación hidrológica (2010/2014)» ha hecho eco de esta problemática, entendiendo el TS que no es el Plan el que debe establecer la indemnización, en su caso, sino que la indemnización procederá cuando se revise la concesión (45).

Debe concluirse que la precariedad propia de las autorizaciones como títulos habilitantes, pero sobre todo la previsibilidad de las modificaciones normativas sobrevenidas, que hacen que el beneficiario de aquélla conozca la probabilidad de modificación de su título habilitante, justifica que, en estos casos, el ordenamiento jurídico excluya el derecho a indemnización. En cambio, cuando se trata de concesiones, al habilitar éstas a un uso de mayor intensidad, y para las que el legislador no ha contemplado expresamente su extinción anticipada por razones de interés público, y sobre las que tampoco se positiva su carácter precario a diferencia de las autorizaciones ex art. 92.4 LPAP, no puede afirmarse que en todo caso deba excluirse la indemnización, pero tampoco que deba reconocerse siempre ex art. 65.3 del TRLA. De este modo, la ambientalización del derecho de aguas y su función socio-ambiental como finalidad prevalente ex art. 33.2 CE, está provocando que la precariedad propia de las concesiones, en estos casos se acerque más a la que se ha venido en denominar *precariedad de segundo grado*, al convertir en en previsibles modificaciones de concesiones basadas en la protección ambiental y del caudal ecológico, sin que estos supuestos se considere que encajan en el art. 65.1 c), por mucho que estén contemplados en el plan, por lo que no procedería indemnización

A la luz de todo lo dicho, y a la vista de la regulación que a esta cuestión ofrece el art. 65 del TRLA, no nos queda más que operar caso por caso, atendiendo al fundamento y finalidad de la modificación de la concesión,

(44) Vid. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 11 de julio de 2014 de CASADO CASADO, 2014.

(45) Vid. STS (sala de lo Contencioso-administrativo), de 5 de diciembre de 2014. Un detenido análisis de la reciente jurisprudencia sobre indemnización de los daños derivados de las limitaciones ambientales contenidas en los planes hidrológicos, puede consultarse en ÁLVAREZ CARREÑO y PÉREZ DE LOS COBOS, 2014: pp. 169-232.

así como a su previsibilidad (46). El Derecho de aguas debería, pues, en el sentido propuesto en el presente trabajo, distinguir los efectos de la revisión anticipada de las concesiones de uso privativo del agua, en función del fundamento, finalidad y previsibilidad de la modificación del Plan hidrológico al que se pretenden adaptar éstas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel y PÉREZ DE LOS COBOS, Elisa (2014): «Aspectos ambientales de la nueva planificación hidrológica. Consideración singular sobre la determinación de caudales ecológicos en el Plan Hidrológico de la Demarcación del Ebro», EMBID IRUJO, Antonio (coord.), *El segundo ciclo de la planificación hidrológica en España (2010-2014)*, Aranzadi, pp. 169-232.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2004): «La ambientalización del dominio público: incidencias en la propiedad privada», en ARGULLOL I MURGADAS, Enric (coord.), *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales: un reto para la protección efectiva del medio natural*, Tirant lo blanch, Barcelona, pp. 87-96.
- BRUFAO CURIEL, Pedro (2008): *La revisión ambiental de las concesiones y autorizaciones de aguas*, Fundación Nueva Cultura del Agua, BAKEAZ, 88 pp.
- (1995): «Las concesiones de aguas en el Derecho español», en *Poder Judicial*, núm. 37, pp. 23-54.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel (2006): «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, pp. 37-57.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel y MACERA TIRAGALLO, Bernard-Frank (2002): *El reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de protección del medio ambiente y del agua*, Universidad de Valladolid, 176 pp.
- CASADO CASADO, Lucía (2014): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Ponente: María del Pilar Teso Gamella)», en <http://www.actualidadjuri dicaambiental.com>.
- CORRAL GARCÍA, Esteban y LÓPEZ PELLICER, Jose Antonio (2001): *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, 2ª edición, El Consultor, Madrid, 646 pp.

(46) DELGADO PIQUERAS, 2014: pp. 377-396, en especial, p. 396. Sobre el contenido esencial del derecho de propiedad, *vid. entre otras*, las SsTC 227/1988, de 29 de noviembre y 204/2004, de 18 de noviembre.

- CUCHILLO I FOIX, Montserrat (1995): «Nulidad y revocación de licencias por motivos relacionados con la protección del medio ambiente», en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Civitas, Madrid, pp. 491-518.
- DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO (2015): «La situación de Castilla la Mancha en los nuevos Planes Hidrológicos», EMBID IRUJO, Antonio (coord.), *El segundo ciclo de la planificación hidrológica en España (2010-2014)*, Aranzadi, 528 pp.
- *Derecho de aguas y medio ambiente: el paradigma de la protección de los humedales*, Tecnos, 1992, 348 pp.
- DESDENTADO DAROCA, Eva (2006): *El precario administrativo*, 2ª edic., Aranzadi, 212 pp.
- EMBID IRUJO, Antonio (coord) (2013): *Usos del agua* (Concesiones, autorizaciones y mercados del agua), Aranzadi, 506 pp.
- (2015) (coord.): *El segundo ciclo de la planificación hidrológica en España (2010-2014)*, Aranzadi, 528 pp.
- (2008): «La política de aguas y su marco jurídico», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 14, pp. 13-27.
- (2007): «Planificación Hidrológica», en EMBID IRUJO, A. (coord.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, pp. 767-790.
- (1990): «La Planificación Hidrológica», en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, pp. 115-152.
- ESTEVE PARDO, José (2015): *Lecciones de Derecho administrativo*, 4ª edic., Marcial Pons, Barcelona, 575 pp.
- FANLO LORAS, Antonio (2006): «Los planes de gestión y los programas de medidas en la Directiva Marco del Agua. Su confusa transposición al Derecho Español», en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 4, pp. 51-63.
- FERNÁNDEZ ACEBEDO, Rafael (2007): *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas, Madrid, 2007, 450 pp.
- FORTES MARTÍN, Antonio (2013): «La autorización de vertidos y el empleo de las mejores técnicas disponibles: retos e incertidumbres», en EMBID IRUJO, A., *Usos del agua* (Concesiones, autorizaciones y mercados del agua, Aranzadi, pp. 343-374.
- GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús (1987): «Contenido y límites del principio de confianza legítima», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 56, 1987, pp. 557-572.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (1997): «La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1, pp. 337-352.

- (1995): *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*, Marcial Pons.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, Jose Antonio (1995): «Caducidad de concesiones hidráulicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 16, pp. 261-271.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1987): *Comentarios a la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 1.300 pp.
- Gordillo, Jose Luis (1999): «Del derecho ambiental a la ecologización del derecho», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 16, en CAPELLA, J.R., *Transformaciones del derecho en la mundialización*, pp. 309, 339.
- HERRÁEZ VILLAS, Pablo (1999): «Régimen jurídico de los caudales ecológicos», en *I Congreso sobre caudales ecológicos*, Tererasa, 30 de septiembre de 1999.
- HOYOS RAMÍREZ, Luis Miguel (2011): «La digitalización como ecologización y agilización de los procedimientos administrativos», *Revista Digital de Derecho Administrativo* núm. 6, pp. 47-64.
- IZCARA PALACIOS, Simón Pedro (2001), «La ecologización de la PAC», en *Revista de estudios europeos*, núm. 27, pp. 3-24.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2007): «La Administración en el Estado ambiental de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, pp. 101-141.
- (2002): «La aplicación del Derecho Ambiental de la Unión Europea en España: perspectivas de evolución y desafíos del ius commune ambiental europeo», en *Noticias de la Unión Europea* núm. 207, pp. 45-65.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2014): «En la polémica del Fracking», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord), *Observatorio de políticas ambientales 2014*, Aranzadi, pp. 49-60.
- (1981): «Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas», *Revista Administración Pública*, núm. 98, pp. 33-70.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2002): «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», en *Revista española de derecho europeo*, núm. 1, pp. 175-205.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1968): «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, pp. 93-121
- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián (1997): *Derecho de aguas*, Civitas, 736 pp.
- MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO (2004): «La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales», en CHINCHILLA MARÍN, María Carmen (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, pp. 491-520.
- PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa (2015): *La incorporación de la variable ambiental al Derecho de Aguas Argentino*, Atelier, 303 pp.

- PUIG VENTOSA, Ignasi (2008): «La ambientalización de las ordenanzas fiscales», en *Crónica tributaria*, núm. 127, pp. 109-130.
- RANELETTI, Oreste (1894): «Concetto e natura delle autorizzazione e concessioni amministrative», *Giurisprudenza italiana*, XLVI, 1894 (IV) pp. 7-83.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Xaime (1994): «La caducidad de las concesiones y autorizaciones aguas», en *Actualidad Administrativa*, núm. 1, pp. 1-10.
- SALA ARQUER, Jose Manuel (1974): *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 320 pp.
- SASTRE BECEIRO Mónica (2010) «Proceso de concertación de caudales ecológicos», *XII Congreso Nacional de Comunidades de Regantes de España*, Tarragona, pp. 1-27.
- TEJEIRO LILLO, María Eugenia (2011): «La ecologización del transporte marítimo: una perspectiva normativa en el marco de las políticas comunitarias», en HUGUET MONFORT, José, PUETZ ACHIM Y MARTÍNEZ SANZ, Fernando y PETIT LAVALL, María Victoria (dirs.), *Régimen del transporte en un entorno económico incierto*, Barcelona, Marcial Pons, pp. 895-908.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 360 pp.

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO GARANTÍA FRENTE AL DUMPING SOCIAL INTRACOMUNITARIO (*)

JUANA MORCILLO MORENO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CONTEXTUALIZACIÓN Y ENCUADRE NORMATIVO.– III. UN PASO ADELANTE FRENTE AL DUMPING SOCIAL DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA STJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, CASO «REGIOPOST»: 1. Iter del litigio principal. 2. Las razones del órgano remitente para el planteamiento de la cuestión prejudicial: A) Aclaración previa: sobre la idéntica nacionalidad de las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato. B) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE en relación con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71. C) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 26 de la Directiva 2004/18. 2. Análisis de las cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia. A) Sobre la competencia del Tribunal de Justicia: valoración del elemento transfronterizo. B) Sobre la primera cuestión: consideración del artículo 3 de la LTTG como una «norma imperativa de protección mínima». C) Sobre la segunda cuestión: exclusión de la participación en un contrato público como consecuencia del incumplimiento de una norma imperativa de protección mínima.– IV. RECAPITULACIÓN: LA ADMISIÓN ESENCIALMENTE «FORMAL» DE UN NÚCLEO DURO DE PROTECCIÓN A FAVOR DE LOS TRABAJADORES.– V. REFLEXIONES FINALES: LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR COMO «RAZÓN IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL».– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La contratación pública es un sólido instrumento que, cada vez más, sirve de cauce a las políticas de la Unión. El gran volumen de recursos públicos en juego justifica una reinterpretación, en clave social, de la tradicional visión económica que ha presidido dicho ámbito y a tal fin responde la previsión de cláusulas sociales en los contratos públicos. La Sentencia «RegioPost» constituye un claro ejemplo de ello. En ella, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reacciona contra el dumping social intracomunitario al priorizar los derechos de los trabajadores frente a la libre prestación de servicios. En concreto, el Tribunal considera compatible con el Derecho de la Unión una normativa regional que, de una parte, obligaba a los licitadores y subcontratistas de un contrato público a asumir por escrito en la oferta el compromiso de pagar a sus

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 5 de junio de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 13 de junio de 2016.

trabajadores desplazados a otro Estado miembro el salario mínimo fijado por éste y, de otra, permitía la exclusión del procedimiento de adjudicación de aquellos licitadores que se negasen a asumir dicha obligación. Pero, ¿cómo llega a dicha conclusión el Tribunal? Este comentario analiza su argumentación, formal en gran medida, y aporta algunas reflexiones de fondo críticas al respecto.

Palabras clave: cláusulas sociales; contratación pública; libre prestación de servicios; protección de trabajadores; trabajadores desplazados; salario mínimo; *dumping* social.

ABSTRACT: Public procurement is a powerful and increasingly common tool of EU policies. Given the enormous importance of public procurement in terms of public expenditure, it seems justified to promote a social-policy based reinterpretation of the traditional economic approach, for example by including social considerations among the bid specifications. The ECJ's ruling in the 'RegioPost' case is a clear example thereof. In it, the ECJ reacts against transnational 'social dumping' by prioritizing workers' rights over the freedom to provide services. More specifically, the ECJ considers that regional legislation that, on one hand, requires tenderers and their subcontractors to pay the host country's minimum wage to posted workers and, on the other hand, allows the contracting authority to exclude those tenderers and subcontractors refusing to accept that obligation from the procedure is compatible with EU law. But how does the ECJ reach that conclusion? This commentary analyzes the ECJ's very formal reasoning and provides some critical reflections on the ruling.

Key words: social considerations; public procurement; freedom to provide services; protection of workers; posted workers; minimum wages; social dumping.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es, cada vez más, un potente instrumento condicionante y delimitador de las políticas de la Unión. Habida cuenta del volumen de recursos públicos en lid, cualquier nuevo elemento en la normativa europea de contratos públicos está llamado a avivar la comunicación entre Estados miembros e instituciones europeas. Y esa justamente ha sido la consecuencia de que, gracias a la transversalidad de las políticas sociales de la Unión, se incluyeran «cláusulas sociales» en las Directivas sobre contratación pública y, como consecuencia de su transposición, también en las normativas nacionales. De ese modo, el tándem contratación pública-cláusulas sociales es muy apropiado para alentar la política social de la Unión, pues, siempre que se respeten los principios de transparencia y no discriminación, las empresas que deseen tomar parte en el procedimiento de adjudicación de un sustancioso contrato público deberán ser conscientes y capaces de asumir el correspondiente compromiso al respecto.

En este contexto, la previsión de cláusulas sociales en los contratos públicos ha servido también para mediar entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores e inclinar la balanza en favor de este último principio y, de ese modo, dar un importante paso frente al *dumping* social en el seno de la Unión. Esa es la novedad del caso «RegioPost», pues, hasta ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había decantado en casos similares por la libre prestación de servicios. Resulta por ello de interés conocer las razones que fundamentan el cambio de criterio del Tribunal.

Al análisis de dichos argumentos dedicamos las siguientes líneas, no sin antes enmarcar debidamente la cuestión.

II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CONTEXTUALIZACIÓN Y ENCUADRE NORMATIVO

La inclusión de consideraciones de tipo social en la contratación pública no es una novedad en el Derecho Europeo, pues ya en 1996 el *Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro* (1) señalaba cómo la normativa de contratación pública podía contribuir al logro de los objetivos de las políticas social y medioambiental. Justo en ese documento se planteaba la necesidad de que una comunicación interpretativa aclarase las posibilidades que el derecho de la contratación pública ofrecía para cumplir los objetivos comunitarios y nacionales de política social. Un lustro después, se aprobó la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos* (2) para aclarar las posibilidades que el marco jurídico europeo ofrecía para integrar aspectos sociales en los contratos públicos.

Las principales aportaciones de ambos documentos se recogieron en la *Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios* (en adelante, Directiva 2004/18), que también integró la doctrina contenida hasta esa fecha en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no tenuta demasiado en cuenta en la elaboración de los pliegos de condiciones

(1) Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996.

(2) COM(2001) 566 final de 15/10/2001. Dicha Comunicación venía a completar otra sobre *Los contratos públicos en la Unión Europea*, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 [COM(98) 143] y, a su vez, se insertaba entre las acciones anunciadas en la *Agenda de política social*, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000 [COM(2000) 379 de 28/6/2000].

por parte de los poderes adjudicadores (3). Dicha norma permitía, en su artículo 26, que los órganos de contratación pudieran exigir condiciones especiales en la ejecución de un contrato público, siempre que fueran compatibles con el Derecho Europeo y sometidas a la debida publicidad, pudiendo referirse las mismas, «en especial, a *consideraciones de tipo social y medioambiental*». Pues bien, habida cuenta de la fecha en que se produjeron los hechos que dieron origen al caso «RegioPost», el 23 de abril de 2013, la Directiva 2004/18 constituye el marco normativo en que se asienta el Tribunal de Justicia para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que la Directiva 2004/18 fue derogada por la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública* (en adelante, Directiva 2014/24), disposición que incluye, entre los principios de la contratación, la adopción por los Estados de las medidas pertinentes para garantizar en la ejecución de contratos públicos el cumplimiento de los compromisos aplicables «en materia medioambiental, *social o laboral*» establecidos tanto en el Derecho europeo y nacional, como en los convenios colectivos y en aquellos convenios internacionales que la propia Directiva enumera (4). Más concretamente, su artículo 70 permite incluir consideraciones de tipo social o relativas al empleo (5) como condiciones especiales de ejecución del contrato, «siempre que estén vinculadas al objeto del contrato (...) y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de contratación». Aclarado lo anterior, el concreto objeto de este trabajo impide ahondar en el estudio de esta Directiva (6).

(3) Es copiosa la doctrina existente en materia de cláusulas sociales en la contratación pública. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las siguientes obras de referencia: BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2008): «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *El Derecho de los contratos públicos*, Zaragoza, Monográfico X de esta REVISTA, pp. 211-252; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012), «La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 30; GIMENO FELIÚ, José María (2004): «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en J.M^o. GIMENO FELIÚ (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, ed. Atelier, pp. 61 ss.; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (2003), «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», en *Justicia Administrativa*, núm. 20, pp. 27-67; o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2009): *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Sevilla, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública.

(4) *Vid.* el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 y, por remisión de éste, los convenios internacionales citados en su Anexo X.

(5) Junto a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación y de tipo medioambiental.

(6) En cuanto a la transposición de la Directiva 2014/24 al Derecho español, finalizado el plazo el 18 de abril de 2016 sólo existe un *Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015 y respecto al que el

III. UN PASO ADELANTE FRENTE AL DUMPING SOCIAL DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA STJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, CASO «REGIOPOST»

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 2015, As. C-115/14, «RegioPost», decide una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza (*Oberlandesgericht Koblenz*), Alemania. La incógnita a despejar era doble: de una parte, si, a la luz del Derecho de la Unión, podría un poder adjudicador de un Estado miembro, en el marco de la adjudicación de un contrato público, exigir a los licitadores y a sus subcontratistas que se comprometieran a pagar a los trabajadores desplazados en otro Estado miembro el salario mínimo fijado por éste y, de otra, si se podría excluir de la participación en un procedimiento de adjudicación a aquellos licitadores y subcontratistas que se negasen a asumir dicho compromiso.

Como veremos, el Tribunal vincula sendas cuestiones, a propuesta del Abogado General Paolo MENGOZZI (7), con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 (8), aun cuando el órgano remitente sólo había conectado con dicho precepto la segunda cuestión, enlazando la primera con los artículos 56.1° del TFUE y 3.1 de la *Directiva 96/71 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios* (9) (en adelante, *Directiva 96/71*).

Consejo de Estado ya se ha pronunciado en su Dictamen de 10 de marzo de 2016. Queda, pues, su aprobación como proyecto de ley y su posterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación. Hasta entonces, diversas previsiones de la Directiva 2014/24 se consideran ya aplicables, bien por reflejar consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, bien por reproducir preceptos que ya incluían las anteriores Directivas, bien, en fin, como consecuencia del efecto directo de las directivas, de modo que aquellas disposiciones de carácter imperativo se considerarán de aplicación inmediata y, por tanto, de invocación directa por los particulares. Por lo demás, un repaso por las cláusulas sociales en la contratación pública tras la Directiva 2014/24 puede consultarse, entre otros, en los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA (2015: pp. 13-42) o LOBO RODRIGO (2015: pp. 73-106).

(7) Conclusiones presentadas en francés el 9 de septiembre de 2015.

(8) Esta Directiva fue modificada —junto a las Directivas 2004/17/CE y 2009/81/CE— por el Reglamento (UE) 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

(9) Esta Directiva ha sido complementada por la *Directiva 2014/67/UE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior, norma no aplicable al caso «RegioPost», pero sí de necesaria mención. De hecho, para aumentar la protección de los derechos de los trabajadores en las cadenas de subcontratación, su artículo

Con todo, el pronunciamiento se detiene también en hacer algunas interesantes consideraciones acerca del artículo 56.1º del TFUE en materia de libre prestación de servicios.

1. *Iter* del litigio principal

El litigio se planteó entre el prestador de servicios postales *RegioPost GmbH & Co. KG* —en adelante, *RegioPost*— y la *Stadt Landau in der Pfalz* —en adelante, Ayuntamiento de Landau—, situado en el Land de Renania-Palatinado.

El Ayuntamiento de Landau había convocado el 23 de abril de 2013, a escala de la Unión Europea, una licitación que tenía por objeto un contrato público relativo a los servicios postales de esta ciudad, dividido en dos lotes. En concreto, la licitación preveía la celebración de un contrato marco para la recogida, transporte y distribución de cartas y pequeños y grandes paquetes durante dos años, con la posibilidad de que el poder adjudicador pudiera prorrogar dicho contrato dos veces como máximo, por un año cada vez.

En el anuncio de licitación, en el apartado «capacidad económica y financiera», se establecía que el adjudicatario debía cumplir lo dispuesto en la *Ley del Land de Renania-Palatinado para el respeto de los convenios colectivos y del salario mínimo en la adjudicación de contratos públicos (10)*, de 1 de diciembre de 2010 (en adelante, LTTG).

Dicha norma, en su artículo 1, señalaba que su objeto era impedir las distorsiones en la competencia, en el marco de la adjudicación de contratos públicos, derivadas de la contratación de personal escasamente remunerado y reducir las cargas para los sistemas de seguridad social. De este modo, el poder adjudicador sólo podría adjudicar contratos públicos a aquellas empresas que pagasen a sus trabajadores el salario mínimo establecido en la propia ley y que cumplieran los convenios colectivos.

A su vez, el artículo 3.1 de la LTTG, titulado «Salario mínimo», establecía que, en caso de no poder exigirse la observancia de los convenios colectivos, sólo se podrían adjudicar contratos públicos a las empresas que, al presentar su oferta, se comprometieran por escrito a pagar a sus empleados, por la ejecución de la prestación, un salario bruto de al menos 8,50 euros por hora y a aplicarles

12 obliga a los Estados miembros a garantizar que los trabajadores desplazados del sector de la construcción puedan hacer responsable de cualquier remuneración neta pendiente relativa a las cuantías de salario mínimo al contratista del que el empleador sea subcontratista directo, además de al empleador o en su lugar. Eso sí, admite que los Estados miembros puedan adoptar otras medidas apropiadas.

(10) En alemán *Landesgesetz zur Gewährleistung von Tarifreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben*.

las revisiones del salario mínimo que se introdujeran durante la ejecución del contrato. Y, añadía, que si la oferta no incluía la declaración relativa al salario mínimo, ni siquiera tras serle requerida por el poder adjudicador, la oferta quedaría excluida de la valoración. El precepto finalizaba con la indicación de que el servicio competente podría hacer públicos formularios de declaración relativa al salario mínimo que podrían ser utilizados por las empresas. No en vano, el pliego de condiciones del contrato público controvertido contenía un «modelo de declaración» en el que invitaba a los licitadores a aportar, junto a la oferta, su propia declaración relativa al salario mínimo y la de sus subcontratistas (11).

Es importante reseñar que, en el momento en que se produjeron los hechos, se daban las siguientes circunstancias:

- Las empresas del sector de los servicios postales no estaban sujetas a la obligación de pagar el salario mínimo general, fijado posteriormente y con efectos de 1 de enero de 2015 en la *Ley reguladora del salario mínimo general (12), de 11 de agosto de 2014*, por un importe bruto de 8,50 euros por hora.
- Tampoco existía un convenio colectivo que fijara un salario mínimo y que fuera vinculante para las empresas del sector de los servicios postales. Y es que, con arreglo a la *Ley sobre las condiciones de trabajo imperativas aplicables a las prestaciones de servicios transfronterizas (13), de 26 de febrero de 1996*, se había celebrado el 29 de noviembre de 2007 un convenio colectivo que fijaba un salario mínimo obligatorio en el sector de los servicios postales, declarado de aplicación general mediante el reglamento de 28 de diciembre de 2007. Sin embargo, dicho reglamento había sido anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) de 28 de enero de 2010. Por ello, en el momento de los hechos no había un salario mínimo obligatorio en el sector de los servicios postales.
- Por tanto, el salario mínimo por hora a aplicar era el previsto en el artículo 3.1 de la LTTG, que había sido actualizado a 8,70 euros brutos mediante un reglamento del Gobierno del Land de Renania-Palatinado de 11 de diciembre de 2012 (14).

(11) El artículo 5 de la LTTG extendía lo indicado en el artículo 3 a los subcontratistas a los que la empresa hubiera encargado, en su caso, la ejecución de las prestaciones contractuales.

(12) En alemán *Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns*.

(13) En alemán *Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen*.

(14) Nos referimos al *Landesverordnung zur Festsetzung des Mindestentgelts nach § 3 Abs. 2 Satz 3 des Landestariftrüegesetzes*, vigente desde el 22 de diciembre de 2012 hasta el 30 de junio de 2014.

Así las cosas, el 16 de mayo de 2013 RegioPost alegó que las declaraciones relativas al salario mínimo previstas en el artículo 3 de la LTTG eran contrarias a la normativa en materia de contratación pública. En consecuencia, junto a su oferta presentada en plazo, adjuntó declaraciones de sus subcontratistas redactadas por ella misma, pero no presentó ninguna declaración propia de observancia del salario mínimo. Tras ser requerida por el Ayuntamiento de Landau el 25 de junio de 2013 a presentar en el plazo de 14 días las declaraciones omitidas, advirtiéndole de que si no cumplía dicho requisito su oferta sería excluida, apenas dos días después, el 27 de junio reiteró su postura y anunció que, de excluirse su oferta, presentaría un recurso.

El 11 de julio de 2013 el Ayuntamiento de Landau comunicó a RegioPost que su oferta no podía valorarse y que los dos lotes del contrato se adjudicarían, respectivamente, a *PostCon Deutschland GmbH* y a *Deutsche Post AG*.

Tras la interposición del oportuno recurso por RegioPost, el 23 de octubre de 2013 el Tribunal competente en materia de contratación pública del Land de Renania-Palatinado [*Vergabekammer Rheinland-Pfalz (15)*] lo desestimó por entender fundada la exclusión, habida cuenta de la falta de presentación de las declaraciones relativas al salario mínimo que le habían sido exigidas justificadamente por el poder adjudicador.

Por fin, se presentó recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza, entendiéndose éste que la resolución del litigio dependía de la compatibilidad o no con el Derecho de la Unión del artículo 3.1 de la LTTG.

2. Las razones del órgano remitente para el planteamiento de la cuestión prejudicial

El órgano remitente consideraba que el artículo 3.1 de la LTTG incluía una «condición especial relativa a la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18, condición que sólo sería lícita de ser compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libre prestación de servicios reflejadas en el artículo 56.1º del TFUE. Este último precepto prohíbe las «restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el destinatario de la prestación». Por su parte, el artículo 26 de la Directiva 2004/18 indicaba que

(15) Órgano equivalente a nuestros tribunales administrativos autonómicos de contratos públicos o de recursos contractuales.

«[l]os poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental».

Ahora bien, el tribunal remitente entendió que no podía determinar dicha compatibilidad, ni siquiera teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular del asunto «Rüffert» (16). Enseguida veremos por qué.

A) Aclaración previa: sobre la idéntica nacionalidad de las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato

Es interesante precisar que el tribunal remitente no consideró impedimento para plantear la cuestión prejudicial el hecho de que RegioPost fuera una empresa establecida en Alemania y que los otros licitadores tuvieran su domicilio social también en dicho Estado miembro. Ello por entender que la compatibilidad o no de una disposición nacional con el Derecho de la Unión era una cuestión jurídica suscitada con independencia de la nacionalidad de las partes.

Pero sobre la idéntica nacionalidad de todas las partes en el litigio y la inexistencia de elemento transfronterizo alguno en el caso tendrá oportunidad el Tribunal de Justicia de presentar una interesante argumentación.

B) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE en relación con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71

En cuanto a la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE, el tribunal remitente precisó que obligar a las empresas establecidas en otros Estados miembros distintos de Alemania a adaptar los salarios pagados a sus trabajadores a la retribución, normalmente más alta, aplicable en el lugar de ejecución del contrato podría favorecer que dichas empresas perdiesen una ventaja competitiva, «a menudo necesaria para compensar las ventajas estructurales de las que disfrutaban las empresas nacionales y para poder entrar en el mercado considerado» (17). En tal sentido, el artículo 3.1 de la LTTG constituiría un obstáculo prohibido, en principio, por el artículo 56.1º del TFUE.

(16) Caso resuelto en la STJUE de 3 de abril de 2008, As. C-346/06.

(17) Apdo. 33 de la Sentencia.

Sin embargo, a juicio del órgano remitente, dicho impedimento podría desaparecer si el artículo 3.1 de la LTTG se aplicase a empresas que cumplieran las condiciones de aplicación del artículo 3.1 de la Directiva 96/71, esto es, que garantizasen a los trabajadores desplazados a un territorio las condiciones de trabajo y empleo establecidas para dicho territorio y referidas, entre otras materias, a «las cuantías de salario mínimo». Ahora bien, también esta conclusión le planteaba dos dudas, pues:

- De una parte, aunque el artículo 3.1 de la LTTG fuera una disposición legal que establecía *per se* la cuantía del salario mínimo, no garantizaba el pago de dicho salario a todos los trabajadores por parte del empresario, pues sólo prohibía a los poderes adjudicadores atribuir contratos públicos a licitadores no comprometidos a pagar el salario mínimo a los trabajadores destinados a ejecutar el contrato público en cuestión.
- De otra, la obligación de pagar el salario mínimo prevista en el artículo 3.1 de la LTTG sólo se aplicaba a los contratos públicos y no a la ejecución de contratos privados, de modo que un trabajador adscrito a la ejecución de un contrato privado recibiría un menor grado de protección social. A este respecto, el propio Tribunal traía a colación la sentencia «Rüffert» para cuestionar la tesis de que el artículo 3.1 de la LTTG fuese compatible con el 3.1 de la Directiva 96/71 por exigir éste una previa declaración de aplicación general sólo respecto a los convenios colectivos (18) y no respecto a las disposiciones legales —como era el caso—. Según el tribunal remitente, sería ilógico interpretar que los convenios colectivos que fijasen un salario mínimo fueran de aplicación general, incluyendo a todos los trabajadores del sector empleados en la ejecución de contratos tanto públicos como privados, mientras que las disposiciones legales que fijasen un salario mínimo sólo se aplicarían a los trabajadores destinados a ejecutar contratos públicos.

Por todo lo anterior, el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza planteó al Tribunal de Justicia la primera de sus dos cuestiones prejudiciales en los siguientes términos:

(18) El artículo 3.1 de la Directiva 96/71 se refiere a las condiciones de trabajo y empleo que las empresas deben garantizar a sus trabajadores desplazados en otro Estado miembro, condiciones que serán establecidas por dicho Estado «por las *disposiciones legales*, reglamentarias o administrativas pertinentes, y/o por *convenios colectivos* o laudos arbitrales *declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 (...)*», esto es, aquellos que «deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos». Entre las materias sobre las que versan dichas condiciones se encuentran las «cuantías de salario mínimo», noción que debe definirse por el Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.

«¿Debe interpretarse el artículo 56 TFUE, párrafo primero, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71, en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga a la entidad adjudicadora a contratar solamente a empresas que al presentar la oferta se comprometan por escrito, tanto ellas como sus subcontratistas, a pagar a los trabajadores que dediquen a la ejecución del contrato un salario mínimo establecido por el Estado únicamente para los contratos públicos, pero no para los privados, cuando no exista un salario mínimo general legalmente establecido ni un convenio colectivo de validez general que vincule a los potenciales contratistas y a los eventuales subcontratistas?»

C) Sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 26 de la Directiva 2004/18

En cuanto a la segunda de las cuestiones, el órgano remitente se preguntó si, de entenderse compatible el artículo 3.1 de la LTTG con el 56.1º del TFUE, lo sería también el artículo 26 de la Directiva 2004/18 con la sanción prevista en el propio artículo 3.1 de la LTTG en caso de incumplimiento de la obligación en él contenida, es decir, si sería posible excluir de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público al licitador que se negase a asumir el referido compromiso de pago del salario mínimo.

La duda surgía porque, si bien el artículo 3.1 de la LTTG constituía una condición especial en relación con la ejecución del contrato como indicaba el artículo 26 de la Directiva, ésta no recogía como motivo de exclusión para participar en un contrato el incumplimiento de una condición especial de este tipo. Antes bien, el incumplimiento por un licitador de las condiciones especiales a las que se hubiera comprometido sólo surgiría después de habersele adjudicado el contrato. En otros términos, la condición del artículo 3.1 de la LTTG no sería un criterio cualitativo de selección susceptible de justificar la exclusión de un licitador.

Además, dicha sanción sería inútil, pues el adjudicatario estaría obligado a pagar el salario mínimo legal una vez celebrado el contrato desde el momento en que dicha obligación, recogida en el artículo 3.1 de la LTTG, formaría parte de las obligaciones que figuran tanto en el anuncio de licitación como en el pliego de condiciones. Y su cumplimiento se garantizaría con la pena contractual prevista en el artículo 7.1 de la LTTG (19).

(19) Según dicho precepto, titulado «Sanciones», «[p]ara garantizar el cumplimiento de las obligaciones definidas en los artículos 3 a 6, los poderes adjudicadores pactarán con el adjudicatario el pago de una pena contractual del 1% del valor del contrato por cada infracción culpable; en caso de infracciones múltiples, el importe total de las penas contractuales no podrá ser superior al 10% del valor del contrato». Asimismo, el precepto establecía el pago de la pena contractual por parte del adjudicatario también si la infracción fuese imputable a uno de sus subcontratistas y aquel conociera la infracción o debiese conocerla. Y, añadía

A partir de ahí, el Tribunal Superior del Land con sede en Coblenza planteó su segunda cuestión al Tribunal de Justicia del siguiente modo:

«¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión en materia de contratación pública, especialmente el artículo 26 de la Directiva 2004/18, en el sentido de que se opone a una disposición nacional como el artículo 3, apartado 1, tercera frase, de la LTTG, que dispone la exclusión obligatoria de una oferta en caso de que el operador económico no se haya comprometido mediante una declaración específica al presentar su oferta a hacer algo a lo que estaría contractualmente obligado aun sin dicha declaración si se le adjudicase el contrato?»

3. Análisis de las cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia

A) Sobre la competencia del Tribunal de Justicia: valoración del elemento transfronterizo

Antes de entrar en el fondo del asunto, y como ya adelantamos *supra*, el Tribunal de Justicia resolvió una causa de inadmisibilidad suscitada por el Ayuntamiento de Landau y los Gobiernos alemán e italiano frente a la primera cuestión y, también por el Gobierno italiano, respecto de la segunda.

En concreto, se planteaba la inexistencia de elemento transfronterizo alguno que caracterizase el asunto principal, pues —como ya había señalado el órgano remitente, si bien para llegar a una conclusión diferente (20)— todas las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido estaban establecidas en Alemania, Estado miembro al que justamente pertenecía también el poder adjudicador. De ese modo, al no concurrir ningún elemento transfronterizo, el Tribunal de Justicia no sería competente para pronunciarse sobre la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con la Directiva 96/71 o con el artículo 56.1º del TFUE, pues las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la libre prestación de servicios no se aplicarían en estas circunstancias.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, acogiendo las alegaciones manifestadas por el Abogado General Paolo MENGGOZZI en sus Conclusiones, desestimó dicha objeción con una, en mi opinión, refinada argumentación.

En efecto, todas las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público controvertido estaban establecidas en Alemania, también el poder adjudicador tenía su sede en dicho Estado miembro y, además, el contrato se había de ejecutar en territorio alemán. A ello había que añadir que, según algún pronunciamiento, las disposiciones del Tratado

finalmente, que si la pena contractual tuviera un importe desproporcionado, el poder adjudicador, a petición del adjudicatario, podría reducirlo al importe apropiado.

(20) *Vid.* apartado 32 de la Sentencia.

relativas a la libre prestación de servicios no eran aplicables a actividades cuyos elementos relevantes se circunscribieran a un solo Estado miembro (21).

Ahora bien, el Abogado General apuntó en sus Conclusiones que el Tribunal de Justicia había admitido su competencia para responder a cuestiones relativas a la interpretación de las disposiciones del Tratado relativas a libertades fundamentales cuando todos los elementos se circunscribían a un solo Estado miembro en tres situaciones (22). En primer lugar, cuando «no se pudiera excluir de ningún modo» que los nacionales de otros Estados miembros pudieran, en situaciones similares, verse sujetos a las medidas nacionales litigiosas del Estado miembro de que se tratase con ocasión del ejercicio de una de estas libertades (23). En segundo, cuando el Derecho interno prohibiera las discriminaciones «inversas» (24). Y, finalmente, cuando para resolver un litigio

(21) Vid. la STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. C-245/09, «Omalet» (apdo. 12). En el caso concreto, se planteaba la responsabilidad solidaria de Omalet, como empresario principal, por una parte de las deudas frente a la seguridad social de un subcontratista no registrado, establecido en Bélgica, así como la obligación de Omalet de realizar una retención sobre los pagos efectuados a favor de dicho subcontratista. Ahora bien, tanto el empresario principal como el subcontratista estaban establecidos en Bélgica y todos los hechos se habían producido en el territorio de ese Estado miembro.

(22) Vid. apartado 31 de las Conclusiones del Abogado General.

(23) Así sucedió, con relación a la libre prestación de servicios, en la STJUE de 19 de julio de 2012, As. C-470/11, «Garkalns», en el marco de un litigio entre la empresa Garkalns, con domicilio social en Letonia, y el Ayuntamiento de Riga, al denegarle éste la licencia para abrir un salón de juego en un centro comercial en Riga. Tras reconocer que todos los elementos del litigio se circunscribían a Letonia, el Tribunal consideró que, si bien la normativa nacional controvertida —indistintamente aplicable a los nacionales letones y a los de otros Estados miembros— sólo podía estar comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales recogidas en el TFUE en la medida en que se aplicase a supuestos relacionados con los intercambios intracomunitarios, no se podía «excluir de ningún modo que explotadores establecidos en Estados miembros distintos de la República de Letonia estén o hayan estado interesados en abrir salones de juego en territorio letón» (apdo. 21).

(24) Es el caso, por ejemplo, de la STJUE de 21 de febrero de 2013, As. C-111/12, «Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia y otros», en el marco de dos litigios surgidos en relación con una norma de Derecho italiano según la cual los ingenieros civiles que hubieran obtenido sus títulos en Italia estaban excluidos de las obras de construcción civil que presentasen un carácter artístico relevante o estuvieran relacionadas con la restauración y la rehabilitación de los edificios de interés cultural. Dicha norma, según los ingenieros civiles, vulneraba el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios recogidos en la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985. El Tribunal de Justicia, tras admitir que los litigios se referían a situaciones puramente internas a las que no se aplica la Directiva en cuestión, señaló contrario a los principios de Derecho nacional «permitir una discriminación inversa al autorizar a los ingenieros civiles que hayan obtenido sus títulos en Estados miembros distintos de la República Italiana, y no a los ingenieros civiles que hayan obtenido sus títulos en Italia, el desempeño en dicho Estado miembro de actividades que afecten a inmuebles de interés cultural» (apdo. 34).

interno el Derecho nacional se remitiera, en principio «directa e incondicionalmente», a las normas del Derecho de la Unión (25).

Pues bien, en el marco de la primera línea jurisprudencial indicada, el Tribunal había afirmado su competencia, pese al carácter puramente interno de las situaciones que originaron el litigio principal, en aquellos casos en que la normativa nacional pudiera producir efectos no limitados a un solo Estado miembro, al no poderse excluir de ningún modo que nacionales de otros Estados miembros estuvieran o hubieran estado interesados en ejercer la libertad fundamental objeto de los respectivos asuntos. En otros términos: lo verdaderamente importante en estos casos sería ver si la medida nacional, por su objeto o por su propia naturaleza, podría producir efectos transfronterizos.

Por ello, desde el momento en que el artículo 3 de la LTTG obligaba a los licitadores y a sus posibles subcontratistas a comprometerse por escrito, al presentar la oferta, a respetar un salario mínimo, y ello con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia, dicha disposición podría producir efectos fuera del territorio alemán, pues las condiciones establecidas en dicho precepto se aplicarían indistintamente a todas las licitaciones convocadas, también a escala de la Unión Europea, y podría haber servido para que empresas situadas en otros países de la Unión hubieran decidido no participar en el procedimiento de adjudicación por entender dicha exigencia demasiado gravosa.

Como señalaba el Abogado General:

«no se puede excluir de ningún modo que, a raíz de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, esta licitación haya podido interesar a una serie de empresas establecidas en Estados miembros distintos de Alemania, pero que estas empresas no hayan participado finalmente en el procedimiento de adjudicación por motivos que pudieran estar relacionados con las exigencias previstas en el artículo 3 de la LTTG» (26).

(25) Véase la STJUE de 7 de noviembre de 2013, As. C-313/12, «Romeo», en el marco de un litigio entre la Sra. Giuseppa Romeo y la Región de Sicilia a propósito de una resolución por la que se reducía el importe de la pensión de la Sra. Romeo, antigua empleada de la Región Siciliana, y se ordenaba la devolución de los importes abonados en períodos anteriores. Como el supuesto se centraba en una falta de motivación del acto, la Sra. Romeo trajo a colación el principio de motivación de los actos de la Administración pública recogido en los artículos 296.2º TFUE y 41.2.c) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A pesar de tratarse de una situación puramente interna, el Tribunal admitió su competencia al haberse remitido el Derecho nacional, de modo directo e incondicional, al contenido de dichas disposiciones europeas para determinar las normas aplicables. Sólo así se podía garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y las que se rigen por el Derecho Europeo, cualesquiera que fueran las condiciones en que tuviesen que aplicarse las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión (apdos. 21, 22 y 23).

(26) *Vid.* apdo. 37 de sus Conclusiones.

Con todo, y a pesar de esta lúcida argumentación para razonar el interés transfronterizo del litigio, el Tribunal centró su competencia para responder a las cuestiones en la indubitada vinculación del litigio principal con las disposiciones de la Directiva 2004/18, pues la licitación controvertida en el litigio principal se había convocado a escala de la Unión al superar su valor estimado ampliamente el umbral de 200.000 euros previsto en la Directiva 2004/18, aplicable a los contratos públicos de servicios en el momento en que tuvieron lugar los hechos (27).

De hecho, aun cuando fueron otros los términos en los que el Tribunal remitente interpuso la primera cuestión prejudicial —dudando de la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE en relación con el 3.1 de la Directiva 96/71—, el Tribunal de Justicia reformuló la misma para analizarla a la luz del artículo 26 de la Directiva 2004/18 (28), norma con la que sin duda cabía conectar el interés transfronterizo del asunto en ciernes y a la que se refería el propio órgano remitente en su segunda cuestión, por no mencionar, además, que la aplicación al caso de la Directiva 2004/18 no había sido cuestionada por ninguna de las partes. Es más, el Tribunal justificó dicha matización formal en su doctrina según la cual, aunque un órgano nacional haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, ello no impide que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar a dicho órgano «todos los elementos de interpretación que puedan serle útiles» para resolver el asunto «aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones» (29).

Eso sí, al hilo del interés transfronterizo fundado en el valor del contrato, el Tribunal asumió, aunque de pasada, la argumentación ya apuntada del Abogado General para señalar que no cabría excluir en absoluto que hubiera empresas establecidas en Estados miembros distintos de Alemania que pudieran haber estado interesadas en participar en el contrato controvertido a raíz de la publicación del anuncio de licitación aunque, en definitiva, hubieran decidido no participar por motivos propios,

«pero que, para algunas de esas empresas que están establecidas en Estados miembros en los que el coste de la vida y la cuantía del salario mínimo en vigor son significativamente inferiores a los existentes en el Land de Renania-Palatinado,

(27) Los servicios contemplados por la Directiva 2004/18 incluían los de transporte de correo por vía terrestre (anexo II.A.punto 4). En cuanto al umbral de los 200.000 euros mencionado en el artículo 7.b) de la Directiva 2004/18 había sido establecido tras la modificación operada por el artículo 2.1.b) del Reglamento (UE) 1251/2011.

(28) Siguiendo nuevamente las pautas del Abogado General (*vid. apdos. 43 y 44 de sus Conclusiones*).

(29) *Vid. apdo. 46 de la Sentencia.*

podrían incluir la obligación expresamente establecida de respetar el salario mínimo impuesto en dicho Land» (30).

De este modo, el Tribunal admitió sendas cuestiones prejudiciales, ambas referidas a la interpretación del artículo 26 de la Directiva 2004/18.

B) Sobre la primera cuestión: consideración del artículo 3 de la LTTG como una «norma imperativa de protección mínima»

La primera cuestión planteaba la compatibilidad con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 del artículo 3.1 de la LTTG, esto es, de una normativa de una entidad regional de un Estado miembro que obligase a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita añadida a la oferta, a pagar al personal que ejecutaría las prestaciones del contrato público un salario mínimo fijado por dicha normativa.

A este respecto, ya se ha indicado que el artículo 26 de citada Directiva permitía a los poderes adjudicadores supeditar la ejecución de un contrato público a «condiciones especiales», incluidas las referidas a «consideraciones de tipo social», siempre que fuesen compatibles con el Derecho de la Unión y se indicasen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Pues bien, desde un punto de vista formal, el Tribunal de Justicia partió de la consideración del compromiso exigido en el artículo 3.1 de la LTTG como una «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social», establecida, según indica el artículo 26, tanto en el anuncio de licitación como en el pliego de condiciones con el fin de dar debido cumplimiento al principio de transparencia. Y también entendió cumplido el Tribunal el principio de igualdad de trato, inspirador de la contratación pública de cara a favorecer una competencia efectiva y evitar discriminaciones entre los operadores económicos (31), pues todas las empresas potencialmente interesadas pudieron manifestar su interés y los licitadores se encontraron en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas por la entidad adjudicadora.

Ya desde un punto de vista sustantivo, restaba por analizar la compatibilidad de la exigencia de respetar las cuantías de salario mínimo durante la

(30) *Vid.* apdo. 51 de la Sentencia.

(31) En este sentido, la STJUE de 3 de marzo de 2005, As. Acum. C-21/03 y C-34/03, «Fabricom», declaró que «el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia» (apdo. 26).

ejecución de un contrato con las disposiciones del Derecho de la Unión, tal y como prescribía el artículo 26 de la Directiva 2004/18. A este respecto, el Tribunal de Justicia se separó de la perspectiva sugerida por el Abogado General. Así, aunque las partes plantearon la compatibilidad de dicha exigencia con relación, sobre todo, al artículo 3.1 de la Directiva 96/71 — precepto que, recuérdese, enumeraba las condiciones de trabajo y empleo que los Estados miembros podían exigir a las empresas que desplazasen trabajadores a su territorio para realizar prestaciones de servicio—, el Abogado General apostó por referirla únicamente al artículo 56.1º del TFUE. Y ello por cuanto el asunto principal no estaba relacionado con ninguna de las medidas de desplazamiento de trabajadores previstas en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71.

Analicemos ambas visiones —la del Tribunal de Justicia y la del Abogado General— para determinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión del artículo 3.1 de la LTTG y poder responder, así, a la primera cuestión prejudicial.

En cuanto al Tribunal de Justicia, examinó la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el Derecho de la Unión a partir del artículo 3.1 de la Directiva 96/71 —como sugerían las partes—, pero también del artículo 56.1º del TFUE. A tal efecto, el Tribunal recordó su jurisprudencia según la cual,

«cuando una norma nacional esté comprendida en un ámbito que haya sido armonizado de modo exhaustivo a nivel de la Unión, dicha norma deberá apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no del Derecho primario de la Unión».

Sensu contrario, como el artículo 26 de la Directiva 2004/18 no regulaba de modo exhaustivo el ámbito de las condiciones especiales de ejecución de los contratos sino que se limitaba a señalar su posible exigencia «siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario», el artículo 3.1 de la LTTG podía apreciarse a la luz también del Derecho primario de la Unión (32).

A partir de ahí, el Tribunal hiló la compatibilidad del artículo 3.1 de la LTTG con el artículo 56.1º del TFUE pero, sobre todo, con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71, pues el Considerando 34 de la Directiva 2004/18 se remitía a dicho precepto para las situaciones transfronterizas en las que los trabajadores de un Estado miembro se desplazaran a otro Estado miembro para realizar un contrato público. En mi opinión, esta conexión con la Directiva 96/71 resultaba coherente con la argumentación del propio Tribunal, pues aun cuando el caso principal no se podía incluir en ninguno de los supuestos de desplazamiento de trabajadores previstos en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71, el Tribunal había admitido —como también el Abogado General— la

(32) *Vid.* apdos. 57 a 59 de la Sentencia.

existencia de un «interés transfronterizo» en el asunto principal en los términos apuntados en el epígrafe anterior (33).

Respecto al artículo 56.1º del TFUE, el Tribunal consideró, de una parte, que una de las finalidades de la Directiva 2004/18 era la libre prestación de servicios y que, en consecuencia, sus disposiciones de coordinación debían interpretarse según las normas y principios del Tratado, entre ellos, la libre prestación de servicios; y, de otra, que, aunque imponer unas cuantías de salario mínimo a las empresas establecidas fuera de Alemania cuyo salario mínimo fuera inferior era una carga económica adicional que podía constituir una restricción en el sentido del artículo 56.1º del TFUE, el artículo 3.1 de la LTTG se justificaba por el objetivo de la protección de los trabajadores.

Y a ello no obstaba el hecho de que, según la norma controvertida, el salario mínimo hubiera de aplicarse exclusivamente a los contratos públicos, con exclusión de los privados. Para fundamentar tal conclusión acudía ahora el Tribunal al artículo 3.1 de la Directiva 96/71. En efecto, la Sentencia consideró que el artículo 3.1 de la LTTG era una «disposición legal» que, amén de incluir las «cuantías de salario mínimo» entre las condiciones de trabajo y empleo a garantizar por las empresas a sus trabajadores desplazados, fijaba su concreto importe. Y, como decimos, no era un problema que la norma nacional limitara su ámbito de aplicación a los contratos públicos y no a los privados. Primero, porque sólo los convenios colectivos, y no las disposiciones legales, podían ser declarados de «aplicación general» según la Directiva 96/71 —como ya se había indicado en el caso «Rüffert» (34)—. Segundo, porque el artículo 3.1 de la LTTG recogía una «condición especial de ejecución del contrato», referida a consideraciones de tipo social, en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18. Y, tercero, por constituir dicha disposición regional una «norma imperativa de protección mínima» al no existir, en el momento de los hechos, ninguna otra norma nacional que fijara un salario mínimo inferior en el sector de los servicios postales.

Por todo lo anterior, el Tribunal de Justicia concluía que el artículo 3.1 de la LTTG formaba parte del «nivel de protección que debe garantizarse» por las empresas establecidas en un Estado miembro a sus trabajadores desplazados

(33) Es decir, un «interés transfronterizo» basado tanto en el hecho de que algunas empresas establecidas fuera de Alemania, y con un posible interés en participar en la adjudicación del contrato público, pudieran haber renunciado a ello justo por la obligación establecida en la LTTG, como en la inclusión del contrato público controvertido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 habida cuenta de su convocatoria a escala comunitaria.

(34) Argumento respecto al que, recordemos, el órgano remitente había albergado ciertas dudas por entender ilógico que la exigencia de aplicación general de los convenios colectivos que fijasen un salario mínimo no se aplicase también a las disposiciones legales (vid. apdo. 38 de la Sentencia).

a otro Estado miembro para ejecutar un contrato público. Y declaraba, así, su compatibilidad con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 (35).

En cuanto a la argumentación del Abogado General, conviene destacar su interesante perspectiva en algunas cuestiones y su alusión a sendos pronunciamientos del Tribunal en los asuntos «Bundesdruckerei» (36) y «Rüffert» para justificar su postura.

En primer lugar, el Abogado General recondujo su argumentación sólo al artículo 56.1º del TFUE por entender que en el asunto principal no concurría ninguna de las medidas de desplazamiento de trabajadores previstas en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71 (37). Y extrapolaba al caso la solución adoptada en el asunto «Bundesdruckerei», en que el Tribunal de Justicia se había negado a examinar la compatibilidad de la Directiva 96/71 con la normativa de un Land alemán que exigía a las empresas adjudicatarias de un contrato público que respetaran las cuantías de salario mínimo fijadas por dicha normativa, justo por no corresponderse la situación objeto de la controversia con ninguna de las medidas transnacionales incorporadas en el artículo 1.3 de la citada Directiva. Concretamente, en un litigio entre la empresa Bundesdruckerei y el Ayuntamiento de Dortmund, similar al aquí comentado, se planteaba la validez de la obligación, incluida en el pliego de condiciones de un contrato público de servicios de dicho Ayuntamiento (se trataba de un contrato público relativo a la digitalización de documentos a la conversión de datos para el servicio de urbanismo de esa ciudad), de garantizar a los trabajadores de los subcontratistas de los licitadores el pago de un salario mínimo previsto en una normativa del Land de la entidad adjudicadora. Ello, aun cuando el subcontratista afectado se encontrase establecido en otro Estado miembro y todas las prestaciones relativas a la ejecución del referido contrato se realizasen en ese otro Estado miembro (en concreto, Polonia). Pues bien, el licitador recurrente no tenía la intención de ejecutar el contrato público mediante el desplazamiento de trabajadores de su subcontratista, una filial al 100% establecida en Polonia, al territorio alemán, sino que pretendía encargar su ejecución a trabajadores de una de sus filiales, establecida en otro Estado miembro, Polonia. Por ello, el Tribunal entendió que el supuesto, aun tratándose de una situación transnacional, no suponía desplazamiento de trabajadores de

(35) Vid. apdo. 77 de la Sentencia.

(36) Caso resuelto en la STJUE de 18 de septiembre de 2014, As. C-549/13.

(37) Según el Abogado General, «*RegioPost, que está establecida en Alemania, no tenía intención, a efectos de la ejecución del contrato público para el que presentó su oferta, ni de recurrir a un establecimiento o a una empresa de su grupo para que desplazase trabajadores al territorio alemán, ni de utilizar los servicios de una empresa de trabajo temporal o de suministro de trabajadores de otro Estado miembro, a fin de lograr el desplazamiento de estos últimos a Alemania*» (apdo. 53 de sus Conclusiones).

forma temporal a Alemania para ejecutar la prestación del contrato y que no se incluía en ninguno de los supuestos del artículo 1.3 de la Directiva 96/71. Lo que no mencionó el Abogado General, y que en mi opinión reviste cierto interés, es que a pesar de declarar formalmente la inaplicación de la Directiva 96/71 al caso, el Tribunal había basado su decisión final en favor de la libre prestación de servicios —en detrimento por tanto de la protección de los trabajadores— en varios argumentos que habían sido apuntados años antes en la Sentencia «Rüffert» en el marco, precisamente, de la Directiva 96/71 (38).

En segundo término, para determinar si las cuantías del salario mínimo fijadas en el artículo 3.1 de la LTTG constituían una restricción a la libre prestación de servicios, recogida en el artículo 56.1º del TFUE, que pudiera justificarse por el objetivo de la protección de los trabajadores, cuestión clave, el Abogado General se refirió a la Sentencia «Rüffert», importante pronunciamiento también citado por el Tribunal de Justicia. En ella, el Tribunal de Justicia consideró contraria a la libre prestación de servicios —regulada en el antiguo artículo 49 del TCE— la normativa legal de un Land alemán que obligaba a los adjudicatarios de contratos públicos de obras a comprometerse por escrito a pagar a sus trabajadores, durante la ejecución de dichos contratos, el nivel salarial mínimo previsto en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución. En concreto, el litigio, también parecido al aquí analizado, surgió entre el Sr. Rüffert —administrador judicial de la empresa *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG*— y el Land de Baja Sajonia tras la adjudicación a dicha empresa de un contrato de obras de estructura para la construcción del establecimiento penitenciario de Göttingen-Rosdorf. El contrato incluía el compromiso de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo «Edificios y obras públicas». Tras acudir la empresa adjudicataria a otra establecida en Polonia como subcontratista, ésta contrató en la obra a trabajadores por un salario inferior al previsto en el convenio colectivo referido (les pagó el 46,57% del salario mínimo fijado en el convenio), circunstancia que desembocó en la resolución del contrato por el Land por incumplimiento de la obligación de pagar el salario y en el posterior planteamiento del conflicto en el que surgió la cuestión prejudicial. Pues bien, respecto a la aplicación de la Directiva 96/71, se confirmó la misma por encontrarse comprendida en el primer supuesto de su artículo 1.3 (39) la situación del asunto principal, sin que a ello empeciera que el objetivo de la normativa del Land cuestio-

(38) En esta línea, MARTÍNEZ FONS (2014: p. 8) ofrece una visión crítica de la Sentencia «Bundesdruckerei».

(39) El artículo 1.3.a) de la Directiva 96/71 se refería al caso en que una empresa desplazase a un trabajador, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que operase en otro Estado miembro,

nada —la *Ley del Land de Baja Sajonia sobre la contratación pública* (40) (en adelante, *Ley del Land*)— no fuera la regulación del desplazamiento de los trabajadores. El problema surgió, sin embargo, a la hora de determinar si el convenio colectivo al que se remitía el artículo 3.1 de la *Ley del Land* era «de aplicación general» de conformidad con el artículo 3.1 de la Directiva 96/71 y, por ende, podía considerarse un mecanismo válido para establecer una cuantía mínima de salario con efectos vinculantes generales o, en otros términos, una disposición imperativa de protección mínima. La respuesta a dicho interrogante fue negativa, pues el convenio sólo se imponía a una parte del sector de la construcción, básicamente, porque la normativa del Land que se remitía al mismo sólo se aplicaba a los contratos públicos, con exclusión de los privados. Y dicho argumento, de naturaleza formal, fue el que sustentó la respuesta del Tribunal con las importantes consecuencias que de ello derivaron en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados.

Ahora bien, no puedo pasar por alto las espléndidas —y, a pesar de ello, desoídas por el Tribunal de Justicia— Conclusiones presentadas en el asunto «Rüffert» por el Abogado General, Sr. Ives BOT, no sólo en cuanto a la cuestión formal apuntada, sino sobre todo en cuanto a la ponderación entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores. Algunas de sus observaciones en pro de este último principio, sobre las que volveré en la parte final de este trabajo, recuperan tras casi una década todo su interés, máxime teniendo en cuenta los hitos normativos sucedidos desde entonces a escala de la Unión, entre ellos, la atribución de valor normativo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa de 2009.

Retomando la argumentación del Abogado General del caso «RegioPost», para justificar que el artículo 3.1 de la LTTG se aplicase sólo a los contratos públicos y no a los privados resaltó un hecho diferenciador entre los casos «RegioPost» y «Rüffert» —además de que el artículo 3.1 de la LTTG fijaba él mismo la cuantía de salario mínimo y no se remitía a ningún convenio— y que no era otro que la entrada en juego de la Directiva 2004/18. El ámbito de aplicación de dicha Directiva y, en concreto, de su artículo 26 —referido a las condiciones especiales en la ejecución de contratos públicos, incluidas las condiciones de trabajo— era el de los contratos públicos, por lo que no se podía exigir a los Estados el establecimiento de cuantías de salario mínimo de aplicación general. Además, una tal ampliación podría menoscabar las competencias de los Länder, pues éstos, según el Derecho alemán, sólo pueden establecer normas sobre remuneración mínima en el marco de los procedi-

al territorio de un Estado miembro, siempre que existiera una relación laboral entre dicha empresa y el trabajador durante el período de desplazamiento.

(40) En alemán *Landesvergabegesetz*.

mientos de adjudicación de contratos públicos, pero no para el conjunto de los trabajadores (41). Otra interpretación equivaldría a negar a los Länder la posibilidad de trasponer la Directiva 2004/18 y obligarles a esperar una normativa del Estado federal determinante del salario mínimo. Como atinadamente anota el Abogado General:

«En el ámbito del Estado federal, este enfoque (...) equivaldría, en realidad, a transformar la facultad ofrecida a los Estados miembros de establecer un salario mínimo en su territorio en una verdadera obligación (...).

En el ámbito del Land, la introducción de cuantías de salario mínimo por parte del Estado federal haría superfluas las disposiciones legislativas del Land (...)» (42).

Finalmente, podrían extraerse dos argumentos de las Conclusiones del Abogado General —no recogidos en la Sentencia— para confirmar la legitimidad de la obligación establecida en el artículo 3.1 de la LTTG y, con ella, de la restricción de la libre prestación de servicios en beneficio de la protección de los trabajadores. De una parte, su proporcionalidad, a la que no obstaría su limitación a los trabajadores adscritos a la ejecución de contratos públicos y no a todos los empleados (43). De otra, la analogía de las consideraciones de tipo social —entre ellas, la fijación de un salario mínimo— con las medioambientales, en cuanto ambas estarían citadas al mismo nivel en el artículo 26 de la Directiva 2004/18. En efecto, el Abogado General recordó que el propio Tribunal de Justicia había reconocido que las consideraciones medioambientales podían tenerse en cuenta para la adjudicación de servicios de transportes urbanos objeto de contratos públicos, sin que fuese necesario que tales consideraciones se ampliasen también a las empresas de transporte urbano cuando ejecutasen contratos privados (44).

(41) Vid. apdos. 74 y 75 de sus Conclusiones.

(42) Apdos. 78 y 79 de sus Conclusiones.

(43) Apdo. 87 de sus Conclusiones.

(44) Se refería, en concreto, a la STJUE de 17 de diciembre de 2002, As. C-513/99, «Concordia Bus Finland», dictada en el marco de un litigio entre Concordia Bus Finland frente al Ayuntamiento de Helsinki y la empresa HKL-Bussiliikenne al hilo de la adjudicación de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús. En el anuncio de licitación se indicaba que la adjudicataria sería la empresa que hiciera la oferta más favorable para el ayuntamiento desde el punto de vista económico global teniendo en cuenta tres criterios: el precio global solicitado para la explotación, la calidad de los vehículos (autobuses) y la gestión por el empresario en materia de calidad y medio ambiente. Habiendo obtenido una puntuación similar las empresas Concordia y HKL, el factor determinante fue la atribución de unos puntos adicionales a HKL por ofrecer la utilización de un tipo de autobús cuyas emisiones de óxidos de nitrógeno y ruido eran inferiores a determinados valores. Concordia recurrió la adjudicación, de un lado, por entenderla discriminatoria, ya que la posibilidad de utilizar autobuses que funcionaran con gas natural —únicos que respondían al criterio adicional de reducción de emisiones y de ruido— era muy limitada y, de otro, por considerar

C) Sobre la segunda cuestión: exclusión de la participación en un contrato público como consecuencia del incumplimiento de una norma imperativa de protección mínima

Resuelta la primera de las cuestiones, sin duda la más enjundiosa, se planteaba en la segunda la validez de la exclusión de aquellas ofertas que no incluyesen el compromiso recogido en el artículo 3.1 de la LTTG, ni siquiera tras el requerimiento del poder adjudicador. Recuérdese que el órgano remitente justificaba su duda a este respecto en dos ideas, a saber: que el artículo 26 de la Directiva 2004/18 no incluía el incumplimiento de una condición especial como motivo de exclusión para participar en un contrato —pues en todo caso dicho incumplimiento surgiría tras la adjudicación— y que dicha sanción sería innecesaria, pues, tras la firma del contrato, el adjudicatario estaría en todo caso obligado a pagar el salario mínimo al constar por escrito su compromiso. En este caso, además, el propio artículo 7 de la LTTG establecía un régimen de sanciones aplicable cuando el compromiso escrito se hubiera presentado con la oferta pero no cumplido durante la ejecución del contrato público.

Pues bien, el Tribunal de Justicia ofreció tres argumentos para responder a dicha cuestión. En primer lugar, la inaplicación del artículo 7 de la LTTG al caso, pues dicho precepto recogía el régimen sancionador tras la presentación del compromiso junto a la oferta por parte del licitador, hecho que no se había llegado a producir con «RegioPost» por haber sido excluida de la participación en el procedimiento de adjudicación del contrato al negarse a regularizar su oferta.

En segundo término, el Tribunal negó que la exclusión de la participación en el contrato fuera una «sanción», ya que se trataba de

«la consecuencia del incumplimiento (...) de un requisito formulado de modo singularmente transparente en el anuncio de licitación considerado y que tiene como objetivo destacar la importancia del cumplimiento de una norma imperativa de protección mínima expresamente autorizada por el artículo 26 de la Directiva 2004/18» (45).

que los factores ecológicos no se podían tener en cuenta al carecer de relación directa con el objeto de la licitación. Tras admitir criterios ecológicos en la adjudicación de un contrato siempre que, entre otros criterios, se respetase el principio de no discriminación, el Tribunal no encontró vulneración de dicho principio en el hecho de que sólo unas pocas empresas pudieran cumplir uno de los criterios aplicados para determinar la oferta económicamente más ventajosa. En ningún momento, pues, se planteó el análisis del principio de no discriminación a la luz de la naturaleza pública o privada del contrato. Diversas consideraciones acerca de la introducción de cláusulas ambientales en la contratación pública pueden consultarse en LÓPEZ TOLEDO (2004: pp. 25-ss.).

(45) *Vid.* apdo. 83 de la Sentencia.

De ese modo, como —según la respuesta dada a la primera cuestión— el artículo 26 de la Directiva 2004/18 no se opondría al compromiso escrito del artículo 3.1 de la LTTG, permitiría también la exclusión que este último recoge. E incidía el Tribunal en la consideración del artículo 3.1 de la LTTG como «norma imperativa de protección mínima» al señalar que su incumplimiento, como se infería del Considerando 34 de la Directiva 2004/18, podría ser calificado de falta grave o delito que afectaría a la moralidad profesional del operador económico y podría acarrear al operador económico su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato público.

Por fin, el tercero de los argumentos presentados por el Tribunal partía de la consideración de la medida de exclusión como «apropiada y proporcionada», primero, porque el obstáculo que podría suponer para los licitadores la obligación de incluir un compromiso de respetar un salario mínimo sería «insignificante» —más aún teniendo en cuenta la existencia de formularios preestablecidos— y, segundo, porque habría de mediar un previo requerimiento para completar la oferta tras una primera negativa (46).

Así pues, el Tribunal de Justicia concluyó que era compatible con el artículo 26 de la Directiva 2004/18 la exclusión obligatoria de una oferta, prevista en el artículo 3.1 de la LTTG, de aquellos licitadores que no se comprometieran, en su nombre y en el de sus subcontratistas, mediante una declaración específica al presentar su oferta y tras haber sido requeridos por el poder adjudicador, a pagar las cuantías mínimas de salario establecidas en la propia norma.

IV. RECAPITULACIÓN: LA ADMISIÓN ESENCIALMENTE «FORMAL» DE UN NÚCLEO DURO DE PROTECCIÓN A FAVOR DE LOS TRABAJADORES

La conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia en el caso «RegioPost» reviste, en mi opinión, un gran interés, no sólo porque refuerza el valor de las cláusulas sociales en la contratación pública en general, sino también porque, en el seno de las condiciones de trabajo y de empleo —en concreto, respecto al pago de un salario mínimo—, favorece una visión protectora de los derechos de los trabajadores desplazados. Con todo, siendo cierto lo anterior, no lo es menos que los argumentos en los que el Tribunal de Justicia apoya su decisión son fundamentalmente formales, habiendo desaprovechado la ocasión para apostar, también de modo sustantivo, por la protección de los trabajadores de cara a aumentar la garantía frente al *dumping* social dentro de la Unión.

(46) Vid. apdos. 86 y 87 de la Sentencia.

Precisado lo anterior, y en el ámbito de las cláusulas sociales en los contratos públicos, resulta de interés la conexión que el caso «RegioPost» plantea entre las fases de adjudicación y ejecución de los contratos. Como es sabido, las cláusulas sociales se vienen admitiendo, sometidas a la debida publicidad y compatibilidad con el Derecho de la Unión, como condición de ejecución de los contratos públicos. Ahora bien, la normativa controvertida conectaba las fases de adjudicación y ejecución de los contratos públicos, desde el momento en que la negativa en la fase de adjudicación a asumir por escrito un compromiso de cumplimiento de ciertas condiciones en la fase de ejecución del contrato público implicaría *per se* la exclusión misma del proceso de adjudicación. Recuérdese que el Land de Renania-Palatinado exigía a las empresas que, junto con la oferta, presentasen por escrito un compromiso de pago de un salario mínimo a los trabajadores destinados a ejecutar el contrato público y, de negarse, serían excluidas de la oferta.

Ahora bien, para llegar a tal conclusión era preciso determinar la validez de la normativa nacional en cuestión, a cuyo efecto el Tribunal precisó los requisitos que la podían convertir en una «norma imperativa de protección mínima» expresamente autorizada por el artículo 26 de la Directiva 2004/18. Dicha expresión constituía la clave para que la pulsión entre libre prestación de servicios y protección de los trabajadores se decantase a favor de ésta última, pues la aportación más importante de la Directiva 96/71 era materializar un «núcleo duro» de reglas protectoras a favor de los trabajadores desplazados. Pues bien, el Tribunal de Justicia afirmó la existencia de dicho núcleo duro de protección por la concurrencia en el caso de tres elementos.

El *primero* era la presencia de un supuesto de contratación pública en el que dos factores justificaban el «interés transfronterizo» del asunto, a saber: de un lado, la posible participación en la adjudicación del contrato público de empresas establecidas fuera de Alemania que, aun pudiendo tener interés en la adjudicación, hubieran renunciado a participar en la misma tras conocer la obligación impuesta por la normativa nacional. De otro lado, la superación por el contrato público controvertido del umbral pertinente, fijado en 200.000 euros, para entender aplicable la Directiva 2004/18.

El *segundo elemento* radicaba en la interpretación sistemática de las Directivas 2004/18 y 96/71 —pues la primera se remitía a la segunda— a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para condicionar la validez de la determinación de las cuantías de salario mínimo —en tanto condiciones de trabajo y empleo— a su establecimiento por una «disposición legal» nacional. Y es que la Directiva 96/71 no condicionaba la eficacia de dicha disposición legal a ningún requisito más, como sí sucedía con los convenios colectivos o laudos arbitrales, en cuyo caso la validez del salario mínimo que establecieran dependía de que hubieran sido previamente declarados

de «aplicación general». Este segundo elemento había servido al Tribunal de Justicia para justificar una solución diferente en el caso «Rüffert». En efecto, mientras en el caso «RegioPost» la disposición legal controvertida (47) recogía no sólo el compromiso escrito de pago del salario mínimo, sino también su importe, en el caso «Rüffert» no se respetaron los mecanismos de fijación de las cuantías de salario mínimo establecidos en la Directiva 96/71, pues la disposición legal controvertida (48) establecía el compromiso escrito de pago de un salario mínimo, pero remitía la concreta retribución a lo establecido en un convenio colectivo, a la sazón no declarado de aplicación general, sin que por tanto se atuviera a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71.

Por fin, el *tercer elemento* a considerar era la normativa nacional sobre distribución de competencias entre Estado y regiones, aspecto esencial para desvirtuar la posible contradicción que, según el órgano remitente, podía plantear la normativa del Land de Renania-Palatinado con la Directiva 2004/18 al limitar aquélla su ámbito de protección a los trabajadores desplazados en el marco de contratos públicos y no privados y, por tanto, a una parte de la actividad económica. A este respecto había que señalar que, en Alemania, los Länder sólo tienen competencia para fijar cuantías de salario mínimo en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y no para el conjunto de los trabajadores. Por ello, el Land habría transpuesto correctamente la autorización dada por la Directiva 2004/18 sin necesidad de que el Estado federal hubiera introducido un salario mínimo general. En otro caso, hacer depender la fijación por el Land de cuantías de salario mínimo para los contratos públicos del previo establecimiento por el Estado federal de un salario mínimo con carácter general supondría la anulación *de facto* de la competencia específica del Land, a la vez que se estaría implícitamente obligando al Estado federal a algo que, de momento, no habría prescrito la Unión. Además, la discriminación que realmente habría que evitar es la que se podría producir por razón de la nacionalidad, debiendo asegurar el Land que los trabajadores desplazados fueran remunerados igual que los locales, para lo que habría de imponer a los prestadores de servicios la misma obligación de pago de las cuantías de salario mínimo del lugar de ejecución de la prestación, estuvieran o no establecidos en Alemania.

Así pues, la conjunción de los tres elementos indicados condujo al Tribunal a entender, como por otra parte había recomendado el Abogado General en sus Conclusiones, que la normativa del Land de Renania-Palatinado no se oponía al Derecho de la Unión, si bien, como ya he indicado, dichos argumentos eran de índole básicamente formal.

(47) El artículo 3.1 de la LITG del Land de Renania-Palatinado.

(48) El artículo 3.1 de la Ley del Land de Baja Sajonia sobre la contratación pública.

V. REFLEXIONES FINALES: LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR COMO «RAZÓN IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL»

Para finalizar este trabajo, e intentar complementar la visión formal del Tribunal, me parece oportuno aportar algunas reflexiones de fondo para justificar un cambio en la prelación entre libre prestación de servicios y protección de los trabajadores, hasta ahora casi siempre decantada a favor de la primera. A tal fin, y como ya se anunció, se traerán a colación los interesantes argumentos presentados por el Abogado General YVES BOT en sus Conclusiones al caso «Rüffert» (49) y que, aunque no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, servirán de base para exponer algunas ideas.

El punto de partida para que la normativa de un Estado miembro que obligue al pago de un salario mínimo a los trabajadores desplazados en su territorio permita invertir la tradicional prelación entre libre prestación de servicios y protección de los trabajadores es que materialice un «núcleo duro» de reglas protectoras de carácter imperativo. Esto es, debería regular unas condiciones de trabajo y empleo de las que no pudiesen ser privados los trabajadores desplazados en el Estado donde se ejecutase la prestación, pues ese es sin duda el objetivo del legislador comunitario en la Directiva 96/71.

A partir de ahí, y tras pasar el tamiz de los requisitos formales apuntados por el Tribunal, la compatibilidad de dicha protección nacional reforzada con el Derecho de la Unión se podría fundar en las siguientes consideraciones.

En primer término, en el fortalecimiento de la «seguridad jurídica». Y es que la enunciación clara de ciertas reglas se convertiría, de una parte, en una obligación para el prestador de servicios establecido en otro Estado miembro [que sabría que tiene que cumplir con dicho «mínimo claramente identificable» (50)] y, de otra, en un correlativo derecho para el trabajador desplazado (que podría exigir su aplicación en tanto normas imperativas derivadas de la Directiva 96/71). Además, en el caso de las cuantías de salario mínimo existiría una peculiaridad respecto al resto de condiciones de trabajo y empleo y es que, al margen de ciertas negociaciones a escala europea que pudiesen incidir de modo accesorio, no habría prescripciones mínimas comunitarias que aproximasen en tal extremo las legislaciones nacionales. No en vano, la noción de cuantías de salario mínimo la remite la Directiva 96/71 al «Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado» (51).

(49) En concreto, el 20 de septiembre de 2007.

(50) Vid. Considerando 74 de las Conclusiones del Abogado General en el caso «Rüffert».

(51) Art. 3.1 últ. pár.

En segundo lugar, en la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo «más beneficiosas para el trabajador». La propia Directiva 96/71 señala, en su Considerando 17º, que las condiciones imperativas de protección mínima vigentes en el país de acogida no deben impedir la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo «que sean más favorables a los trabajadores», argumento que resalta posteriormente, ya en su artículo 3.7.1º (52). Ambas referencias normativas ni siquiera son mencionadas en la Sentencia «RegioPost», pero implican que si las disposiciones del Estado de acogida fueran más favorables, éstas serían las que se deberían aplicar al trabajador desplazado, mientras que, si por el contrario, fueran las de su país de origen las más beneficiosas, éstas serían las aplicables.

Ahora bien, sendas consideraciones deben ponerse en relación con la libre prestación de servicios para determinar la compatibilidad de una protección nacional reforzada con el artículo 56.1º del TFUE. Y es que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, dicho precepto «no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos» (53). En este sentido, parece claro, de un lado, que la obligación de pagar la retribución mínima aplicable en el lugar de ejecución de las prestaciones es exigible tanto a los prestadores de servicios establecidos en Alemania como a los establecidos en otro Estado miembro. Pero, de otro, también resulta evidente que obligar a los adjudicatarios de un contrato público a pagar a sus trabajadores desplazados, como mínimo, la retribución prevista en el lugar de ejecución de la prestación cuando dicha retribución sea superior a la del lugar de establecimiento del prestador conlleva una «carga económica adicional» que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida (54).

Por ello, la tercera consideración a tener en cuenta, de cara a justificar una eventual restricción a la libre prestación de servicios, sería que la normativa nacional reforzada respondiera a «razones imperiosas de interés general», esto es, que la protección que brindara a los trabajadores desplazados no pudiera

(52) Según el cual, «[l]o dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores».

(53) Véase la STJUE de 22 de octubre de 2014, As. Acum. C-344/13 y C367/13, «Blanco» (apdo. 26).

(54) Vid. Considerando 103 de las Conclusiones del Abogado General en el caso «Rüffert».

lograrse por las normas a las que estuviera sujeto el prestador en su país de establecimiento, siempre que fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no fuera más allá de lo necesario para alcanzarlo (55). En este sentido, el propio Tribunal de Justicia ha considerado como razón imperiosa de interés general en aras a la protección de los trabajadores la evitación de la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo (56), pues con ello se pretende luchar contra el *dumping* social. Ahora bien, ¿podría considerarse una razón imperiosa de interés general para justificar la restricción a la libre prestación de servicios un objetivo de carácter económico como la protección de empresas nacionales? La respuesta es negativa, como el propio Tribunal ha tenido la oportunidad de señalar, correspondiendo al órgano nacional la comprobación de la verdadera finalidad pretendida por el legislador.

En suma, sólo la protección de los trabajadores podría justificar una restricción de la libre prestación de servicios siempre que dicha protección no se obtuviera mediante obligaciones idénticas o esencialmente comparables que ya se impusieran a la empresa en el Estado miembro en el que estuviera domiciliada. Y, a tal fin, el órgano remitente sería el encargado de apreciar la equivalencia o el carácter sustancialmente comparable de la protección ya conferida en el Estado miembro de establecimiento del prestador (57), con particular referencia, a fin de evitar el *dumping* social intracomunitario, a la remuneración, traducida sólo en el importe bruto del salario (58). En el caso «Rüffert», por ejemplo, se había pagado a los 53 trabajadores desplazados

(55) *Vid.*, por todas, la STJUE de 3 de diciembre de 2014, As. C-315/13, «De Clercq y otros». La sentencia declaró que, «[s]egún jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, una normativa nacional adoptada en un ámbito que no haya sido objeto de armonización a escala de la Unión y que se aplique indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de que se trate puede estar justificada, pese a su efecto restrictivo de la libre prestación de servicios, si responde a una razón imperiosa de interés general y dicho interés no está salvaguardado ya por las normas a las que esté sujeto el prestador en el Estado miembro en el que esté establecido, si es adecuada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (apdo. 62).

(56) *Vid.* la STJUE de 12 de octubre de 2004, As. C-60/03, «Wolf & Müller», apdos. 36 y 41, y la jurisprudencia en ellos citada.

(57) *Vid.* Considerando 117 de las Conclusiones del Abogado General en el caso «Rüffert».

(58) Según el apartado 29 de la STJUE de 14 de abril de 2005, As. C-341/02, «Comisión/Alemania», no deben tenerse en cuenta «como conceptos que forman parte del salario mínimo, el salario por las horas extraordinarias, las cotizaciones a los regímenes complementarios de jubilación profesional, las cantidades abonadas en concepto de reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento y, finalmente, las cantidades a tanto alzado calculadas sobre la base de un criterio distinto del horario. Lo que debe tenerse en cuenta es el importe bruto del salario».

sólo el 46,57% del salario mínimo aplicable, por lo que era fácil deducir que la normativa del Land había conferido a dichos trabajadores una auténtica protección adicional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2008): «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *El Derecho de los contratos públicos*, Zaragoza, Monográfico X de esta REVISTA, pp. 211-252.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012), «La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 30.
- GIMENO FELIÚ, José María (2004): «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales», en J.M^o. GIMENO FELIÚ (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, ed. Atelier, pp. 61-ss.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (2003), «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», en *Justicia Administrativa*, núm. 20, pp. 27-67.
- LOBO RODRIGO, Ángel (2015): «Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE», en Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Cizur Menor (Navarra), ed. Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 73-106.
- LÓPEZ TOLEDO, Purificación (2004): «Contratación pública y medio ambiente», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 33, pp. 25-ss.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel (2014): «Las restricciones a las cláusulas sociales en la contratación pública impuestas por la libre prestación de servicios. Comentario a la STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/13», en *IUSLabor*, núm. 3, pp. 1-9.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2009): *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Sevilla, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública.

COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE SANIDAD Y ASISTENCIA SANITARIA A LAS PERSONAS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR (*)

M^a NIEVES ARRESE IRIONDO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.– II. LA LEGISLACIÓN ESTATAL LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL ÁMBITO SANITARIO.– III. LA RESPUESTA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. Momento inicial. 2. Cambio de postura posterior de algunas Comunidades Autónomas. 3. La situación en la Comunidad Autónoma de Euskadi y en la Comunidad Foral de Navarra.– IV. DESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES: 1. El art. 149.1.1^o CE. 2. El art. 149.1.2^o CE. 3. El art. 149.1.16^o CE. 4. El art. 149.1.17^o CE.– V. REFLEXIONES FINALES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, ha tenido como efecto la exclusión sanitaria, con carácter general, de las personas extranjeras en situación irregular. Las Comunidades Autónomas han reaccionado de maneras diversas, llegando algunas de ellas a extender su sistema sanitario también a estas personas, aunque con distinta amplitud, mientras que otras se han limitado a dar cumplimiento a la normativa estatal. Esta situación suscita la cuestión relativa a la titularidad de las competencias afectadas por la temática y, en consecuencia, la de su alcance y límites.

Palabras clave: migrantes en situación irregular; sanidad, competencias estatales y autonómicas.

ABSTRACT: *The entry into force of Royal Law-decree 16/2012, of April 20, on urgent measures to guarantee the sustainability of the National Health Service and improve the quality and security of its benefits, has excluded illegal immigrants from third States. The Autonomous Communities have adopted different approaches in the light of the said measure. Some of them have applied their own health services to those people whilst others have merely applied the provisions of Royal Law-decree 16/2012. This diverse situation raises some questions regarding the powers affected by its provisions, its scope and limits.*

Key words: *illegal immigrants, health service; state and autonomous communities' powers.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de junio de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 20 de junio de 2016.

I. PLANTEAMIENTO

La aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería actualmente en vigor (1), supuso el reconocimiento a favor de las personas extranjeras del derecho a acceder al sistema público de salud en igualdad de condiciones con los españoles. En este sentido, el art. 12, bajo la rúbrica «Derecho a la asistencia sanitaria», establecía:

«1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residen habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

El único requisito exigido para tener acceso a la atención sanitaria era el empadronamiento en el municipio de residencia habitual. La inscripción en el padrón de un municipio se vincula al hecho de la residencia en dicho término municipal, por lo que no depende de la situación administrativa en la que se encuentren las personas extranjeras (2). Es más, la inscripción en el padrón también constituye para ellas, además de una obligación, un derecho (3). Cuestión diversa es la repercusión que las modificaciones de la regulación del padrón han tenido respecto de quienes hallándose en situación irregular están empadronadas (4), aspecto que no se va a abordar en este trabajo.

(1) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

(2) Art. 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

(3) El art. 6 LOEx. señala que «[L]os Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos». Á. SOLANES CORELLA (2004: p. 3).

(4) En particular, la Disposición Adicional Séptima LBRL, en cuya virtud: «Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. (...)», fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional (STC 17/2013, FJ 7) que lo declaró constitucional. Sobre esta materia, I. MARTÍN DELGADO (2014: pp. 101-130).

La primera modificación del art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, no supuso un cambio sustancial del régimen anterior, ya que, al determinar qué extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria, se limitó a sustituir la exigencia de empadronamiento en el municipio de residencia habitual por el del domicilio habitual (5). Por tanto, la situación administrativa irregular de la persona extranjera no supuso, tras esta modificación, la introducción de impedimento alguno para acceder a la asistencia sanitaria. El empadronamiento siguió constituyendo el único requisito para tener garantizado el derecho de acceso a la sanidad (6). La situación se vio drásticamente afectada como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que modificó sustancialmente el tenor del art. 12 de la Ley Orgánica de Extranjería, que actualmente se limita a establecer:

«[L]os extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria» (7).

Desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012 (8), ya no es la Ley Orgánica de Extranjería la que delimita las circunstancias y condiciones de acceso al sistema público de salud de las personas extranjeras, a la que se remitía la legislación sanitaria (9), sino que la delimitación corresponde a esta última, y es la legislación de extranjería la que se remite a ella. Conforme a la redacción actual de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (10), la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantiza única y exclusivamente a las personas que tengan la condición de asegurado o beneficiario.

La respuesta de las Comunidades Autónomas ante este cambio legislativo, que supuso dejar fuera del sistema sanitario público a miles de personas

(5) Art. 12.1 LOEx. Asimismo, respecto de la asistencia de urgencia, se sustituye «por enfermedad grave o accidente» por «ante la contracción de enfermedades graves o accidentes».

(6) M. ARBÉLAEZ RUDAS, Mónica (2011: pp. 721-723).

(7) Redacción del art. 12 LOEx. conforme a la Disposición Adicional 3^a del Real Decreto-Ley 16/2012.

(8) El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por seis Comunidades Autónomas contra el Real Decreto-Ley 16/2012: Navarra (<https://goo.gl/WUNjXJ>), Asturias (<https://goo.gl/XLMZu8>), Andalucía (<http://goo.gl/iE1Y6W>), Cataluña (<http://goo.gl/XTtQFb>), Euskadi (<http://goo.gl/Z0qbDw>) y Canarias (<https://goo.gl/9VYuxS>).

(9) Art. 3.1.a) de la redacción originaria de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

(10) Ley 16/2003, de 28 de mayo.

extranjeras en situación irregular, fue diversa. Algunas siguieron lo establecido en la normativa estatal, excluyéndolas de la asistencia sanitaria pública. Otras, por el contrario, optaron por seguir garantizándoles el acceso a la sanidad, aunque con distintos grados de amplitud. El Ministro de Sanidad anunció en marzo de 2015 que se devolvería la asistencia sanitaria primaria a quienes carecieran de autorización de residencia, pero sin que recuperaran la tarjeta sanitaria (11).

Los cambios producidos en algunos gobiernos autonómicos como consecuencia de las elecciones celebradas en mayo de 2015, han conllevado modificaciones en las regulaciones sobre esta materia. La primera reacción del gobierno central fue la amenaza de recurrir al Tribunal Constitucional por la posible inconstitucionalidad de las medidas autonómicas, al haberse vulnerado presuntamente las competencias establecidas (12). Posteriormente advirtió de las multas millonarias que podía imponer la Unión Europea, así como de la paralización de todos los fondos europeos (13).

A finales de agosto de 2015, el Ministro de Sanidad remitió a las Comunidades Autónomas un borrador de pacto para armonizar en todo el Estado la prestación sanitaria a las personas extranjeras en situación irregular. Entre los requisitos fijados estaban que se llevara empadronado al menos seis meses, carecer de cobertura sanitaria por otra vía y que la unidad familiar no percibiera más de 532 euros al mes. Los datos de quienes accedieran al sistema sanitario se incorporarían a un registro, datos a los que, en palabras del Secretario General del Ministerio de Sanidad, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior «ni puede acceder ni pretende hacerlo» (14). En el Consejo Interterritorial de Salud, celebrado a inicios de septiembre, la postura mayoritaria de las Comunidades Autónomas fue de rechazo a esta propuesta, ya que lo que se reclama con carácter general es la derogación del Real Decreto-Ley 16/2012.

En las siguientes líneas, tras la exposición de los principales aspectos afectados por la modificación normativa, se va a mostrar de manera genérica la forma de proceder de las Comunidades Autónomas frente a la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular decidida por el gobierno central. A continuación se examinarán los títulos competenciales afectados por la materia, para de esa forma dilucidar si el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas implica que sea uno o las otras

(11) <http://goo.gl/JrpuUz>.

(12) <http://goo.gl/a65lQB>.

(13) <http://goo.gl/aqdw2L>.

(14) <http://goo.gl/o0Mf5m>.

el competente para determinar si se garantiza o no la asistencia sanitaria a las personas extranjeras que carecen de autorización de residencia.

II. LA LEGISLACIÓN ESTATAL LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL ÁMBITO SANITARIO

El Real Decreto-Ley 16/2012 dispone que la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantiza a las personas que ostenten la condición de asegurado (15). Esta condición se reconoce a (16): 1) quienes sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada; 2) pensionistas del sistema de la Seguridad Social; 3) perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo, 4) quienes han agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, se encuentren en situación de desempleo y no acrediten la condición de asegurado por cualquier otro título (17).

Asimismo, se reconoce la condición de asegurado a quienes, quedando fuera de los supuestos enumerados, tengan la nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros y residan en España, así como a personas extranjeras titulares de una autorización de residencia en vigor, siempre que acrediten no tener ni ingresos superiores, en cómputo anual, a 100.000 euros ni cobertura obligatoria de la prestación por otra vía (18).

Por otra parte, también se garantiza el acceso a la sanidad pública a quienes tengan la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España. Tal condición corresponde al cónyuge o persona con análoga

(15) Art. 1 del Real Decreto-Ley 16/2012. Hasta la reforma, el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, remitía la titularidad de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a lo establecido en el art. 12 LOEx.

(16) Arts. 3.2 Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y 2.1.a) Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

(17) La redacción de este último supuesto es conforme a la disposición final 5^o de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

(18) Art. 3.3 Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y art. 2.1.b) Real Decreto 1192/2012. Para la aplicación del límite de ingresos se tendrán en cuenta los ingresos íntegros obtenidos por rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y por ganancias patrimoniales, art. 2.3 Real Decreto 1192/2012.

relación de afectividad, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como a los descendientes y personas asimiladas (menores sujetos a tutela o acogimiento legal, hermanas y hermanos) a cargo del asegurado que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65% (19).

Estas previsiones excluyen de la asistencia sanitaria, con carácter general, a las personas extranjeras en situación irregular. Ni siquiera cabría considerar su posible inclusión en el supuesto relativo a quienes han agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, se encuentren en situación de desempleo y no acrediten la condición de asegurado por cualquier otro título, dado que el Real Decreto que regula la condición de asegurado la ha excluido de manera expresa (20).

Las únicas excepciones que contempla la legislación sanitaria, en virtud de las cuales las personas extranjeras en situación irregular podrán acceder al sistema público de sanidad, son las modalidades de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica y de asistencia al embarazo, parto y postparto. Asimismo, las y los menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (21).

Fuera de estos supuestos, la irregularidad administrativa implica la denegación del acceso al sistema sanitario con cargo a fondos públicos. Consecuentemente, la percepción sanitaria en estos casos implica la obligación de abonar la prestación recibida mediante la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (22), que asciende a 60 euros mensuales, si el suscriptor es menor de sesenta y cinco años, y a 157 euros si supera dicha edad (23).

III. LA RESPUESTA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Momento inicial

Las Comunidades Autónomas respondieron de diferente forma a esta nueva situación producida por la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012.

(19) Art. 3.4 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y art. 3 Real Decreto 1192/2012.

(20) Art. 2.1.a) 4º Real Decreto 1192/2012.

(21) Art. 3 ter Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta previsión deriva de las exigencias de la Ley del Menor. C. APRELL LASAGABASTER (2013: p. 4).

(22) Art. 3.5 Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

(23) Art. 6.1 Real Decreto 576/2013. Las citadas cuotas podrán ser incrementadas por las Comunidades Autónomas cuando se incorporen otras prestaciones asistenciales.

Cataluña (24), Galicia (25), Valencia (26), Canarias (27), Aragón (28), Extremadura (29) y Cantabria (30) aprobaron programas autonómicos de protección de la salud de personas sin recursos económicos que indirectamente conllevaron la prestación sanitaria pública y sin contraprestación a las personas extranjeras en situación irregular, si sus solicitudes de inclusión en los citados programas fueran estimadas. La admisión en tales programas, además de a la falta de recursos, se condiciona a que se lleve empadronado en un municipio de la Comunidad Autónoma un período superior a un año. La vigencia del documento acreditativo de la inclusión suele ser de un año, aunque renovable, lo cual queda supeditado al mantenimiento de los requisitos que dieron lugar a la admisión en el programa.

Andalucía (31) y Asturias (32), por su parte, reconocieron directamente la atención sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular sin recursos. La

(24) Instrucción CatSalut 10/2012, de 30 de agosto, de acceso a la asistencia de cobertura pública del CatSalut a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud.

(25) Resolución de 31 de agosto de 2012, sobre la prestación de la asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina y Resolución de 21 de septiembre de 2012, de creación del Programa gallego de protección social de la salud pública.

(26) Instrucciones 5/2012, de 8 de octubre, tras sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales e Instrucción de 31 de julio de 2013, por la que se informa de la puesta en marcha del programa valenciano de protección de la salud.

(27) Orden de 14 de diciembre de 2012, por la que se acuerda la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, dirigidas a personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes, modificada por Orden de 16 de agosto de 2013, tras la que pasó a denominarse Orden por la que se acuerda la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria para personas extranjeras sin recursos.

(28) Instrucción de 30 de abril de 2013, por la que se crea el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública.

(29) Instrucción conjunta n^o 1 de 15 de julio de 2013 de la Dirección Gerencia del SES y de la Dirección General de Planificación, Calidad y Consumo de la Consejería de Salud y Política Social, sobre creación y aplicación del programa de atención sanitaria de seguimiento en la Comunidad Autónoma de Extremadura (PASCAEX).

(30) Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, por la que se crea el Programa Cántabro de Protección Social de la Salud Pública y se regula el procedimiento de acceso al mismo.

(31) Instrucciones de 6 de junio de 2013, de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz de Salud sobre el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía a personas extranjeras en situación irregular y sin recursos

(32) Instrucciones de 30 de agosto de 2012, para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos.

diferencia con respecto al grupo de Comunidades Autónomas anteriormente citado es que el acceso a la prestación sanitaria no depende de la aceptación o no en un programa determinado, sino que se tramita directamente en el centro de salud.

Las demás Comunidades Autónomas (más adelante se mencionarán los casos de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de la Comunidad Foral de Navarra) han optado por excluir, con carácter general, a las personas extranjeras en situación irregular de la prestación sanitaria con cargo a fondos públicos (33).

2. Cambio de postura posterior de algunas Comunidades Autónomas

Las elecciones autonómicas celebradas en mayo de 2015 supusieron el cambio de gobierno en varias Comunidades Autónomas. Esta situación ha traído como consecuencia que algunas de ellas hayan aprobado nuevas regulaciones en orden a garantizar a las personas extranjeras en situación irregular la asistencia sanitaria pública y sin contraprestación. Es el caso de Baleares (34), Valencia (35), Aragón (36) y Cantabria (37). Similar es la nueva situación en Murcia (38), Madrid (39) y Canarias (40), aun cuando no haya

(33) No obstante, en algunas de ellas se garantiza el acceso en determinados supuestos. Sobre este particular, véase MÉDICOS DEL MUNDO (2014: p. 13).

(34) Instrucción del director general del Servicio de Salud de 17 de julio de 2015 por la que se establece, con carácter de urgencia, los trámites que se han de llevar a cabo con el objeto de garantizar el derecho al acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes, en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Islas Baleares.

(35) Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria (convalidado 9 de septiembre). El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno central contra esta norma, lo cual supuso su suspensión automática, que ha sido levantada por el Auto del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 2016.

(36) Instrucción de 7 de agosto de 2015, por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria en Aragón para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

(37) Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública.

(38) Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes.

(39) En el caso de la Comunidad de Madrid, se ha ordenado a los centros sanitarios por medio de una circular interna de 21 de agosto de 2015 que se preste todo tipo de asistencia sanitaria a todas las personas inmigrantes «con o sin documentación» (<http://goo.gl/IUIBxI>).

(40) Orden de 10 de diciembre de 2015, por la que se modifican las actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, para personas extranjeras sin recursos.

habido cambio gubernamental tras las elecciones autonómicas. Los requisitos que se exigen son carecer de autorización de residencia, el empadronamiento mínimo de tres meses en algún municipio de la Comunidad Autónoma (41), no tener derecho a la asistencia sanitaria por otras vías y carecer de recursos económicos. Con ello, la situación de las personas extranjeras en estas Comunidades Autónomas se equipara a la de Asturias y Andalucía.

Cataluña, Comunidad Autónoma en la que por no haberse celebrado elecciones autonómicas en mayo no ha tenido cambio gubernamental, también modificó los requisitos de acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular. La nueva regulación se asemeja a las citadas en el párrafo anterior, por lo que la recepción de asistencia sanitaria pública se vincula a la carencia de recursos económicos (42).

Las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Extremadura han anunciado su voluntad de aprobar los instrumentos normativos necesarios para garantizar la asistencia sanitaria a las personas extranjeras sin autorización de residencia ni recursos económicos. La postura de la Comunidad Autónoma de La Rioja se inclina por la elaboración de una normativa única estatal reguladora del procedimiento de asistencia sanitaria (43), mientras que Castilla y León afirma que ningún inmigrante en situación irregular que lo haya requerido ha quedado sin asistencia sanitaria (44), y se muestra a favor de la armonización de la materia en todo el Estado (45).

3. La situación en la Comunidad Autónoma de Euskadi y en la Comunidad Foral de Navarra

La Comunidad Autónoma de Euskadi, amparándose en las competencias que en virtud de su Estatuto de Autonomía le corresponden en materia sanitaria (46), aprobó un Decreto por el que se regula, entre otras cuestiones, el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por no tener la condición de

(41) En el caso balear no se exige residencia mínima alguna.

(42) Instrucción CatSalut 08/2015, de 22 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del CatSalut a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Como en el caso balear, aun exigiéndose el empadronamiento en algún municipio del territorio catalán, no se requiere una residencia mínima.

(43) <http://goo.gl/R79dsX>.

(44) <http://goo.gl/Xlk3wD>.

(45) <http://goo.gl/e9FQUZ>.

(46) Art. 18 EAPV.

asegurados ni de beneficiarios (47). En su virtud, se garantiza la recepción de las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a las personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos: a) estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma en el que tengan su domicilio habitual, por un período continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria; b) ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social; c) no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. Asimismo, se garantiza la recepción de esas mismas prestaciones a las personas que dispusieran de tarjeta individual sanitaria emitida con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012.

El gobierno central planteó un conflicto de competencias contra varios preceptos de esta norma (48), lo cual produjo la suspensión automática de su aplicación. Sin embargo, dentro del plazo de cinco meses que la Constitución le otorga para que se ratifique o levante la citada suspensión (49), el Tribunal Constitucional dictó un Auto (50) por el que decidió levantar la suspensión en relación con algunos de los preceptos impugnados y mantenerla respecto de otros (51). Los argumentos esgrimidos para el levantamiento de la suspensión son varios. En primer lugar, se considera que el ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, ya que la norma autonómica amplía las previsiones básicas estatales. También se descarta el argumento gubernamental según el cual el levantamiento de la suspensión supondría una quiebra de la seguridad jurídica. El motivo es que no se produce tal quiebra, ya que si se mantiene la suspensión se aplicará la normativa básica, mientras que si se levanta, la normativa aplicable será la autonómica. Por último, el argumento de fondo para levantar la suspensión de los preceptos que ahora interesan es la ponderación llevada a cabo entre los perjuicios económicos derivados del levantamiento de la suspensión (que

(47) Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, desarrollado por Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, y se regula el documento identificativo y el procedimiento para su emisión.

(48) Artículos 1, 2.2, 2.3, 3, 4, 5, 6.1, 6.2, 7.2, 7.3, 8.1, 8.2 y disposición final primera.

(49) Art. 161.2 CE.

(50) ATC 239/2012, de 12 de diciembre.

(51) La suspensión sigue vigente respecto de los párrafos impugnados del art. 8.

no se cuantifican) y los perjuicios en materia de salud pública y de salud individual que se derivarían del mantenimiento de la suspensión. Partiendo de la relación del art. 43 CE con el art. 15 CE, el Tribunal subraya que se está ante intereses generales y públicos que, por su vinculación a la promoción y garantía del derecho a la salud, se asocian a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles. De ahí que la limitación del acceso a la sanidad a las personas extranjeras en situación irregular, atendiendo a sus condiciones socioeconómicas y sanitarias, además de afectar a su salud individual, también podría repercutir negativamente en la prevención de la propagación de enfermedades infecto-contagiosas y, consecuentemente, en la salud de toda la población (52).

La Comunidad Foral de Navarra, por su parte, también en desarrollo de sus competencias sobre la materia (53), modificó primeramente la norma en vigor en su territorio que establecía el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública (54). Según sus previsiones, podían acogerse a la citada normativa los ciudadanos que acreditaran su residencia habitual en un municipio de Navarra con una antigüedad mínima de un año, inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud, y que no tuvieran la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Posteriormente, se aprobó la Ley Foral por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del Sistema Público Sanitario de Navarra (55). El artículo único de esta Ley dispone lo siguiente:

«1. Todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa.

2. A efectos de lo dispuesto en el número anterior, se entiende por «residencia» el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno.

3. Aportada la documentación que acredite la residencia, la Administración sanitaria expedirá, gratuitamente y sin más dilación, a las personas a que se refiere el número 1 y que no dispongan de la Tarjeta Sanitaria Individual del Sistema Nacional de Salud, un documento de identificación de acceso al régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en Navarra.

(52) Á. SOLANES CORELLA (2015: pp. 342-343).

(53) Art. 53 LORAFNA.

(54) Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre.

(55) Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero.

4. La asistencia sanitaria que preste el sistema sanitario público de la Comunidad Foral a las personas a que se refiere el número 1 será la misma que la que presta a los poseedores de la Tarjeta Sanitaria Individual del Sistema Nacional de Salud, sin que la Administración sanitaria navarra pueda introducir discriminación alguna.

5. Lo dispuesto en los apartados anteriores no modifica el régimen de asistencia sanitaria de personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las mutualidades de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico conforme al artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.»

Esta norma es la que de una manera más completa garantiza el derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular. En primer lugar, porque aun exigiendo la residencia en la Comunidad Foral, la constatación de dicho hecho no se limita al empadronamiento en un municipio navarro, pudiendo acreditarse por cualquier otro medio admitido en Derecho (56). En segundo lugar, además, el acceso a la asistencia sanitaria no queda condicionado a un período mínimo de residencia. Por último, se hace expresa referencia a las personas extranjeras en situación irregular, al indicar que la prestación sanitaria procederá «cualquiera que sea su (...) situación legal o administrativa».

La Ley navarra fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno central, que también en este caso tuvo como efecto la suspensión de su aplicación. El Auto del Tribunal Constitucional relativo al mantenimiento o levantamiento de la suspensión se decantó por este último (57). Los motivos esgrimidos por el gobierno central en orden al mantenimiento de la suspensión giraron en torno a tres ejes: 1) el incremento de gasto sustancial, contrario a la sostenibilidad del sistema nacional de salud; 2) la puesta en peligro del cumplimiento de las obligaciones de España con la Unión Europea como consecuencia del incremento del gasto público derivado de la ampliación de la cobertura sanitaria; 3) que el mantenimiento de la suspensión no comporta negar la protección de la salud de las personas extranjeras en situación irregular.

Respecto del primer argumento, el gobierno central cuantifica el incremento del gasto derivado del levantamiento de la suspensión multiplicando el número de personas extranjeras en situación irregular con tarjeta sanitaria del servicio navarro de salud y el coste per cápita de la asistencia sanitaria en Navarra. Sin embargo, el Tribunal Constitucional indica que no se espe-

(56) Lo cual denota que el concepto de residencia empleado no se corresponde con el de la Ley Orgánica de Extranjería. Á. SOLANES CORELLA (2015: pp. 343-344).

(57) ATC 114/2014, de 8 de abril.

cifica si en dicho coste se ha incluido la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular que sí tienen derecho a la asistencia sanitaria conforme al Real Decreto-Ley 16/2012, ni el gasto que se puede ocasionar si la atención sanitaria se recibe por vía de urgencias. Por ello, remitiéndose a la argumentación expuesta en el ATC 239/2012, concluye que en la ponderación entre los perjuicios derivados del levantamiento y los del mantenimiento de la suspensión prevalecen el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, los cuales no pueden ser desvirtuados por un eventual ahorro económico.

El Tribunal Constitucional también rechaza el segundo de los motivos del Abogado del Estado, al considerar que la exposición realizada de los perjuicios derivados del levantamiento de la suspensión es una cuestión vinculada a la pretensión de fondo. Respecto del tercer motivo, subraya que los datos aportados sobre la falta de incidencia negativa relevante en la salud de la población y las diferentes maneras en las que se puede otorgar asistencia sanitaria a las personas extranjeras en situación irregular, si se mantiene la suspensión, no desvirtúan la ponderación realizada en la ATC 239/2012, de plena aplicabilidad también a este caso.

Como consecuencia de los dos Autos del Tribunal Constitucional, siguen aplicándose en la Comunidad Autónoma de Euskadi y en la Foral de Navarra el Decreto 114/2012 y la Ley Foral 8/2013, respectivamente, en cuya virtud también las personas extranjeras en situación irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria universal. No obstante, queda por resolver el fondo del asunto del conflicto de competencias y del recurso de inconstitucionalidad interpuestos contra cada una de las normas citadas.

IV. DESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES

La posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 16/2012 puede provenir de varias fuentes. En primer lugar, por el tipo de norma de que se trata (58), cabría cuestionarse la concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad justificativa de la conveniencia de regular la materia sanitaria mediante una norma como el decreto-ley (59). Por otra parte, la admisibilidad de este

(58) Establece el art. 86.1 CE: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

(59) L. E. DELGADO DEL RINCÓN (2014: pp. 202-206).

tipo de norma también es cuestionable en la medida en que la protección de la salud está incluida en el Título I CE, que por dicho motivo no puede ser objeto de regulación por medio de decreto-ley, especialmente por su vínculo con el derecho a la vida y a la protección física (60). Una tercera cuestión que cabría considerar es la relativa al retroceso que supone la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012. La Constitución incluye el derecho a la protección de la salud entre los principios rectores de la política social y económica. El propio texto constitucional señala que tales principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (...)» (61). A la vista de ello y, teniendo en cuenta el nivel que legislativamente había alcanzado la protección de la salud, habría que reflexionar sobre la restricción que se ha llevado a cabo en el reconocimiento de este derecho (62).

A pesar de las numerosas cuestiones que pueden suscitar dudas sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 16/2012, el objeto de este trabajo se va a limitar al examen de los títulos competenciales afectados.

La situación descrita en los epígrafes precedentes, en los que se ha expuesto cuál ha sido la respuesta de las Comunidades Autónomas frente a la imposición del gobierno central de la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular, requiere la determinación de la instancia competente en esta materia. Para ello, se van a analizar a continuación los títulos competenciales afectados, y que han sido anunciadas como justificativas de la competencia estatal y excluyente a su vez de la competencia autonómica.

1. El art. 149.1.1° CE

Según el art. 149.1.1° CE, es competencia exclusiva del Estado «[L]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

El Tribunal Constitucional interpretó la amplitud y límites propios de este precepto realizando, en primer lugar, una delimitación negativa y positiva de la competencia del art. 149.1.1° CE. Por lo que a la delimitación negativa se refiere, señala que este precepto no se puede identificar con el contenido que se deriva de otros preceptos «tales como el art. 138.2 y 139.1, que son

(60) V. AGUADO I CUDOLÀ y R. PRADO PÉREZ (2014: pp. 90-94).

(61) Art. 53.3 CE.

(62) J. PONCE SOLÉ (2013); L. E. DELGADO DEL RINCÓN, (2014: pp. 206-212). Si se ha de entender que ha de garantizarse un contenido esencial indisponible por el legislador a los derechos socioeconómicos contenidos en el Capítulo III del Título I CE, ese contenido esencial sería el límite de la irreversibilidad, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2008: pp. 378-381).

presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el art. 139.2, en cuanto expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación». Tampoco es trasunto del art. 14 CE. Concluye que el art. 149.1.1^o no supone «una prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal» (63). En segundo lugar, el Tribunal Constitucional remarca la diferencia entre «condiciones básicas» y «legislación básica», «bases» o «normas básicas». En este sentido, incide en que no compete al Estado «la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad» (64). Es decir, la función del Estado se ha de limitar a establecer la concreta condición básica que garantizará la igualdad en el disfrute de un derecho (65), pero sin que pueda aprobar una normativa completa y acabada del derecho o deber en concreto. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias sobre la materia podrán aprobar sus propias normas sobre el régimen jurídico del derecho en cuestión, pero no siguiendo la lógica «bases estatales – legislación autonómica de desarrollo», ya que las condiciones básicas que tienen por objeto la igualdad no son susceptibles de desarrollo, a diferencia de la legislación básica, bases o normas básicas. Por último, se indica que las condiciones básicas tampoco se identifican con el contenido esencial de los derechos mencionados en el art. 53.1 CE, en la medida en que este último constituye, como garantía constitucional a favor del individuo, un límite para el legislador, estatal o autonómico.

Por lo que a la delimitación positiva se refiere, el Tribunal Constitucional señala que la materia a la que se refiere el art. 149.1.1^o CE son los derechos constitucionales y los deberes básicos en sí mismos considerados (66), y no los sectores materiales en los que se insertan. En caso contrario, el art. 149.1.1^o operaría como un título horizontal que se podría introducir en cualquier materia que pudiera reconducirse hacia un derecho o deber constitucional. Este «temor» por la posible expansión del alcance del precepto se atenúa con la acotación de que se trata de un título competencial autónomo, positivo o habilitante, que se construye al ámbito normativo, es decir, que permite al Estado una regulación, «aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico», ya que la igualdad representa el «elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia

(63) STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.a).

(64) STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.a).

(65) I. LASAGABASTER HERRARTE (2007: p. 145).

(66) Entre los que se han de incluir los del Capítulo III del Título I CE. J. PEMÁN GAVÍN (2008: p. 2268).

estatal» (67). Pero la igualdad no significa identidad de derechos en todo el territorio estatal (68).

A continuación, el Tribunal Constitucional trata de definir el concepto «condiciones básicas», para lo cual utiliza términos de difícil concreción, tales como las posiciones jurídicas fundamentales, las imprescindibles o necesarias para garantizar la igualdad, si bien concluye que no cabe entender incluido en el concepto cualquier condición material, ya que ello desembocaría en un solapamiento con otras competencias, y en el peor de los casos, en una invasión de las competencias autonómicas (69). Por tanto, aun admitiendo el carácter de título autónomo para la asunción de competencias, el art. 149.1.1.º CE no puede interpretarse como un título por el cual el Estado pueda adoptar políticas transversales que afecten a cualquier competencia autonómica (70).

Lo expuesto en líneas precedentes pone de manifiesto la insuficiente concreción del alcance de la competencia reconocida en el art. 149.1.1.º CE. Si bien se expone el «riesgo» de expansión del precepto, los intentos por minimizarlo se reconducen única y exclusivamente a la «garantía de la igualdad», lo cual, por la dificultad de su delimitación, no realiza una especificación suficiente de su alcance. Por otra parte, tampoco queda suficientemente determinado el significado del concepto «condiciones básicas», ya que las comparaciones realizadas para diferenciarlo de otros términos que pudieran causar confusión (legislación básica, bases, normas básicas), no ayuda a su delimitación (71). En cualquier caso, así como la legislación básica, bases o normas básicas admiten su desarrollo, las condiciones básicas no tienen esa función. Sin embargo no habría impedimento para que las Comunidades Autónomas competentes dictaran sus propias regulaciones mejorando y completando esas condiciones básicas, lo cual haría admisible las diferentes regulaciones autonómicas (72).

Esta sentencia del Tribunal Constitucional vinculada al contenido del Real Decreto-Ley 16/2012, suscita una serie de reflexiones que se exponen a conti-

(67) STC 61/1997, FJ 7.b). El Tribunal Constitucional aboga por la determinación del alcance exacto de una competencia, así como de la competencia prevalente, que puede ser la estatal o la autonómica. La concepción finalista no puede llevar al vaciamiento de los criterios que se utilizan para definir cada materia, por lo que la determinación finalista de las competencias está siendo cada vez más contestada tanto por la doctrina como en el Derecho comparado. Sobre este tema y comentando esta sentencia, véase I. LASAGABASTER HERRARTE (1999: pp. 43-76).

(68) G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 419-425).

(69) STC 61/1997, FJ 7.b).

(70) I. LASAGABASTER HERRARTE (2007: p. 139).

(71) I. LASAGABASTER HERRARTE (1998: pp. 308-311).

(72) I. AGIRREAZKUENAGA (2007: p. 94); J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2008: pp. 382-388).

nuación. En primer lugar se ha de indicar que, aunque la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 16/2012 justifique en reiteradas ocasiones la necesidad de la norma en orden a garantizar la igualdad de toda la ciudadanía, entre los títulos competenciales citados al amparo de los cuales es dictada no se menciona el art. 149.1.1^o CE (73). En cualquier caso, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, podría argüirse que el Estado es competente para dictar una norma de las características de la que se analiza, en la medida en que su objeto es un derecho constitucional, el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43.1 CE (delimitación positiva del contenido del art. 149.1.1^o CE). Ahora bien, aun admitiendo esta premisa que habilitaría al Estado para dictar una norma que estableciera las «condiciones básicas» que garantizaran la igualdad de la ciudadanía en el ejercicio del derecho a la protección de la salud, queda por determinar el alcance de las citadas condiciones. El propio Tribunal Constitucional ha completado su doctrina al respecto señalando que el propósito del art. 149.1.1^o CE no es otro que «la exigencia de una cierta homogeneidad social, especialmente exigible cuando se trate de derechos fundamentales» y que tales condiciones básicas se refieren tanto a condiciones estrictamente jurídicas como a condiciones fácticas previas a su ejercicio (74). El establecimiento de las condiciones básicas remitiría a la idea de regulación de aspectos puntuales (75).

Ahora bien, la posible homogeneización exigida para garantizar la igualdad de la ciudadanía no equivale a la uniformidad de las condiciones de acceso al sistema sanitario. Volviendo a la STC 61/1997, en ella se indica que el Estado no está habilitado, al amparo del art. 149.1.1^o CE, a aprobar una normativa completa y acabada del derecho para cuyo ejercicio se pretende la igualdad, de manera que si una Comunidad Autónoma tiene competencias en materia sanitaria, ésta podrá determinar el régimen jurídico del derecho mediante sus propias normas. Cuestión diferente es que el título competencial que se invoque para la aprobación de la norma sea otro (en este caso, el art. 149.1.16^o CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad y que se analizará más adelante), en cuyo caso la competencia del art. 149.1.1^o CE quedaría absorbida por aquélla, por ser más específica (76).

Limitando el análisis a la amplitud del art. 149.1.1^o CE, el establecimiento por parte del Real Decreto-Ley 16/2012 de las condiciones básicas subjetivas y objetivas que determinan, las primeras, los sujetos con derecho de

(73) Disposición final primera Real Decreto-Ley 16/2012.

(74) STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5.b).

(75) E. AJA (1992: p. 44).

(76) STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3.

acceso al sistema sanitario público y, las segundas, la cartera de prestaciones cubierta por la sanidad pública, no ha de agotar la regulación de la materia. La garantía de la igualdad se alcanzaría mediante una regulación uniforme mínima de vigencia en todo el territorio estatal (77). No obstante, siguiendo la jurisprudencia constitucional, las citadas previsiones mínimas podrían ser completadas y mejoradas por la legislación de las Comunidades Autónomas con competencias sobre la materia. Esta mejora sería predicable tanto respecto de las condiciones subjetivas como de las objetivas. Que las condiciones básicas no sean susceptibles de desarrollo normativo, como sí ocurre con nociones tales como «legislación básica», «bases» o «normas básicas» no debe llevar al equívoco de entender que se está ante una regulación completa y definitiva. Las condiciones básicas, tal y como se ha señalado, pretenden la garantía de la igualdad que se obtiene mediante una regulación de mínimos que puede ser mejorada, por lo que no es admisible que la norma estatal agote la regulación de una materia en virtud del art. 149.1.1º CE, ni que su contenido sea interpretado de esta manera.

2. El art. 149.1.2º CE

El art. 149.1.2º CE configura la nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo como materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva. El tenor de este precepto no implica que toda cuestión que tenga un punto de conexión con alguna de las citadas materias pase a ser automáticamente de competencia estatal, porque si así se hiciera se eliminarían muchas competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas por otros títulos competenciales (78). Así lo indicó el propio Tribunal Constitucional. La alusión a la inmigración no tiene porqué corresponderse siempre con la materia constitucional citada en el art. 149.1.2º CE que, aunque no lo especifique el Alto Tribunal, se limitaría a la distinción entre nacional y extranjero, así como al control de fronteras, entrada y residencia de personas extranjeras (79), es decir, a todo aquello en lo que se concreta el principio de soberanía de los Estados (80). En lo demás, en la medida en que pueda referirse a cuestiones relacionadas con otras materias sobre las que dispongan de competencias las Comunidades Autónomas, el título competencial debería ser otro (81). De esa

(77) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 7.

(78) J. A. MONTILLA MARTOS (2007: pp. 10-16).

(79) M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: pp. 356 y 370).

(80) S. RIPOL CARULLA (2008: p. 2276).

(81) La referencia en la sentencia al carácter de «competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros» del art. 149.1.2º CE respecto

manera, la competencia estatal del art. 149.1.2^o CE no es un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial con incidencia en la población migrante, como pueden ser la educación, asistencia social, sanidad, etc. (82).

La doctrina ya ha señalado, al hilo de la jurisprudencia constitucional, que a pesar del estricto contenido del art. 149.1.2^o CE, lo que se demuestra por la nula conflictividad competencial a la que ha dado lugar, no cabe entender que la inmigración sea un ámbito en el que no pueden intervenir otras Administraciones, desde luego las Comunidades Autónomas, pero también los entes locales (83). Las acciones que las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo en este campo en muy diferentes ámbitos, como la educación, la cultura, la sanidad, la asistencia social, etc., ponen en evidencia que el precepto que se comenta en este apartado no puede eliminar estas competencias (84). Lo expuesto deja claro que para determinar la titularidad de la competencia sobre la determinación del acceso a la sanidad de las personas extranjeras en situación irregular resulta necesario el análisis de otros títulos competenciales referidos a ámbitos sectoriales y constatar en su virtud a quién corresponde la competencia sobre la materia concreta.

3. El art. 149.1.16^o CE

La sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos son de competencia exclusiva del Estado conforme al art. 149.1.16^o CE. El análisis de este precepto se va a limitar a la materia «bases y coordinación de la sanidad», por tratarse del título competencial que afecta al acceso a la sanidad pública de las personas extranjeras en situación irregular.

La determinación del alcance de lo básico se definió inicialmente como un concepto material. Conforme a él, con independencia de que la norma lo diga expresamente, el carácter básico de una regulación se deduce racionalmente de la legislación vigente (85). Ante la inseguridad jurídica a la que da lugar esta manera de entender las bases, la idea de lo básico pasó a ser también

de las competencias sectoriales autonómicas se ha interpretado como una posibilidad para la aplicación indiscriminada del precepto que podría llegar a desdibujar las competencias autonómicas. M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: pp. 370-371).

(82) STC 31/2010, de 16 de julio, FJ 83. M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: p. 367).

(83) V. AGUADO I CUDOLÀ (2002: pp. 58-88); F. VELASCO CABALLERO (2010: pp. 65-120); M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: pp. 358-359).

(84) M. C. VIDAL PUEYO (2007: pp. 59-79); S. RIPOL CARULLA (2008: p. 2276).

(85) STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6 y STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 8.

una idea formal (86). En su virtud, para que un precepto sea básico debe estar así establecido en una norma con rango de ley o, al menos, «venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin dificultad, su vocación o pretensión básica» (87). No obstante, «la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (88).

El concepto material de bases remite a la idea de «principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto» (89). Las bases así entendidas se caracterizan por contener una regulación de mínimos con vigencia en todo el territorio estatal. No obstante, «el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (...). Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (...) deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia» (90).

De lo expuesto se deduce que entra dentro de las funciones de la legislación básica estatal garantizar una uniformidad igualitaria mínima en todo el territorio estatal respecto de una materia. Una vez aprobada, aquellas Comunidades Autónomas que en virtud de sus Estatutos de Autonomía hayan asumido competencias sustantivas respecto de la citada materia podrán mejorar

(86) STC 182/1988, de 13 de octubre, FJ 5.

(87) STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 4. G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 273-282).

(88) STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5. B. SUÁREZ CORUJO (2006: pp. 136-154).

(89) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 6 y STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3. G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 251-258).

(90) STC 98/2004, FJ 7.

los mínimos garantizados por el Estado, que constituyen un límite infranqueable (91). Lo que se ha de destacar con respecto a la relación legislación básica estatal – normativa de desarrollo autonómica es que lo señalado como base, en aras a garantizar una uniformidad igualitaria mínima en todo el Estado, es susceptible de mejora por parte de las Comunidades Autónomas (92). En otro caso, es decir, si al amparo de la legislación básica el Estado regulara una materia de manera acabada, de forma que no permitiera que la regulación autonómica, respetando siempre lo establecido como base, mejorara en su ámbito territorial el mínimo común denominador de la normativa básica estatal, se equipararían igualdad e uniformidad. Esta equiparación supondría la negación del principio de autonomía que, por definición, presume la posibilidad de la desigualdad. La igualdad no puede ser entendida como el disfrute de los mismos derechos y obligaciones por todas las personas en cualquier parte del Estado. El hecho de que se reconozcan autonomías territorialmente diferenciadas provoca que surjan distintas posiciones jurídicas de la ciudadanía en los diferentes lugares del territorio (93). De ahí que la pretensión estatal de impedir que las Comunidades Autónomas mejoren las condiciones subjetivas y objetivas contenidas en la legislación básica sanitaria obvie que, junto con el principio de igualdad, también deba tenerse en cuenta el principio de autonomía. Esta manera de proceder parece obedecer más a un propósito recentralizador de la competencia (94).

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que se ha de descartar que las Comunidades Autónomas tienen competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud (95), esta afirmación, además de contextualizarse adecuadamente (96), se ha de interpretar de manera sistemática con la lógica de la relación bases estatales – desarrollo normativo autonómico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional entiende que no es a las Comunidades Autónomas a quienes corresponde determinar los sujetos con acceso a la sanidad pública. Se trata de una materia cuya determinación corresponde al Estado. No obstante, con esta afirmación no está limitando la ampliación del ámbito subjetivo por parte de las Comunidades Autónomas,

(91) G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 240-241 y 246).

(92) STC 22/2012, FJ 3.

(93) STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.

(94) V. AGUADO I CUDOLÀ y R. PRADO PÉREZ (2014: pp. 99 y 105).

(95) STC 136/2012, FJ 8.

(96) El asunto se refiere a una norma autonómica que impone una tasa por prestación de asistencia sanitaria a miembros de mutualidades administrativas que percibieran asistencia sanitaria pública, cuando la Comunidad Autónoma ya percibía dicha cantidad por estar incluida en el modelo de financiación autonómica establecido por la Ley 21/2001, por lo que la imposición de la tasa implicaría cobrar dos veces por el mismo concepto.

sino que recuerda que el mínimo establecido por la legislación básica es de obligado cumplimiento por aquéllas, sin que puedan regular contraviniendo sus condiciones. En esos términos lo expone el propio fragmento de la sentencia al indicar que «(...) en aplicación de la doctrina *supra* recogida, cabe concluir que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia» (97). Esta delimitación por parte de la legislación estatal, sin embargo, no impide que, una vez establecido el mínimo común denominador que forma parte de las bases, las Comunidades Autónomas, mediante su normativa de desarrollo, amplíen tanto el ámbito subjetivo como el objetivo de las prestaciones sanitarias.

De ahí que no se comparta la apreciación del Consejo de Estado cuando afirma que la legislación básica estatal sobre la materia «no ha dejado espacio a la adición por las Comunidades Autónomas de nuevas categorías de personas con acceso a prestaciones». La utilización de la fórmula de la exclusión, aunque sea de manera positiva (98), para delimitar el ámbito de lo básico de la norma estatal es cuestionable, ya que con ella el Estado no se limita a establecer lo básico, que es lo que le corresponde, sino que se inmiscuye en el espacio del desarrollo legislativo autonómico impidiendo que por esta vía se amplíe y mejore la legislación básica estatal (99).

Con respecto al concepto de coordinación, su finalidad es «la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema. En este sentido hay que entender la competencia estatal de coordinación general, a propósito de la cual conviene realizar las siguientes precisiones: a) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta a la de fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el art. 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien ésta, cuando se incluye, aparece salvo en una ocasión (149.1.15) unida a la competencia sobre las bases (art. 149.1.13 y 149.1.16);

(97) STC 136/2012, FJ 8.

(98) Art. 3.5 de la Ley 16/2003: «Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial».

(99) Dictamen del Consejo de Estado 796/2012, Conflicto positivo de competencia al Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

b) la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades; c) la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas (esto es, las competencias comunitarias) del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado; d) en consecuencia la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario» (100).

Una vez delimitado qué corresponde al Estado y qué a las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, la labor de coordinación es una función que interviene *a posteriori* y no ha de alterar el reparto competencial diseñado; no ha de ser la excusa por la que reducir el ámbito competencial autonómico, ámbito que, por lo demás, se determina por otros cauces. Si mediante la coordinación se impide a las Comunidades Autónomas el desarrollo de sus competencias ¿qué es lo que coordinaría el Estado? Tal como señala la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi: «Dado que la coordinación, que presupone el ejercicio de competencias por parte de las comunidades autónomas en materia de sanidad, el Estado, al coordinarlas, debe respetarlas» (101).

En definitiva, al Estado compete el establecimiento de las bases, así como la coordinación general de la sanidad. En su virtud, y sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda declarar inconstitucional la determinación material de las bases realizada por el Estado, habrá de garantizarse una uniformidad mínima igualitaria para todo el territorio estatal. Con posterioridad, las Comunidades Autónomas que tengan reconocidas competencias en el ámbito material sanitario, desarrollarán aquellas bases mediante sus propias normas, en las que se podrán incorporar mejoras, tanto subjetivas como objetivas, con respecto a la legislación básica estatal. Lo que no procede en ningún caso es que el desarrollo normativo autonómico empeore las condiciones previstas por la regulación estatal.

(100) STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2. G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 345-350).

(101) Dictamen n^o 118/2012, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Consulta 130/2012, relativa al proyecto de Decreto sobre régimen de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, punto 36.

4. El art. 149.1.17° CE

Otro de los títulos competenciales al amparo de los cuales el gobierno central aprobó el Real Decreto-Ley, y el último al que se va a hacer referencia en este trabajo, es el del art. 149.1.17° CE, que configura como competencia exclusiva del Estado la «[L]egislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas» (102). El precepto diferencia dos ámbitos. Por una parte, el régimen económico de la Seguridad Social que en toda su amplitud es de competencia exclusiva estatal (103), y por otra, la legislación básica sobre la materia, la cual podrá ser desarrollada por las Comunidades Autónomas en virtud de las previsiones estatutarias correspondientes (104).

Este título competencial ha de conectarse con el art. 41 CE que impone a todos los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para toda la ciudadanía, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. No obstante, «no es un precepto apto para atribuir competencias ni para decantarse a favor de unos u otros centros de decisión (...). Es por ello un precepto neutro, que impone los compromisos a que se han hecho referencia a los ‘poderes públicos’, sin prejuzgar cuáles pueden ser éstos» (105). La citada neutralidad competencial obliga «a que los criterios interpretativos para alcanzar una solución debamos buscarlos «en su lugar propio, el Título VIII de la Constitución», bajo la guía de los criterios establecidos en nuestra doctrina en relación con el art. 41 CE» (106).

(102) Los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de reforma durante los últimos años, llamados de «segunda generación», han asumido la totalidad de las competencias posibles conforme a los preceptos constitucionales en materia de Seguridad Social, es decir, el desarrollo de la legislación básica del Estado, la ejecución de la legislación básica y la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, con respeto al principio de unidad económica y financiera de la misma y la organización y administración de los servicios relacionados con la Seguridad Social, así como el ejercicio de la tutela de las instituciones entidades y fundaciones y con reserva al Estado de la alta inspección. L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y A. I. PÉREZ CAMPOS (2009: p. 112).

(103) Conforme a la Disposición adicional 5ª del EAPV, «La Comisión Mixta de Transferencias que se crea para la aplicación de este Estatuto establecerá los oportunos convenios, mediante los cuales la Comunidad Autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios». También se ha entendido que las competencias exclusivas del Estado serían las relativas al plano normativo, quedando para las Comunidades Autónomas la ejecución de sus servicios. A. PALOMAR (1993: pp. 98-99).

(104) J. LÓPEZ LÓPEZ (1993: pp. 185-187).

(105) STC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 7.

(106) STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 3.

Conforme al Título VIII CE, lo que se reserva en exclusiva al Estado es el régimen económico de la Seguridad Social, es decir, aquello que garantiza «la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas». En consecuencia, se impone el «carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de la normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social». Por ello, «El Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social (...)» (107).

Lo que no atañe a los recursos financieros y caja única de la Seguridad Social (108), sin embargo, formaría parte de la legislación sobre la materia. En este ámbito no procedería una regulación unitaria y completa estatal, ya que la función legislativa está distribuida entre la instancia estatal (legislación básica) y la autonómica (desarrollo legislativo). Mediante la legislación de desarrollo, las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias en esta materia podrían desarrollar sus propias políticas protectoras que hicieran frente a las situaciones de necesidad de la ciudadanía y complementar de esa forma el ámbito de protección establecido por el Estado en su legislación básica. De esta forma, podrían adoptarse medidas adicionales de protección autonómicas que incrementaran las prestaciones o incluyeran situaciones de necesidad no cubiertas por el sistema estatal. El distinto nivel de protección de la ciudadanía que se produciría en atención al lugar de residencia no atentaría contra el principio de igualdad, por tratarse de una manifestación del principio de autonomía (109).

No obstante, las Comunidades Autónomas con competencias sobre la materia, probablemente debido a su complejidad (110), no han procedido a desarrollar la legislación básica estatal, sino que han extendido su acción

(107) STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3.

(108) STC 195/1996, de 28 de noviembre, FFJJ 6 y 7.

(109) B. SUÁREZ CORUJO (2006: pp. 179-200). La dificultad de perfilar dentro de la regulación unitaria estatal qué se refiere al régimen económico y qué a la legislación básica ha llevado a que la acción protectora autonómica se haya desarrollado en virtud del título competencial contenido en el art. 148.1.20° CE, asistencia social. Ello pone de manifiesto que los límites delimitadores entre seguridad social y asistencia social no son nítidos, J. LÓPEZ LÓPEZ (2003: pp. 194-199).

(110) El contenido material de lo básico es muy amplio, ya que resulta difícil dar tratamiento desigual a personas que están en la misma situación de necesidad y han contribuido de forma equivalente. J. R. MERCADER UGUINA (2008: p. 2385).

protectora en virtud del título competencial relativo a la asistencia social del art. 148.1.20º CE, que además les es atribuida en exclusiva (111), incluso cuando con ella se complementan prestaciones de la Seguridad Social (112). La asistencia social es un sistema externo a la Seguridad Social que protege «situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social». Su sostenimiento es «al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios» (113).

Lo que diferencia a la Seguridad Social de la asistencia social no es, sin embargo, que aquélla quede condicionada en todo caso a la previa contribución de sus beneficiarios. La genérica referencia a situaciones de necesidad contenida en el art. 41 CE implica que en la actualidad la Seguridad Social no se limite al principio contributivo y a la cobertura de riesgos y contingencias, pudiendo garantizar asistencia a personas en situaciones de necesidad mediante prestaciones no contributivas (114). No obstante, en la medida en que con ello no se puede vaciar de contenido el ámbito de la asistencia social autonómica, coexisten una asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social y otra «externa» de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (115). Respecto de la primera, se determina que la Seguridad Social «podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos (116) que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones» (117). Con ello cabe deducir que las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social se reducen a ayudas económicas.

Una de las modificaciones introducidas en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud por el Real Decreto-Ley 16/2012 ha consis-

(111) STC 239/2002, FFJJ 5, 6 y 7. B. SUÁREZ CORUJO (2006: p. 181).

(112) Tal es el caso de la Renta de Garantía de Ingresos vasca que complementa las pensiones de forma específica en relación con otros ingresos. Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, modificada por Ley 4/2011, de 24 de noviembre, y desarrollada por Decreto 147/2010, de 25 de mayo, de la Renta de Garantía de Ingresos.

(113) STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 6.

(114) Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA (1995: pp. 43-44).

(115) STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5.

(116) Se trataría de prestaciones estrictamente económicas, E. COBREROS MENDAZONA (1992: p. 300).

(117) Art. 55.1 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

tido en limitar el acceso a la sanidad con cargo a fondos públicos a quienes ostenten la condición de asegurado (o beneficiario). El reconocimiento y control de dicha condición corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (o al Instituto Social de la Marina), a través de sus direcciones provinciales y, posteriormente, serán las administraciones sanitarias competentes las que expedirán la correspondiente tarjeta sanitaria individual (118).

Son varias las cuestiones que se suscitan a la luz de la nueva regulación. Desde el punto de vista material, no cabe duda de que la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social son dos ámbitos diferenciados, y así lo señaló el Tribunal Constitucional al indicar que «[A] pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada [medicamento] en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE)» (119).

Que la asistencia sanitaria dependa de que previamente se hayan hecho aportaciones a la Seguridad Social no afecta a su financiación; no implica que los gastos derivados de la asistencia vayan a abonarse en función de lo que se haya aportado o que el importe necesario para su abono provenga de las arcas de la Seguridad Social. Los gastos derivados de la asistencia sanitaria serán sufragados por los propios sistemas sanitarios públicos que, como consecuencia de «la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas» (120) culminada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía, quedan en manos autonómicas. En consecuencia, la asistencia sanitaria no está incardinada en el marco competencial de la Seguridad Social e integra una prestación de los sistemas de salud, por lo cual, su financiación no afecta al régimen económico de la Seguridad Social.

Con el Real Decreto-Ley 16/2012, el Estado ha supeditado el derecho a la percepción de la asistencia sanitaria a la previa vinculación con la Seguridad Social, por lo que en la actualidad la garantía de que los poderes públicos financien la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos depende

(118) Art. 3 bis Ley 16/2003.

(119) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5.

(120) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5.

del reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario. Ahora bien, no parece que sea ése el título competencial válido para llevar a cabo la citada acotación, ya que la determinación de quién tiene derecho a la asistencia sanitaria y qué abarca ésta forma parte de la vertiente prestacional del derecho, que por dicho motivo integran la materia «sanidad interior» y no «seguridad social» (121). Que el gobierno central se ampare en este último título competencial manifiesta claramente la vocación de recentralización de la competencia sanitaria (122), reduciendo de esta forma el ámbito competencial autonómico. En cualquier caso, el reconocimiento del derecho de acceso a la sanidad a grupos de personas no contemplados por la normativa estatal en ningún caso significaría la ampliación de los conceptos de asegurados o beneficiarios.

La actuación estatal ha encontrado justificación, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 16/2012, en que la instauración de la condición de asegurado para ser receptor de asistencia sanitaria deriva de la necesidad de evitar algunas situaciones anómalas que están debilitando la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. En concreto, tomando como base el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y Convenios internacionales de la Seguridad Social (123), se pone de manifiesto que se está asumiendo la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubierta en sus lugares de origen. Esa alusión se refiere al llamado «turismo sanitario», del cual se beneficia la ciudadanía de la Unión, y la situación que se pretende evitar es la derivada de la deficiente facturación de la asistencia sanitaria prestada. El gobierno central, en lugar de idear mecanismos adecuados para el cobro de los servicios prestados, opta por la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular cuyo coste no se ha cuantificado (124).

(121) Dictamen nº 118/2012, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Consulta 130/2012, relativa al proyecto de Decreto sobre régimen de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, punto 31.

(122) T. DE LA QUADRA-SALCEDO (2004: p. 17).

(123) Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

(124) V. AGUADO I CUDOLÀ y R. PRADO PÉREZ (2014: p. 102). El Informe de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales «Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation» (2015), que expone los modelos de asistencia sanitaria a este colectivo en Alemania, Grecia y Suecia, concluye que los modelos presentados sugieren que garantizar el acceso a la sanidad preventiva regular a los migrantes en situación irregular, no solo contribuye al cumplimiento del derecho a disfrutar de los más altos estándares asequibles de salud física y mental descritos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino que además resulta lo más económico. El informe muestra el ahorro que supone para los sistemas sanitarios proveer asistencia

La decisión del gobierno central de vincular la asistencia sanitaria a la condición de asegurado parece obedecer más a un interés de arrogarse una competencia y sustraerla del ámbito competencial autonómico. En este sentido, que la Seguridad Social incluya prestaciones asistenciales no contributivas podría entrar en conflicto con la materia «asistencia social», pero no debe llevar al equívoco de sustraer, con carácter general, la asistencia sanitaria del título competencial que le es propio (sanidad), e incluirla en otro más genérico bajo el argumento de sus puntos de conexión con la materia sanitaria (125).

Tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior, si a las Comunidades Autónomas compete el desarrollo de la legislación básica sanitaria estatal, el Estado no puede ampararse en otro título competencial distinto para atraer hacia sí algo que no le corresponde. En este sentido, en desarrollo de su competencia legislativa, nada debería impedir que las autoridades autonómicas competentes extendieran la asistencia sanitaria a personas que no tuvieran reconocida la condición de asegurada o beneficiaria, como es el caso de migrantes en situación irregular.

El problema es que el Real Decreto-Ley 16/2012 limita la capacidad autonómica de emisión de la tarjeta sanitaria individual, ya que únicamente puede ser expedida a favor de aquellas personas a las que el Instituto Nacional de Seguridad Social haya reconocido la condición de aseguradas o beneficiarias. Ello plantea si no se está ante una nueva extralimitación por parte del Estado. Una vez más, se ha de insistir en la necesidad de diferenciar entre perceptores de prestaciones de la Seguridad Social y perceptores de asistencia sanitaria al margen de la Seguridad Social. En el primer caso, no se discute la competencia del Instituto Nacional de Seguridad Social en el reconocimiento de la correspondiente condición (126). Por lo que a la percepción de la asistencia sanitaria se refiere, sin embargo, si se defiende, como así se hace, que las Comunidades Autónomas pueden completar y mejorar la legislación básica estatal en materia sanitaria, deberían ser las administraciones sanitarias autonómicas las que, además de expedir la tarjeta sanitaria individual, reconocieran

preventiva regular, y no solo asistencia de urgencia, ya que tratar una enfermedad solo cuando ha devenido en urgente no solo pone en riesgo la salud del paciente, sino también resulta una carga económica mayor para los sistemas sanitarios. El Informe está accesible en el siguiente enlace: <http://goo.gl/y6QzVj>.

(125) La Seguridad Social cubre la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en algunos casos, pero también responde a otra serie de contingencias que nada tienen que ver con la salud.

(126) Conforme al art. 57.1.a) LGSS corresponde al Instituto General de la Seguridad Social la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, excepto las que corresponden al Instituto Nacional de Servicios Sociales.

el derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas que lo tuvieran en virtud de las disposiciones autonómicas (127).

V. REFLEXIONES FINALES

Con la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012 el gobierno central dejó fuera de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a las personas extranjeras en situación irregular con algunas excepciones. Esta exclusión ha llevado a algunas Comunidades Autónomas, en desarrollo de sus competencias en materia sanitaria, a incluirlas en sus sistemas públicos de salud. La reacción del gobierno central ha sido acudir al Tribunal Constitucional al entender que tales actuaciones no respetan el reparto competencial establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Pendientes todavía de los pronunciamientos sobre el fondo del Alto Tribunal, éste sí ha decidido el levantamiento de la suspensión de las normas autonómicas impugnadas, al considerar que las cuestiones relacionadas con la salud prevalecen sobre los factores económicos.

El gobierno, quizás consciente de las limitaciones que le impone su competencia sobre la legislación básica en materia de sanidad, justificó la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular por el alto coste económico que suponía la prestación, lo cual afectaba negativamente a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, no se aportó ningún dato económico que avalase tal afirmación, ya que el Informe del Tribunal de Cuentas mencionado en la Exposición de Motivos únicamente refleja el déficit ocasionado por el impago de facturas de personas ciudadanas de la Unión que tienen cubierta la asistencia sanitaria en sus lugares de origen. Este argumento le sirvió al gobierno para vincular la materia sanitaria con la Seguridad Social, aun cuando se trata de dos ámbitos materiales diferenciados y los sistemas sanitarios se financian vía presupuestos generales y no por la Seguridad Social. En cualquier caso, de esta manera, el gobierno atrajo

(127) Así lo establecen en la Comunidad Autónoma de Euskadi los apartados 1 y 5 del art. 2 de la Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, y se regula el documento identificativo y el procedimiento para su emisión: «La solicitud para el reconocimiento de la asistencia sanitaria del Sistema Vasco de Salud por quien no tenga la condición de persona asegurada o beneficiaria del Sistema Nacional de Salud, y que cumpla los requisitos establecidos en el artículo anterior, se presentará en las dependencias administrativas de los centros sanitarios de Osakidetza-Servicio vasco de salud, sin perjuicio de otros lugares de trámite que el Departamento de Salud pudiera señalar» y «Verificados los requisitos, se procederá a dictar y notificar la correspondiente resolución en el plazo máximo de 3 meses. Transcurrido dicho plazo sin notificación expresa, la persona interesada podrá entender estimada su solicitud».

hacia sí una competencia, la sanitaria, que no le era propia en su totalidad, limitando una vez más la participación autonómica en un claro ejemplo de recentralización.

Sorprendentemente el Gobierno central plantea la «armonización» de las diferentes normativas autonómicas dictadas para ampliar los derechos sanitarios de las personas extranjeras, armonización innecesaria, ya que bastaría con que derogase el Real Decreto-Ley 16/2012, que limita los derechos de las personas extranjeras, que ha provocado la respuesta autonómica. No se requiere por tanto ninguna armonización, sino un cambio de la norma estatal y su vuelta a la redacción anterior. «En cuestión de inmigración, estamos atrapados de algún modo en la trampa de los derechos fundamentales que se encuentran sin embargo (...) en el corazón mismo de nuestras sociedades democráticas y constituyen una parte esencial de nuestro patrimonio común» (128).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (2007): «Reflexiones sobre el art. 149.1.1 de la Constitución: la clasificación del suelo y la imposible igualdad en el ejercicio del derecho a la propiedad urbanística», en *ACE: Architecture, City, and Environment. Arquitectura, Ciudad y Entorno*, vol. 1, núm. 3, pp. 86-117.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2002): «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, pp. 7-43.
- (2003): «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, pp. 58-88.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PÉREZ PRADO, Raquel (2014): «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado de bienestar», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, pp. 87-110.
- AJA, Eliseo (1992): «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», en LÓPEZ GUERRA, Luis; AJA, Eliseo; LASAGABASTER, Iñaki; VIVER I PI-SUNYER, Carles, *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona, Generalitat de Catalunya.
- APARICIO WILHELMI, Marco; MOYA MALAPEIRA, David; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2010): «La decisión sobre las competencias relacionadas con la inmi-

(128) O. LECUCQ (2016: p. 105).

- gración», en *Revista Catalana de Dret Public*, número extra 1. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, pp. 352-371.
- APRELL LASAGABASTER, Concha (2013): «El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, pp. 1-8.
- ARBÉLAEZ RUDAS, Mónica (2011): «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España», en FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y MORENO VIDA, María Nieves (dir.), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Editorial Comares, pp. 711-729.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, en MARTÍN REBOLLO, Luis (dir.) (2008): *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Re tortillo*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp. 373-394.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (1992): «La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas», en *Documentación Administrativa*, núm. 230-231, pp. 297-320.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (2008): «Artículo 149.1.16.º CE», en CASAS BAA-MONDE, Mº Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2373-2382.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2004): «Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud», en PAREJO, Luciano; PALOMAR, Alberto; VAQUER, Marcos (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 11-35.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2014): «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, pp. 189-231.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2015): «Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation».
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2005): *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, Iustel.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (1998): «El derecho de propiedad urbana y el artículo 149.1.1º CE (nota a la STC 61/1997, de 20 de marzo)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, pp. 303-328.

- (1999): «La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, pp. 43-76.
 - (2007): «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», en *Revista D'estudis Autònòmics i Federals*, núm. 4, pp. 129-158.
- LECUCQ, Olivier (2016): «Los derechos fundamentales de los inmigrantes: un reto para Francia y Europa», en BARBERO, Iker y ARRESE, M^o Nieves (ed.), *Tensiones entre las políticas de extranjería y los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 105-116.
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia (1993): *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Marcial Pons.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2014): «El acceso a los datos del padrón por Administraciones Públicas distintas de la municipal en materia de extranjería», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, pp. 101-130.
- MEDICOS DEL MUNDO (2014): «Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo», Open Society Foundations.
- MELÉNDEZ MORILLO-VALVERDE, Lourdes y PÉREZ CAMPOS, A. I. (2009): «La distribución de competencias en materia de Seguridad Social entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía de «segunda generación»», en VV.AA. (2009), *La gestión del sistema de la Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, S. L.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. (2008): «Artículo 149.1.17.º CE», en CASAS BAAMONDE, M^o Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2383-2389.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, María del Camino (2007): *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio: «La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la reforma del Estado autonómico», en MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, María del Camino (2007), *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PALOMAR, Alberto (1993): *Derecho público de la Seguridad Social*, Barcelona, Ariel.
- PEMÁN GAVÍN, Juan (2008): «Artículo 149.1.1.º CE», en CASAS BAAMONDE, M^o Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Cons-*

- titución española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2264-2275.
- PONCE SOLÉ, Juli (2013): *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadano. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Madrid, INAP.
- RIPOL CARULLA, Santiago (2008): «Artículo 149.1.2.º CE», en CASAS BAAMONDE, M^o Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX. Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2276-2280.
- SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda (1995): *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas.
- SOLANES CORELLA, Ángeles (2004): «La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, pp. 1-26.
- (2015): «Protección de la salud», en REY MARTÍNEZ, Fernando (dir.), *Los Derechos Humanos en España: un balance crítico*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 332-367.
- SUÁREZ CORUJO, Borja (2006): *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel.
- VAQUER, Marcos (2004): «La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud», en PAREJO, Luciano; PALOMAR, Alberto; VAQUER, Marcos (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 111-136.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2010): «Políticas y competencias locales sobre inmigración», en DIEZ SASTRE, Silvia (coord.), *Inmigración y gobiernos locales*, Valencia, Marcial Pons, pp. 65-120.
- VIDAL PUEYO, María del Camino (2007): «Breve aproximación a las políticas autonómicas en materia de inmigración», en MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, María del Camino, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA (*) (**)

MARÍA FUENSANTA GÓMEZ MANRESA

SUMARIO: I. LA EXISTENCIA DE UN CONTEXTO NORMATIVO, GENERAL Y ESPECIAL, DE MUTACIONES LEGISLATIVAS Y DE TRANSITORIEDAD: 1. Reflexiones previas. 2. La transposición de las Directivas europeas sobre contratación pública: una oportunidad para el impulso de la efectiva implementación de las TICs.– II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA GENERAL DE ESPECIAL INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: 1. Aproximación a la cuestión. 2. La apuesta por la simplificación en el reciente régimen jurídico de la identificación y firma electrónicas. 3. La nueva regulación de la representación jurídica: el apoderamiento «apud acta» electrónico. 4. La prevalencia del dato sobre el documento. 5. La interoperabilidad como clave de la innovación tecnológica.– III. CONCLUSIÓN FINAL.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objeto el estudio de los retos de la utilización de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en el ámbito de la contratación pública, en el contexto propiciado por la legislación de procedimiento administrativo común y del sector público, así como la oportunidad que representa la futura transposición del paquete normativo europeo.

Palabras clave: Administración electrónica; TICs; contratación pública.

ABSTRACT: *This paper studies the Spanish Public Sector Procurement Act, and related regulations, and analyzes, in the legal framework of Community Law, the use of TICs in the public procurement categories, pointing the challenges of an unfinished legal system in the context created by the general administrative Law.*

Key words: e-Administration; ICTs; public procurement.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 23 de marzo de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de abril de 2016.

(**) Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto «La contratación electrónica en el sector público. El reto de la innovación tecnológica en los contratos públicos» (19495/PI/14), financiado por la «Fundación Séneca. Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia».

I. LA EXISTENCIA DE UN CONTEXTO NORMATIVO, GENERAL Y ESPECIAL, DE MUTACIONES LEGISLATIVAS Y DE TRANSITORIEDAD

1. Reflexiones previas

El régimen jurídico de la contratación pública está contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre, y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (RCSP), normas dictadas al amparo de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el texto legal antecedente al TRLCSP, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) (1).

La citada normativa europea se dictó ante la conveniencia de refundir en un único texto, por motivos de claridad, las modificaciones de las Directivas del Consejo 92/50/CEE de 18 de junio de 1992, 93/36/CEE y 93/37/CEE de 14 de junio de 1993, relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicio, suministro y obras respectivamente, para responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas por los operadores económicos y los poderes adjudicadores en el marco del *Libro Verde* adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996.

Pero lo cierto es que nos encontramos ante un panorama normativo de mutaciones legislativas que exige un replanteamiento, en términos jurídicos, del uso de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en sede de contratación pública.

La transitoriedad, a la que se ha hecho referencia, trae causa, en buena medida, de la necesidad de transposición del paquete normativo europeo sobre contratación pública que ha supuesto la derogación de la Directiva 2004/18/CE, es decir, de las Directivas 23/2014/UE —relativa a la adjudicación de contratos de concesión—, 24/2014/UE —sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE— y 25/2014/UE —concerniente a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE—, en las que se apuesta de manera contundente por el empleo de las TICs en este sector, como se expondrá más adelante (2).

(1) La LCSP ha sido derogada por el TRLCSP en su disp. única derogatoria que hace lo propio con los artículos 253 a 260 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Respecto de las reglas de la contratación pública electrónica contenidas en la LCSP, vid. E. GAMERO CASADO (2008: pp. 103-138). Vid., también, sobre este texto legal, J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (2009); y M.M^a RAZQUÍN LIZARRAGA (2011: pp. 53-89).

(2) Acerca del alcance del paquete normativo europeo, vid. R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2015).

Pero más aún, recientemente se han aprobado dos textos legales que vienen a sustituir a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (LRJ-PAC): la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPC), y la Ley 40/2015, de la misma fecha, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Es oportuno resaltar que la LRJSP ha introducido cambios en el articulado del TRLCSP, así como las disposiciones transitoria décima y adicional trigésimo sexta, esta última dedicada a la creación de la Oficina Nacional de Evaluación, que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de servicios públicos.

Se ha de destacar, asimismo, que la LPC deroga la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios públicos (LAE) (3), norma que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, por la que se ordenaba a los Estados miembros facilitar tanto el acceso electrónico a los trámites relacionados con las actividades de servicios como a la información de interés para los prestadores y para los destinatarios de los mismos. La LAE ha sido desarrollada parcialmente por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, reglamento también derogado en parte por la LPC.

No obstante, es conveniente puntualizar que la entrada en vigor de la LPC y de la LRJSP no se producirá hasta transcurrido un año de su publicación en el BOE, con carácter general, es decir, el 2 de octubre de 2016; si bien, se ha de advertir que las previsiones contenidas en la LPC relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, materia que se abordará más adelante, producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley.

Por otra parte, la LRJSP contiene una serie de especificidades en relación a la entrada en vigor que se obvian en el texto del cuerpo de este artículo en atención a su objeto (4), a excepción de las relativas a la contratación pública,

(3) Un análisis de la LAE se encuentra en E. GAMERO CASADO y J. VALERO TORRIJOS (2010).

(4) Es necesario señalar que la disp. final decimoctava específica, en atención a la materia, la entrada en vigor de la misma: «1. La presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción del punto cuatro de la disposición final quinta, de modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de los puntos uno a once de la disposición final novena, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y la disposición final decimosegunda, de restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas que entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial

cuya entrada en vigor se ha producido a los veinte días de la publicación en el BOE, menos lo ordenado en la de la disposición trigésimo sexta sobre la Oficina Nacional de Evaluación.

Lo que es indudable es que la LAE supuso un avance significativo en materia de acceso a la información (5), al regular los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración: el pleno respeto a la privacidad de aquellos datos que se incorporan a un expediente concreto (6); la elección del canal correspondiente; el no aportar datos que estén en poder de ésta; a obtener copias electrónicas de los documentos de tal carácter y a conocer el estado de la tramitación de los procedimientos en que sean interesados; a la conservación por la Administración de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente; a acceder a los medios de identificación electrónica y a la utilización de cualesquiera sistemas de firma admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas (7); a la garantía de seguridad y confidencialidad de los datos existentes en ficheros, sistemas y aplicaciones; y, finalmente, a la calidad de los servicios prestados por medios electrónicos (8).

El objetivo de la LAE no ha sido otro que facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos y el acceso de los ciudadanos por los citados cauces a la información y al procedimiento, en un intento de crear las condiciones de confianza en el uso de las TICs mediante el establecimiento de medidas para la preservación de la integridad de los

del Estado», y el punto doce de la misma disposición final novena, que lo hará a los seis meses de la citada publicación en el «Boletín Oficial del Estado», 2. No obstante, entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», la disposición final primera, de modificación de la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional, la disposición final segunda, de modificación del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, los puntos uno a tres de la disposición final quinta, de modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la disposición final séptima, de modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y la disposición final undécima, de modificación de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. 3. La disposición final décima de modificación de la disposición adicional décima tercera de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de que los apartados Uno, primer y segundo párrafo; Dos; Tres, párrafos primero y segundo; Cuatro; Cinco, párrafos primero a cuarto y Seis, surtirán efectos a partir del 1 de enero de 2013, y de lo dispuesto en el apartado Siete».

(5) Vid., en este sentido, J. VALERO TORRIJOS (2015: pp. 29-46).

(6) Vid. artículo 32 de la LAE.

(7) La LAE, derogada por la LPC, regula la firma electrónica, al margen del Anexo dedicado a precisar conceptos jurídicos, en múltiples preceptos: 8.2.h), 13 y ss. y 36, régimen jurídico que completa la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Sobre el régimen jurídico de la firma electrónica, vid. A. MERCHAN MURILLO (2016).

(8) Vid. el artículo 6 de la LAE.

derechos fundamentales —en especial, los de intimidad y protección de datos de carácter personal—, garantizando la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones y los servicios electrónicos.

Se ha tratado, por tanto, de potenciar, entre otros, los principios de proximidad al ciudadano, simplificación de procedimientos, eficiencia, eficacia y transparencia de la Administración (9).

En todo caso, se ha de tener presente que la utilización de las tecnologías de la información exige la garantía por parte de las Administraciones Públicas de la igualdad en las relaciones, la accesibilidad, la responsabilidad, la calidad y seguridad en la veracidad y autenticidad de la información y de los servicios, el mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos establecidas en la LRJ-PAC —y a corto plazo en las leyes estatales que la sustituyen—, la cooperación, la neutralidad tecnológica, la adaptabilidad al progreso de las técnicas y de los sistemas de comunicaciones electrónicas, la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por la Administración, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances que se produzcan en un ámbito de libre mercado (10).

La norma objeto de estudio contiene, de un lado y en un Anexo, las definiciones de actuación administrativa automatizada, aplicación, aplicación de fuentes abiertas, autenticación, canales, certificado electrónico, certificado electrónico reconocido, ciudadano, dirección electrónica, documento electrónico, firma electrónica, firma electrónica avanzada, firma electrónica reconocida, interoperabilidad, medio electrónico, punto de acceso electrónico y sistema de firma electrónica; y, de otro y en un capítulo independiente, las disposiciones comunes a las formas de identificación y autenticación de los ciudadanos y de las Administraciones Públicas de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, materia esta última que se aborda en un epígrafe posterior (11).

Asimismo, la LAE regula la creación y funcionamiento de los registros electrónicos y el cómputo de los plazos en relación a éstos, así como las comunicaciones y las notificaciones por medios electrónicos cuando el interesado hubiera señalado o consentido dicho medio como preferente (12).

(9) Vid. artículo 3 de la LAE.

(10) Respecto de los principios que han de presidir el acceso electrónico, vid. artículo 4 de la LAE.

(11) En esta materia se ha de atender, también, a lo dispuesto en las Leyes 34/2002, 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la Sociedad de la Información.

(12) Vid. artículos 27 y 28 de la LAE. El régimen jurídico de las notificaciones por medios electrónicos está contenido en el artículo 43 de la LPC.

Un capítulo independiente se dedica a la cooperación interadministrativa y, a tales efectos, se configura al Comité Sectorial de Administración Electrónica —dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública— como el órgano técnico de cooperación entre las Administraciones estatal, autonómica y local que, a tal fin, ha de preparar planes y programas conjuntos de actuación para impulsar el desarrollo de la Administración electrónica en España (13).

La LAE, además, articula el Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad y todo lo referente a la reutilización de aplicaciones y transparencia de tecnologías (14).

De este modo y ex artículo 45, las Administraciones titulares de los derechos de propiedad intelectual de aplicaciones, desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación, podrán ponerlas a disposición de cualquier Administración sin contraprestación y sin necesidad de convenio. Incluso, las citadas aplicaciones podrán ser declaradas fuentes abiertas cuando de ello se derive una mayor transparencia administrativa o se fomente la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la Información. Es necesario señalar que esta materia, es decir, las relaciones electrónicas entre Administraciones, se regula, de modo similar, en los artículos 155 a 158 de la LRJSP.

Por otra parte, no puede finalizarse este epígrafe introductorio sin una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) (15), en la medida que contiene determinadas especificidades sobre contratación pública. En efecto, este texto legal establece la obligatoriedad de hacer pública la información relativa a la contratación del sector público que se relaciona seguidamente: todos los contratos —con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación—, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se han publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento, la identidad del adjudicatario, las modificaciones del contrato y las decisiones de desistimiento y renuncia (16).

(13) Vid. artículo 40 de la LAE.

(14) Se ha de tener presente que la Administración estatal está obligada a mantener —a través de un centro para la transferencia de la tecnología— un directorio general de aplicaciones susceptibles de reutilización —con independencia del deber de las distintas Administraciones de mantener directorios actualizados—, a prestar asistencia técnica e impulsar el desarrollo de aplicaciones, formatos y estándares comunes de especial interés para el desarrollo de la Administración electrónica.

(15) Vid., sobre la LTBG, S. FERNÁNDEZ RAMOS y J.M^o. PÉREZ MONGUIÓ (2014); M. FERNÁNDEZ SALMERÓN y J. VALERO TORRIJOS (2014); E. GUICHOT REINA (2014); y J.L. PIÑAR MAÑAS (2014: pp. 1-19).

(16) Vid. artículo 8.1.a) de la LTBG.

No está de más recordar que la LTBG tiene como objetivos incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública —que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas—, reconocer y garantizar el acceso a la información, y delimitar las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

A este respecto, no puede obviarse el «Informe sobre la lucha contra la corrupción» de la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014, en el que se pone de manifiesto la necesidad de paliar normativamente los efectos de la falta de transparencia y la corrupción que ha caracterizado a la contratación pública en los últimos años y que, según estimaciones de la Comisión, se concreta anualmente, en pérdidas para la ciudadanía, en unos 120.000 millones de euros (17).

La situación expuesta exige, en definitiva, normas de integridad más rigurosas y mejores mecanismos de control (18) y, sin duda, la transposición del paquete normativo europeo constituye una oportunidad para acometer esta tarea, en la medida que marca el reto de la implementación generalizada de las TICs, herramientas que pueden ser de gran utilidad, en especial, en todo lo relativo al acceso a la información y la necesaria publicidad de distintos extremos relacionados con la contratación pública.

Realizadas las puntualizaciones oportunas, veamos, pues, la traslación y el tratamiento que se da a las disposiciones relativas a la utilización de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en el sector público, en la LPC y en la LRJSP, sin perjuicio del alcance que estos textos legales puedan tener en un futuro, una vez se efectúe la transposición de la normativa comunitaria sobre contratación pública, teniendo presente que, hasta la fecha, la legislación especial ha otorgado a la LAE una eficacia limitada al atribuirle carácter supletorio (19).

(17) Vid. el «Informe de Fiscalización relativa a la Contratación del Sector Público estatal celebrada durante el ejercicio 2012», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 20 de diciembre de 2014.

(18) A este respecto, vid. A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2014); y J.M.º GIMENO FELIU (2010: pp. 517-535).

(19) Vid., en cuanto a la aplicación de la LAE en sede de contratación pública, I. MARTÍN DELGADO (2011: pp. 379-412).

2. La transposición de las Directivas europeas sobre contratación pública: una oportunidad para el impulso de la efectiva implementación de las TICs

El régimen jurídico de la contratación pública, como ya se ha puesto de manifiesto, se encuentra en el TRLCSP. El texto legal antecedente, la LCSP (20), incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que desarrolla los artículos 47.2, 55 y 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esta directiva, que estaba basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, establecía que la adjudicación de contratos por cuenta de las autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público, estaba supeditada al acatamiento de los principios del Tratado de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, y de los que derivan de las mencionadas libertades, como son los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia y, en el supuesto de contratos que superen determinadas cantidades, el de competencia (21).

El nuevo paquete normativo europeo se enmarca en la Estrategia europea de contratación electrónica contenida en la Comunicación de la Comisión COM (2012) 179 final, de 20 de abril de 2012, que tiene como objetivo apoyar la transición hacia la plena contratación electrónica, por el ahorro que supone para el sector público, por la rápida recuperación de los costes de inversión y por los beneficios ambientales que reporta, por la disminución del consumo de papel y de transporte, y del costoso espacio de archivo con su consumo de energía auxiliar, lo que contribuye al objetivo de crecimiento sostenible de la Estrategia UE 2020 (22).

Se pone de manifiesto, igualmente, que el uso de las TICs en la contratación pública favorece la transparencia y la competencia transfronteriza (23),

(20) La LCSP ha sido derogada por el TRLCSP en su disp. única derogatoria que hace lo propio con los artículos 253 a 260 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

(21) Vid., en relación al impulso dado por el Derecho europeo a la contratación electrónica, I. GALLEGO CÓRCOLES (2009: pp. 43-54).

(22) COM (2010) 2020 final, «A strategy for smart, sustainable and inclusive growth» («Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»), que tiene como objetivo la consecución de un alto nivel de empleo, productividad y cohesión social en el seno de la Unión Europea.

(23) Es conveniente clarificar que el modelo de Estado español implica un régimen jurídico diverso fruto del ejercicio de los distintos tipos de competencia de las Comunidades Autónomas. Sirva de ejemplo la normativa autonómica en la materia que se relaciona seguidamente: Aragón, Ley 3/2011, de 24 de febrero; Castilla La Mancha, Decreto 54/2011,

la innovación y el crecimiento del mercado único, así como la simplificación procedimental.

De esto modo, se propone, para la consecución de la plena implantación de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos, en un plazo de dos años —«salvo circunstancias debidamente justificadas», expresión con la que se deja un amplio margen para la motivación—, la obligatoria aplicación en algunas de las fases de contratación pública: la e-notificación, la plena disponibilidad de los anuncios de licitación y la presentación electrónica de las ofertas de las centrales de compras.

Dicha Comunicación contiene una serie de propuestas referidas a ciertos procedimientos y herramientas simplificados como los sistemas dinámicos de contratación, las e-subastas, los e-catálogos, los certificados y declaraciones electrónicos (e-CERTIS), respecto de los que se anuncia la emisión de un listado, en términos de equivalencia en los distintos Estados, para proporcionar una mayor claridad y seguridad jurídica, especialmente en términos de cooperación transfronteriza.

Es oportuno apuntar que la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 87, insiste en la necesidad de implantación del e-Certis, en atención a que la Comisión facilita y administra este sistema electrónico, cuyo objetivo es facilitar el intercambio de certificados y demás pruebas documentales a menudo solicitadas por los poderes adjudicadores.

Por tanto, la norma europea establece la obligatoriedad del mantenimiento del sistema desde la conciencia de que *«de la experiencia adquirida hasta la fecha se infiere que la actualización y la verificación voluntarias son insuficientes para que el e-Certis desarrolle todo su potencial de simplificación y facilitación de los intercambios de documentos en beneficio de las PYME en particular»*; si bien, lo más relevante es que demora su uso imperativo para una etapa posterior.

No obstante, un avance en este sentido se produce con la regulación del «Documento europeo único de contratación» (24) que, en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar. Éste consiste en una declaración actualizada del interesado, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirmen que el operador

de 17 de mayo; Cataluña, Ley 29/2010, de 3 agosto, Orden ECF/457/2010, de 29 de septiembre, Orden ECF/193/2008, de 29 de abril, y Decreto 96/2004, de 20 de enero; Galicia, Decreto 3/2010, de 8 de enero; Madrid, Decreto 4 de octubre de 2006; Navarra, Ley Foral 6/2006, de 9 de junio; País Vasco, Orden de 16 de agosto de 2004.

(24) Vid., sobre el documento único europeo, los artículos 59 a 61 de la Directiva 2014/24/UE.

económico (25) en cuestión cumple las condiciones que se exponen seguidamente: que no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos del artículo 57; que observa los criterios de selección pertinentes establecidos de conformidad con el artículo 58; que, cuando proceda, respeta las normas y los criterios objetivos que se hayan fijado con arreglo al artículo 65 (26).

El documento europeo único de contratación, que se ofrecerá únicamente en formato electrónico, consiste en una declaración formal del operador económico que indique que no es de aplicación el motivo de exclusión pertinente y/o que se cumple el criterio de selección oportuno, y que facilite la información correspondiente según lo requiera el poder adjudicador (27).

El mencionado documento ha de precisar, también, la autoridad pública o el tercero encargado de determinar los documentos justificativos, e incluir una declaración formal en el sentido de que el operador económico podrá, previa petición y sin demora, proporcionar dichos documentos. Sin embargo, se ha de clarificar que, en el caso de que el poder adjudicador pueda obtener éstos directamente accediendo a una base de datos, el documento europeo único de contratación detallará la información necesaria a tal fin, como la dirección de internet, todos los datos de identificación y, en su caso, la necesaria declaración de consentimiento.

Se prevé, además, que los operadores económicos puedan volver a utilizar el documento europeo único de contratación, que hayan empleado en una contratación determinada, para ulteriores procedimientos de contratación, siempre que confirmen que la información en él contenida sigue siendo correcta. A este respecto, habrá que esperar a la transposición de la norma comunitaria para confirmar si las futuras disposiciones sobre esta materia determinan un régimen jurídico especial de aplicación prevalente sobre el régimen jurídico general contenido en la LPC —objeto de estudio en el epígrafe siguiente—, sin perjuicio de las posibles remisiones que pudieran efectuarse a dicho texto legal o la fijación de su carácter supletorio.

Ha de resaltarse el hecho de que, en el marco de la Directiva, un poder adjudicador podrá pedir a los candidatos y licitadores que presenten la tota-

(25) El artículo 2.10 de la Directiva 2014/24/UE define el operador económico como «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios».

(26) La Directiva 2014/24/UE concreta que si el operador económico recurre a las capacidades de otras entidades con arreglo al artículo 63, el documento europeo único de contratación contendrá asimismo la información a la que se ha hecho referencia en lo que respecta a dichas entidades.

(27) Vid. artículo 59.2 de la Directiva 2014/24/UE.

lidad o una parte de los documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento cuando resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo, aunque los operadores económicos no estarán obligados a aportar documentos justificativos u otras pruebas documentales ni cuando el poder adjudicador que haya adjudicado el contrato o celebrado el acuerdo marco ya posea dicha documentación, ni en el supuesto y en la medida que el poder adjudicador tenga la posibilidad de obtener los certificados o la información pertinente accediendo directamente a una base de datos nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que pueda consultarse de forma gratuita, como un registro nacional de contratación pública, un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o de precalificación. No es superfluo señalar que estas determinaciones están en consonancia con el régimen jurídico contenido en la LPC relativo a la aportación de documentos por el interesado en un concreto procedimiento, como se explica en el próximo apartado.

La Directiva, por otro lado, obliga a los Estados a publicar en el depósito de certificados en línea e-Certis la lista completa y actualizada de las bases de datos, que contengan información de interés sobre los operadores económicos, que puedan ser consultadas por los poderes adjudicadores de los demás Estados miembros, debiendo cada uno de éstos comunicar a los demás, si así lo solicitan, cualquier información relativa a las bases de datos mencionadas.

Se trata, en definitiva, de eliminar barreras y de evitar la fragmentación del mercado que puede surgir de la existencia de una amplia variedad de sistemas, situación que exige, sin duda, la creación de un marco jurídico eficaz.

La Directiva, en aras a favorecer la interoperabilidad, insta a los poderes adjudicadores a utilizar, salvo en determinadas situaciones específicas, medios de comunicación electrónicos que deben ser no discriminatorios, estar disponibles de forma general y ser interoperables con los productos de las TIC de uso general, a los efectos de no restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de licitación.

Así pues, se impone el uso obligatorio de los medios electrónicos en todas las fases del procedimiento de contratación pública, excepto cuando su utilización requiera instrumentos especializados o formatos de ficheros que no estuvieran disponibles de forma general o cuando la comunicación en cuestión solo pudiera manejarse utilizando equipos ofimáticos especializados, así como cuando sea preciso para proteger el carácter particularmente sensible de una información, de manera similar a la regulación derogada.

Lo cierto es que la regulación europea contiene un doble reto: por un lado y con carácter general, la implantación generalizada de las TICs, siendo obligado su empleo para el anuncio de los procedimientos de licitación, para efectuar las notificaciones y para recibir las ofertas de las empresas licitado-

res; y, por otro, la simplificación procedimental y la fijación de un documento único de contratación pública basado en declaraciones del propio empresario, reduciendo, de este modo, la carga burocrática de las empresas licitadoras.

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA GENERAL DE ESPECIAL INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

1. Aproximación a la cuestión

Efectuadas una serie de reflexiones previas a fin de delimitar los antecedentes y el estado de la cuestión, en las que se ha incidido en el papel desempeñado por la LAE, se ha de reiterar que la LPC deroga dicha norma e incorpora en su propio texto las disposiciones normativas referidas al acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos a fin de paliar la deficiencia de que adolecía la regulación en la materia de dispersión normativa y de superposición de distintos regímenes jurídicos procedente de la aprobación sucesiva de textos legales como los que se señalan seguidamente: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; la Ley 20/1013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; o la LTBG.

La propia LPC constata que resulta clave contar con una nueva Ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, que clarifique e integre el contenido de la LRJ-PAC y de la LAE, y profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico.

Pero lo cierto es que la materia objeto de estudio exige la referencia a la LRJSP que, en su artículo 3.2, dispone que *«Las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados»* (28).

Además, la LRJSP regula otras cuestiones como el archivo electrónico de los documentos (29) o la sede electrónica, es decir, la *«dirección electrónica,*

(28) El artículo 17 de la LRJSP contiene el régimen de las sesiones de los órganos colegiados presenciales o a distancia, estas últimas mediante la utilización de medios electrónicos, telefónicos y audiovisuales; mientras que el artículo 18 del mismo texto legal delimita las especificaciones relativas al acta con mención expresa al uso de los medios electrónicos.

(29) El artículo 46 de la LRJSP regula el archivo electrónico de los documentos del siguiente modo: *«1. Todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas se alma-*

disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias», cuyo establecimiento conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y de los servicios a los que pueda accederse a través de la misma, así como la sujeción a los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad (30).

El texto legal que nos ocupa regula, igualmente, el portal de internet como el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponde 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.

Finalmente, se ha de constatar que la referencia a la LPC y LRJSP no evita que haya que acudir a otros textos normativos, como por ejemplo a la Ley 56/2007, de 20 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, en tanto que dispone, en su artículo 1, que la facturación electrónica en el marco de la contratación con el sector público estatal será obligatoria en los términos que se establezcan en la Ley reguladora de la contratación en el sector público y en su normativa de desarrollo —cuyo estudio excede del objeto de este artículo—.

Llegados a este punto, procede abordar el contenido de la LPC y LRJSP de especial incidencia en sede contratación pública electrónica; si bien, la evidencia del presente contexto normativo lleva a afirmar, apriorísticamente, que se ha de excluir la existencia de un régimen completo y unificado.

cenarán por medios electrónicos, salvo cuando no sea posible. 2. Los documentos electrónicos que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares deberán conservarse en soportes de esta naturaleza, ya sea en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo. Se asegurará en todo caso la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones. 3. Los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos, así como la recuperación y conservación a largo plazo de los documentos electrónicos producidos por las Administraciones Públicas que así lo requieran, de acuerdo con las especificaciones sobre el ciclo de vida de los servicios y sistemas utilizados».

(30) Vid. artículo 38 de la LRJSP.

2. La apuesta por la simplificación en el reciente régimen jurídico de la identificación y firma electrónicas

La LPC distingue entre identificación y firma electrónicas, materia objeto del Reglamento 910/2014, de 23 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

En efecto, la LPC apuesta por la simplificación de los medios para acreditar la identificación y firma electrónicas de modo que, con carácter general, sólo será necesaria la primera, exigiéndose la segunda cuando deba acreditarse la voluntad y consentimiento del interesado.

La norma en cuestión establece un conjunto mínimo de categorías de medios de identificación y firma a utilizar por todas las Administraciones: los sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos cualificados de firma electrónica, que comprenden tanto los certificados electrónicos de persona jurídica como los de entidad sin personalidad jurídica; los sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado fundados en certificados cualificados de sello electrónico; así como cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones predeterminados, aceptándose cualquiera de los sistemas de firma admitidos y de clave concertada, y cualquier otro aceptado por las Administraciones Públicas.

En cuanto a la identificación, la LPC dispone que las distintas Administraciones están obligadas a verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo mediante la comprobación de su nombre y apellidos o denominación o razón social, según corresponda, que consten en el Documento Nacional de Identidad o documento identificativo equivalente; sin perjuicio de que los interesados puedan identificarse electrónicamente a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad.

En particular, serán admitidos, los sistemas siguientes: los basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica, o en sellos electrónicos, expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación» (31); y los de clave concertada o cualquier otro que las Administraciones consideren válido, dejando abierta, de este modo, la posibilidad de introducir posibles avances tecnológicos.

(31) Se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica, de conformidad con el artículo 9.2.a) de la LPC.

La Ley específica que cada Administración podrá decidir si sólo acepta alguno de estos sistemas para realizar determinados trámites o procedimientos, aunque la aceptación de alguno de los sistemas de identificación referidos en último lugar supone la de los anteriores; así como que la admisión de alguno de estos sistemas por la Administración General del Estado servirá para acreditar frente a todas las Administraciones Públicas, salvo prueba en contrario, la identificación electrónica de los interesados en el procedimiento administrativo.

En relación a la firma electrónica, los interesados podrán firmar a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento. En consecuencia, se consideran válidos los sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación».

Se ha de clarificar que se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica; los de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación»; o cualquiera que las Administraciones consideren válido.

En definitiva, cada Administración Pública, Organismo o Entidad, podrá determinar si sólo admite algunos de estos sistemas para realizar determinados trámites o procedimientos de su ámbito de competencia, y cuando los interesados utilicen un sistema de firma de los señalados su identidad se entenderá acreditada mediante el propio acto de la firma.

La LPC, por tanto, regula el uso de los medios de identificación y firma en el procedimiento administrativo a los efectos de establecer el uso obligatorio de firma para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos (32).

A fin de garantizar el derecho de los interesados a utilizar medios electrónicos, las Administraciones han de poner a su disposición los canales de acceso que sean necesarios, así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen, especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónicas, presentación de solicitudes a través del registro electrónico general y obtención de copias auténticas, a excepción de los siguientes sujetos: las personas jurídicas; las entidades sin personalidad jurídica; quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para

(32) Vid. artículo 11 de la LPC.

los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional, con inclusión de los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles; quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración; y los empleados de las Administraciones para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

No obstante, las Administraciones podrán ordenar, reglamentariamente, la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

Por otra parte, se regula la posibilidad de que si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónicas en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello.

En este supuesto, el interesado que carezca de los medios electrónicos oportunos deberá identificarse ante el funcionario y prestar su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio. A tales efectos, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales mantendrán actualizado un registro, u otro sistema equivalente, donde constarán los funcionarios habilitados para la identificación o firma electrónicas, plenamente interoperable a los efectos de comprobar la validez de las citadas habilitaciones.

El régimen jurídico expuesto ha de completarse con lo dispuesto en la LRJSP, ya que dedica su artículo 40 a los sistemas de identificación de las Administraciones Públicas (33), el 43 a la firma electrónica del personal al servicio de la Administración, el 44 al intercambio de datos en entornos cerra-

(33) De conformidad con el artículo 40 de la LRJSP, las Administraciones Públicas podrán identificarse mediante el uso de un sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. Estos certificados electrónicos deben incluir el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, así como, en su caso, la identidad de la persona titular del sello electrónico del correspondiente de órgano administrativo. La Ley exige que la relación de sellos electrónicos utilizados por cada Administración Pública, con indicación expresa de las características de los certificados electrónicos y los prestadores que los expiden, sea pública y accesible por medios electrónicos, debiendo cada Administración adoptar las medidas adecuadas para facilitar la verificación de sus sellos electrónicos. Asimismo, se dispone que se entenderá identificada la Administración respecto de la información que se publique como propia en su portal de internet.

dos de comunicación y el 45 al aseguramiento de la interoperabilidad de la firma electrónica, cuestiones todas ellas de relevancia, en especial, cuando se lleve a cabo una actuación administrativa automatizada, es decir, la realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público. Tal es así que la LRJSP regula, de manera específica, los sistemas de firma para este tipo de actuaciones: el sello electrónico, basado en un certificado electrónico o cualificado; o el código seguro de verificación (34).

Finalmente, resta señalar que la LPC, en su disposición adicional segunda, ha modificado el apartado 11 del artículo 3 de la Ley 59/2003 para ampliar los sistemas de firma e identificación en los términos previstos en la LPC y la LRJSP; así como que los distintos extremos que se acaban de exponer tienen una clara incidencia en sede de contratación pública dentro del objetivo general de plena implementación de las TICs.

3. La nueva regulación de la representación jurídica: el apoderamiento «apud acta» electrónico

La LPC regula, en su Título I dedicado a los interesados en el procedimiento (35), entre otras cuestiones, la figura de la representación jurídica. El citado texto legal prevé como medio de acreditación de la misma el apoderamiento «apud acta» presencial o electrónico. Este último ha de otorgarse mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede de igual carácter haciendo uso de los sistemas de firma electrónica previstos en la Ley o mediante comparecencia personal en las oficinas de asistencia en materia de registros.

En efecto, la LPC, en su artículo 5, prevé que los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, representación que podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de

(34) Vid. artículos 42 y 43 de la LRJSP.

(35) El artículo 4 de la LPC contiene el siguiente concepto de interesado: «1. Se considerarán interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento».

su existencia. De este modo, para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación, presumiéndose ésta respecto de actos y gestiones de mero trámite.

La novedad del texto legal que nos ocupa reside en la posibilidad, como se ha señalado, de que la representación realizada mediante apoderamiento «apud acta» pueda realizarse por comparecencia personal o electrónica, en la sede de igual naturaleza, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos, con el que debe contar toda Administración Pública, pudiendo las territoriales adherirse al del Estado en aplicación del principio de eficiencia.

Son dignos de mención, asimismo, dos extremos: uno, que la falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran; y, dos, que las Administraciones podrán habilitar, con carácter general o específico, a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados. La citada habilitación deberá especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes, y determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa.

La LPC dispone que la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales dispondrán de un registro electrónico general de apoderamientos, en el que deberán inscribirse, al menos, los de carácter general otorgados apud acta, presencial o electrónicamente (36), por quien ostente la condición de interesado en un procedimiento administrativo a favor de representante, debiendo constar el bastanteo realizado del poder.

A este respecto, se ha de señalar que la LPC establece que, por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se aprobarán, con carácter básico, los modelos de poderes inscribibles en el registro distinguiendo si permiten la actuación ante todas las Administraciones; si bien, cada Comunidad Autónoma aprobará los modelos de poderes inscribibles en el registro cuando se circunscriba a actuaciones ante su respectiva Administración. En el ámbito

(36) Los poderes inscritos en el registro tendrán una validez determinada máxima de cinco años a contar desde la fecha de inscripción, sin perjuicio de su revocación o prórroga por el poderdante, en cualquier momento antes de la finalización de dicho plazo, con una duración no superior a cinco años.

estatal, este registro será el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado.

Es conveniente apuntar que los registros generales de poderes no impedirán la existencia de registros particulares en cada Organismo donde se inscriban los poderes otorgados para la realización de trámites específicos en el mismo siempre que sean plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su interconexión, compatibilidad informática y la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos, así como con los registros mercantiles, de la propiedad y de los protocolos notariales (37).

Se observa, entonces, que la interoperabilidad resulta un elemento clave en este ámbito, como también la innovación tecnológica, de ahí que, en atención a las dificultades que puedan plantearse de carácter técnico o económico, se haya retrasado la entrada en vigor de la normativa al respecto, como se ha indicado anteriormente.

4. La prevalencia del dato sobre el documento

Hemos de partir poniendo de manifiesto que la Directiva 24/2014/UE, en su artículo 22.1, establece la utilización de las TICs en la contratación pública de manera generalizada en todo procedimiento de contratación, fijando como fecha límite, a tales efectos, el 18 de octubre de 2018 (38).

Por otra parte, el TRLCSP (39), en relación a las actuaciones en el seno de un procedimiento concreto, exige que las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación estén en disposición de poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación (40).

(37) El artículo 6 de la LPC, en su número 3, acota la información que deben contener los asientos que se realicen en los registros electrónicos generales y particulares de poderes.

(38) Vid. artículo 90 de la Directiva 24/2014/UE relativo a la transposición y disposiciones transitorias.

(39) Vid. disp. adicional decimosexta del TRLCSP, que está dedicada al uso de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos.

(40) Vid. el apartado 1.e) de la disp. adicional decimosexta del TRLCSP.

No está de más apuntar que el TRLCSP, en su número 151.4.c), contiene, respecto de la notificación, una remisión a la LAE, en concreto a sus artículos 28 y 59.4, referencia que deberá entenderse efectuada al artículo 43 de la LPC, una vez se produzca la entrada en vigor de este texto legal.

Además, todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras —que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato— han de ser autenticados mediante una firma electrónica —de ahí la relevancia de las previsiones contenidas en la LPC a las que se ha hecho referencia en un epígrafe anterior—.

No obstante, se ha de matizar que, aunque se opta por la presentación de documentos por medios electrónicos, se exige a los licitadores la aportación de los documentos, certificados y declaraciones que no estén disponibles en forma electrónica antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas o de solicitudes de participación (41); licitadores a los que los órganos de contratación están facultados para exigir su previa inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (42), como se explica en el epígrafe siguiente.

En otro orden de cosas, los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deben ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones que garanticen la libre y plena accesibilidad durante el plazo por el que deba conservarse el expediente.

Asimismo, se ha de concretar, por una parte, que la competencia para definir las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse, y para establecer los modelos que deban utilizarse, corresponde al Ministro de Economía y Hacienda mediante Orden; y, por otra, que la LCSP, en su disp. adicional decimonovena, impuso la obligación de aprobar, en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, las normas de desarrollo necesarias para hacer posible el uso de las facturas electrónicas en los

(41) En los procedimientos de adjudicación de contratos, conforme al apartado h) del número primero de la disp. adicional decimosexta del TRLCSP, el envío por medios electrónicos de las ofertas puede hacerse en dos fases: transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará realizada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en 24 horas; aunque de no verificarse esta segunda remisión, en plazo, se entenderá que la oferta ha sido retirada. Se ha de puntualizar que las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, autenticadas con la firma electrónica reconocida del órgano administrativo habilitado para su recepción, surtirán iguales efectos y tendrán igual valor que las copias compulsadas de esos documentos.

(42) Vid. disp. adicional decimosexta del TRLCSP.

contratos que se celebrasen por las entidades del sector público estatal, tarea materializada en el RCSP (43).

Puede observarse que la necesidad de desarrollo reglamentario, determinado por los avances tecnológicos en muchos casos, implica que el TRLCSP contenga una regulación inacabada de la utilización de las TICs, a lo que hay que sumar su carácter diseminado en relación a múltiples extremos: la gestión de la publicidad contractual electrónica, la certificación emitida por los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas, el perfil de contratante, las proposiciones en el procedimiento abierto, las solicitudes de participación en los procedimientos restringido, negociado y en el diálogo competitivo, la constitución de las garantías, los expedientes de tramitación urgente, la subasta electrónica, los sistemas dinámicos de contratación, y los contratos de uso de bases de datos y de suscripción de publicaciones.

Pero es que, como ya se ha avanzado, la LPC tiene un título específico, el segundo, dividido en dos capítulos, dedicado a la actividad de las Administraciones Públicas, en el que se regulan cuestiones aplicables a todo procedimiento administrativo. De hecho, el capítulo primero, referido a las normas generales de actuación, identifica, de forma novedosa, los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (44), e impone a las Administraciones Públicas el deber de contar con un registro electrónico general —o adherirse al de la Administración General del Estado—, al que corresponderá la asistencia a la red de oficinas en materia de registros, que permitirá a los interesados presentar sus solicitudes en papel para su conversión a formato electrónico.

En el mismo capítulo, la LPC regula el régimen de validez y eficacia de las copias a los efectos de simplificar el actual régimen y de definir los requisitos necesarios para que una copia sea auténtica, las características que deben reunir los documentos emitidos por las Administraciones Públicas para ser considerados válidos (45), así como los que deben presentar los interesados

(43) El TRLCSP dedica su disp. final cuarta a la habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y de la factura electrónica, en los mismos términos que su antecesora, la LCSP. Sobre esta materia, vid. A. PALOMAR OLMEDA y J. VÁZQUEZ GARRANZO (2014).

(44) Vid. artículo 14.2 de la LPC.

(45) De conformidad con el artículo 26 de la LPC, «1. Se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas. Las Administraciones Públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia. 2. Para ser considerados válidos, los documentos electrónicos administrativos deberán: a) Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. b) Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin

al procedimiento, determinando con carácter general la obligación de las Administraciones Públicas de no requerir documentos ya aportados por los interesados, elaborados por las distintas Administraciones u originales, salvo las excepciones contempladas en la Ley. De este modo, el interesado podrá presentar con carácter general copias de documentos, ya sean digitalizadas por el mismo o presentadas en soporte papel.

La LPC dispone que tendrán la consideración de copia auténtica de un documento público administrativo o privado las realizadas, cualquiera que sea su soporte, por los órganos competentes de las Administraciones Públicas, siempre que quede garantizada la identidad del órgano que ha emitido la copia y su contenido.

Toda copia auténtica tendrá la misma validez y eficacia que los documentos originales, de modo que, para garantizar la identidad y contenido de las copias electrónicas o en papel, las Administraciones Públicas deberán ajustarse a lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad y sus normas técnicas de desarrollo, así como a determinadas reglas de carácter técnico contenidas en el apartado 3 del artículo 26 de la LPC.

Se ha de resaltar que las copias auténticas de documentos privados surten, únicamente, efectos administrativos; mientras que las realizadas por una Administración Pública tendrán validez en las restantes Administraciones (46).

De conformidad con lo expuesto, los interesados podrán requerir la expedición de copias auténticas de documentos públicos, en cualquier momento, mediante solicitud dirigida al órgano que emitió el documento original, debiendo emitirse –salvo las excepciones derivadas de la aplicación de la Ley 19/2013 (47)– en el plazo de quince días a contar desde la recepción de la solicitud en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente.

Igualmente, las Administraciones deberán despachar copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados

perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico. c) Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos. d) Incorporar los metadatos mínimos exigidos. e) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable. Se considerarán válidos los documentos electrónicos, que cumpliendo estos requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos. 3. No requerirán de firma electrónica, los documentos electrónicos emitidos por las Administraciones Públicas que se publiquen con carácter meramente informativo, así como aquellos que no formen parte de un expediente administrativo. En todo caso, será necesario identificar el origen de estos documentos».

(46) Vid. artículo 27.1 de la LPC.

(47) Sobre las limitaciones al derecho de acceso, vid. artículos 14 a 16 de la LTBG.

y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo, haciendo constar tal circunstancia. Se ha de subrayar que la diligencia de copias auténticas de documentos públicos notariales, registrales y judiciales, y de los diarios oficiales, se rige por su legislación específica.

Destaca, igualmente, la obligación de las Administraciones Públicas de contar con un registro u otro sistema equivalente que permita dejar constancia de los funcionarios habilitados para la realización de copias auténticas, de forma que se garantice que las mismas han sido expedidas adecuadamente, y en el que, si así decide, podrán figurar también conjuntamente los funcionarios dedicados a asistir a los interesados en el uso de medios electrónicos, no existiendo impedimento a que un mismo funcionario tenga reconocida ambas funciones o sólo una de ellas.

La LPC dispone, asimismo, que los interesados deberán aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos por las Administraciones Públicas, además de los que consideren conveniente, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable, pero no estarán obligados a proporcionar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que su presentación tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos.

Es conveniente concretar que la LPC prevé la presunción de autorización de la consulta u obtención por el interesado excepto cuando conste su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento de igual carácter (48), extremo en el habrá que estar a lo dispuesto en un futuro en la normativa de contratación pública.

En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Se ha de poner de manifiesto que el TRLCSP regula, para prestar los distintos servicios asociados al tratamiento informático de datos, la Plataforma de Contratación del Estado (49) —que ha de contar con un dispositivo para acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma—, cuya responsabilidad se atribuye a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

(48) Vid. artículo 28 de la LPC.

(49) Las instrucciones para operar en la Plataforma están contenidas en la Orden EHA/1220/2008, de 11 de abril. Vid. el Dictamen 31/2011, de 21 de junio, de la JCCA sobre la obligatoriedad de integrar el perfil de contratante de los organismos y entidades del sector público estatal en la Plataforma, así como las informaciones a publicar en la misma.

Dicha plataforma tiene como finalidad dar publicidad a través de Internet de las convocatorias de licitaciones y sus resultados, y de cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren. De este modo, se impone que los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal estén integrados en esta Plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma (50).

El acceso de los interesados a la Plataforma, que ha de interconectarse con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y las Entidades locales en la forma que se determine en los convenios que se concluyan al efecto, ha de realizarse a través de un portal único.

Se ha de puntualizar que la LPC se ocupa de manera específica de la aportación de informes preceptivos elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento. En estos supuestos, los informes deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud que, una vez transcurridos, obligan a informar al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente. De este modo, la Ley incluye como solución, ante el incumplimiento del plazo por el órgano encargado de la emisión del informe, el traslado al interesado de la carga de la aportación del mismo con la consiguiente demora procedimental.

Además, la LPC dispone que las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante que órgano administrativo presentó los documentos en cuestión, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente. Excepcionalmente, si las Administraciones no pudieran recabar los documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación.

En el supuesto de que la Administración solicitara al interesado la presentación de un documento original y éste estuviera en formato papel, aquél deberá obtener una copia auténtica, según los requisitos establecidos en el artículo 27, con carácter previo a su presentación electrónica que reflejará esta circunstancia. Por tanto, cuando la relevancia del documento lo exija o existan dudas derivadas de la calidad de la copia, las Administraciones podrán solicitar de manera motivada el cotejo de las copias aportadas por el interesado, para lo que podrán requerir la exhibición del documento o de la información original.

Por último se ha de señalar que el capítulo II de la LPC, bajo la rúbrica, «términos y plazos», establece las reglas para su cómputo, ampliación o la

(50) Vid. artículo 334 del TRLCSP.

tramitación de urgencia. Como principal novedad destaca la introducción del cómputo de plazos por horas y la declaración de los sábados como días inhábiles, unificando de este modo el cómputo de plazos en el ámbito judicial y el administrativo.

Puede afirmarse, entonces, que la materia abordada regulada en la LPC tiene una clara incidencia en sede de contratación pública, así como que el uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en este sector, para su efectividad, ha de garantizar que éstos estén a disposición del público, sean no discriminatorios y conformes a estándares abiertos de uso general y amplia implantación (51). Los citados medios deben garantizar, en todo caso, la integridad de los datos transmitidos y que únicamente tengan acceso a éstos los órganos competentes, en la fecha indicada para ello, y que en caso de quebrantamiento de esta última limitación la violación pueda detectarse con claridad (52).

5. La interoperabilidad como clave de la innovación tecnológica

Como se ha expuesto anteriormente en los distintos epígrafes y en relación a múltiples extremos, tanto la LPC y la LRJSP como la normativa europea contienen disposiciones específicas destinadas a garantizar la interoperabilidad, en la medida que ésta resulta imprescindible para la comunicación eficaz de datos.

En este sentido, se ha de constatar que la LPC (53) impone a las Administraciones el deber de mantener un archivo electrónico único de los documentos que correspondan a procedimientos finalizados, cuyos expedientes deberán ser custodiados en un formato que permita garantizar la autenticidad, integridad y conservación de los documentos, así como su consulta con independencia del tiempo transcurrido desde su emisión.

En definitiva, deberá afianzarse la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones; toda vez que los medios o soportes en que se almacenen documentos

(51) La disp. final cuarta del TRLCSP autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la disp. adicional decimosexta que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en el mismo, y para definir mediante Orden las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse y los correspondientes modelos que a tales efectos hayan de utilizarse.

(52) Estos sistemas deben ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.

(53) Vid. artículo 17 de la LPC.

deberán contar con medidas de seguridad —de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad— que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En concreto, se dispone de manera expresa que ha de salvaguardarse, en todo caso, la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos.

En relación a esta materia, es preciso referir que, ya en su momento, la LCSP articuló un sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España, mantenido por el TRLCSP, a través del Registro de Contratos del Sector Público —dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, en el que han de inscribirse los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones y demás entidades del sector público—.

Este Registro constituye el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública, para la estadística en materia de contratos de igual carácter, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España concernientes a la información sobre este sector, para las comunicaciones de los datos sobre contratos a otros órganos de la Administración que estén legalmente previstas y, en general, para la difusión pública de dicha información de conformidad con el principio de transparencia (54).

El TRLCSP regula el mencionado Registro como el instrumento de los poderes públicos para la revisión y mejora continuas de los procedimientos y prácticas de la contratación pública, el análisis de la calidad, fiabilidad y eficiencia de sus proveedores, y la supervisión de la competencia y de la transparencia en los mercados públicos.

Por ello, se impone a los órganos de contratación de todas las Administraciones Públicas, y demás entidades incluidas en el ámbito de aplicación del TRLCSP, la obligación de comunicar al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción. Es necesario señalar que el RCSP regula el contenido de dichas comunicaciones y el plazo para efectuarlas, que no debe exceder de la finalización del primer trimestre del año siguiente al que corresponda la información de cada ejercicio (55).

(54) Vid. artículos 333 y ss. del TRLCSP.

(55) Vid., respecto de la comunicación de datos, la disp. transitoria primera del RCSP y el artículo 31. 2 y 3 del RCSP. Se ha de señalar que el RCSP precisa, en su Anexo I, los datos referidos a la adjudicación de los contratos que han de comunicarse al Registro de Contratos del Sector Público comunes para cualquier tipo contractual: tipo, año, Administración y órgano contratante; código identificador del contrato; lugar de ejecución; objeto y código CPV del mismo; indicación de la contratación por lotes, del contrato mixto, del acuerdo marco, del

El Registro de Contratos del Sector Público ha de facilitar el acceso a sus datos de modo telemático a los órganos de la Administración que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas y, en particular, a los competentes en materia de fiscalización del gasto o inspección de tributos, en la forma en que reglamentariamente se determine; sin perjuicio de que se posibilite el acceso público a la información que no tenga carácter confidencial y que no haya sido previamente publicada de modo telemático y a través de Internet, con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal.

En aquellos supuestos en que las Administraciones Públicas dispongan de Registros de Contratos análogos en su ámbito de competencias, la transferencia de datos mencionada puede ser sustituida por comunicaciones entre los respectivos Registros, una vez que el Ministerio de Economía y Hacienda determine reglamentariamente las especificaciones y requisitos para la sincronización de datos entre el Registro de Contratos del Sector Público y los demás Registros de Contratos.

El RCSP, aparte de regular en su capítulo II el régimen organizativo, contenido y procedimientos de inscripción y certificación del Registro, encomienda al Ministro de Economía y Hacienda la aprobación de la Orden Ministerial que acuerde la puesta en funcionamiento de la aplicación informática desarrollada al efecto (56), deber plasmado en la Orden 1490/2010, de 28

contrato complementario, de la publicidad en diarios, boletines o medios empleados, y fechas de publicación, y de la tramitación ordinaria, urgente o de emergencia; el procedimiento de tramitación; los importes del contrato (de licitación, de adjudicación, anualidades e importes unitarios, en su caso); el plazo de ejecución; el carácter plurianual; la revisión de precios establecida; el contratista; y las fechas de adjudicación y de formalización del contrato. Asimismo, el citado Anexo contiene la obligación de remitir determinados datos dependiendo de la modalidad contractual: en relación al contrato de obra, la fórmula o fórmulas de revisión de precios y la clasificación exigida; en cuanto a los concesiones de obra pública, las aportaciones públicas a la construcción y el plazo de la concesión; para los contratos de gestión de servicios públicos, las modalidades de contratación y las que determinan el importe del contrato y su duración; si se trata de contratos de suministro, el tipo, los precios unitarios y el país de origen de los productos adquiridos; para los contratos de servicios, la modalidad de determinación del precio y la clasificación exigida; para los contratos adjudicados por procedimiento negociado, la indicación del supuesto de aplicación que amparó el uso del procedimiento y el número de invitaciones cursadas. Los datos referidos a las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio del contrato que han de comunicarse al Registro estatal comunes a todo tipo contractual son el código identificador, el importe de la modificación o modificaciones, y la variación del plazo de ejecución; mientras que para los contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos se exige la constancia de la modificación del plazo de duración. Finalmente, los datos referidos al importe final y a la extinción del contrato que han de hacerse constar son: el importe final del contrato por todos los conceptos, referido al momento de su conclusión, la causa y fecha de resolución.

(56) Vid. disp. final octava del RCSP.

de mayo (57). Dicha norma contiene dos Anexos: el primero relativo a los formatos admisibles inicialmente para los documentos electrónicos aportados y el segundo a las especificaciones aplicables a los certificados electrónicos emitidos por el Registro.

La mencionada Orden articula, además, la puesta en funcionamiento de la aplicación informática que constituye el soporte operativo del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y su funcionamiento, así como los procedimientos necesarios para su utilización por los empresarios, los órganos de contratación —que podrán acceder en todo momento a las certificaciones del Registro relativas a las empresas que concurren a sus procedimientos de contratación en curso— y los demás interesados (58).

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acredita frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo (59).

Es conveniente puntualizar que el Registro estatal es compatible con los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas de las distintas Comunidades Autónomas, que acreditarán idénticas circunstancias a efectos de la contratación con las mismas, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.

Las solicitudes de inscripción y las comunicaciones dirigidas por los interesados al Registro exigen, como no podía ser de otro modo, la acreditación de la identidad de la persona que accede al mismo (60), materia regulada en la LPC, como ya se ha puesto de manifiesto en un epígrafe anterior.

(57) La Orden tiene como objetivo que el Registro se despliegue «*de modo totalmente electrónico y accesible a través de Internet por todas las partes interesadas, beneficiándose de este modo de la inmediatez y ubicuidad de este medio, así como de las tecnologías, interfaces y herramientas normalizadas de uso común en la sociedad actual, sin perjuicio de la posibilidad de expedición de certificaciones impresas en soporte papel cuando así se solicite por el interesado*».

(58) La Orden regula el acceso al Registro por los órganos de contratación y demás interesados en sus artículos 8 y 9 respectivamente.

(59) Vid. artículos 61.bis y 83 y ss. del TRLCSP.

(60) La acreditación de la identidad puede efectuarse mediante el uso del certificado electrónico del Documento Nacional de Identidad Electrónico, del certificado electrónico de persona física emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM), o de otro certificado electrónico expresamente aceptado para su uso en las relaciones de los interesados con el Registro.

Se ha de explicitar que, dado el carácter público de dicho Registro, la presentación de toda solicitud de inscripción —que ha de incluir la designación de la dirección de correo electrónico que el interesado elija para la recepción de las comunicaciones relativas a su tramitación o a las eventuales incidencias posteriores— lleva implícita la autorización para la consulta pública de los datos que se inscriban, consulta que podrá ser realizada en los términos establecidos en el TRLCSP, en el artículo 3 de la LRJ-PAC —precepto que tiene su equivalente en el mismo número de la LRJSP— y en las normas que desarrollen o complementen estos preceptos.

Los distintos documentos intercambiados entre los interesados y el Registro que nos ocupa, a excepción de los emitidos en soporte papel con carácter excepcional (61), son creados y transmitidos de modo electrónico posibilitando su uso por personas y por procesos automatizados, y su organización, archivo, recuperación y conservación con garantías de legibilidad a largo plazo. En consecuencia, pueden acceder al Registro todos aquellos que tengan interés legítimo en conocer sus pronunciamientos en la forma prevista en el artículo 37 de la LRJ-PAC cuyo contenido coincide con el número 13.d) de la LPC (62).

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado permite sustituir la presentación de las documentaciones a que se refiere el artículo 146.1 del TRLCSP por una certificación expedida por aquél, acompañada de una declaración responsable formulada por el licitador en la que se manifieste que las circunstancias reflejadas en el certificado no han experimentado variación; sin perjuicio de que los órganos y mesas de contratación puedan comprobar que los datos y circunstancias que figuran en la certificación siguen siendo coincidentes con los que recoja el Registro.

Por tanto, la expedición electrónicamente de la certificación por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado depende de que en los pliegos o en el anuncio del contrato no se disponga lo contrario; aunque

(61) La Orden prevé la posibilidad de aportar documentos en soporte papel o en forma electrónica y, en el primer caso, aquéllos han de ser digitalizados para su incorporación al Registro en tanto que, en el segundo, la autenticidad de los mismos debe ser garantizada mediante la incorporación de la firma electrónica, garantía también de integridad, proporcionada por quien los suscribe o emite, o mediante su comunicación directa y verificada desde su fuente. Las especificaciones de firma de los documentos han de ajustarse a lo dispuesto en los Reales Decretos 3/2010 y 4/2010, de 8 de enero, por los que se regulan respectivamente el Esquema Nacional de Seguridad y el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

(62) El artículo 13.d) de la LPC reconoce entre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración el de acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la LTBG y el resto del Ordenamiento Jurídico.

cuando los pliegos o el anuncio del contrato lo prevean, la incorporación del certificado al procedimiento podrá efectuarse de oficio por el órgano de contratación o por aquel al que corresponda el examen de las proposiciones solicitándolo directamente al Registro (63).

En definitiva, se observa como los distintos Registros ocupan un papel relevante respecto de la publicidad y la comunicación de datos relativos a la contratación pública, extremos en los que resulta clave la interoperabilidad. Constatada esta circunstancia, resta formular una conclusión final a modo de cierre.

III. CONCLUSIÓN FINAL

Hemos de partir de la aseveración de que el panorama normativo de la contratación pública electrónica se caracteriza, en estos momentos, por la novedad y la existencia de tareas legislativas pendientes.

Dejando al margen la incertidumbre que puede implicar la citada situación, lo cierto es que ésta constituye un reto para el legislador en aras a introducir cambios que supongan mejoras significativas respecto del régimen jurídico vigente, hasta la fecha, disperso e inconcluso.

Sin embargo y como se ha señalado en este trabajo, la plena implantación del contenido de la LAE en la contratación pública, y en un futuro de la LPC y la LRJSP, sigue pendiente. Habrá que esperar a la transposición del paquete normativo europeo para conocer si la legislación especial va a contener la regulación jurídica detallada de la materia, atribuyendo a la normativa general carácter supletorio, como hasta el momento, o si los distintos textos legales van a integrarse de manera coordinada. Resulta difícil vislumbrar un régimen jurídico unitario cuando, de entrada, la aprobación de la LPC y la LRJSP ya han generado una bifurcación en el camino.

Como se ha tenido ocasión de exponer, la normativa europea apuesta, en este ámbito, por la eliminación de cualquier barrera u obstáculo impeditivo de la interoperabilidad y de la fragmentación del mercado, objetivo que exige un marco jurídico eficaz que posibilite la implementación generalizada de las TICs en la contratación pública, el incremento de la transparencia y la corrección de la lacra de la corrupción en este sector.

(63) Vid. los artículos 19 y 20 del RCSP, que regulan los efectos de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas y las certificaciones relativas a las inscripciones respectivamente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2014): *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 373 pp.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2014): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 406 pp.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y VALERO TORRIJOS, Julián (coords.) (2014): *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 797 pp.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2009): «La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, pp. 43-54.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2008): «Las reglas de la contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 71 a 72, pp. 103-138.
- GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS Julián (coords.) (2010): *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 877 pp.
- GIMENO FELIU, José María (2010): «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», en *REDA*, núm. 147, pp. 517-535.
- (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Cizur Menor, Aranzadi, 237 pp.
- GIMENO FELIU, José María, TEJEDOR BIELSA, Julio y VILLORIA MENDIETA, Manuel (dirs.) (2016): *La corrupción en España: Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, D.L., 536 pp.
- GUICHOT REINA, Emilio (coord.) (2014): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 383 pp.
- MARTÍN DELGADO, Isaac: «Contratación pública versus Administración electrónica: hacia la plena aplicabilidad de la LAE en materia de contratación pública electrónica», en GIMENO FELIU, José María (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2010* (2010): Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 379-411.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén (2015): *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Valencia, Tirant lo Blanch, 291 pp.
- MERCHÁN MURILLO, Antonio (2016): *Firma electrónica: Funciones y problemática (Especial referencia al Reglamento [UE] n° 910/2014, relativo a la identificación electrónica por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 325 pp.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto y VÁZQUEZ GARRANZO, Javier (2014): *La factura electrónica en la actividad de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 310 pp.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (2014): «Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, pp. 1-19.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco (2009): *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 326 pp.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: (2011): «La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial para los entes locales», en *REDA*, núm. 186, septiembre-diciembre, pp. 53-89.
- VALERO TORRIJOS, Julián (2015): «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: una oportunidad para la innovación tecnológica», en ALMEIDA CERREDA, Marcos y MARTÍN DELGADO, Isaac (dirs.), *La nueva contratación pública*, Santiago de Compostela, Campus da Nube, pp. 29-46.

REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA ESCUELA PÚBLICA (*) (**)

MIGUEL ÁNGEL SANCHO GARGALLO

SUMARIO: I. POR QUÉ PLANTEARSE UN ESTUDIO SOBRE LA AUTONOMÍA EN LA ESCUELA PÚBLICA.– II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO, FUENTES Y METODOLOGÍA. III. PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO: 1. La educación como derecho humano fundamental. 2. El modelo constitucional de Estado autonómico y la organización del sistema educativo. 3. Naturaleza jurídica del centro escolar público. 4. Delimitación del concepto de autonomía aplicado a los centros educativos. 5. La regulación de la autonomía escolar en el Derecho español.– IV. ALGUNAS CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La cuestión que se plantea es hasta qué punto cabe la autonomía y, en consecuencia, una cierta diversidad y pluralismo entre los centros públicos. Y para ello se ve necesario analizar la naturaleza jurídica de la escuela pública, abordar el tema de la delimitación del concepto de autonomía y su realidad en los sistemas educativos; y, finalmente examinar la regulación de la autonomía en el derecho español vigente.

El estudio va a poner de manifiesto el alcance limitado de las afirmaciones de los textos normativos sobre la autonomía, y el equilibrio que ha de darse ante la consideración de lo público como ámbito de neutralidad pero a la vez de espacio que refleja la pluralidad de nuestras sociedades. A su vez la autonomía debe conjuntarse con el principio de igualdad que garantiza el libre acceso a la educación y la igualdad de oportunidades.

Palabras clave: autonomía; descentralización; competencia; personalidad jurídica; transferencia y control.

ABSTRACT: *The question that arises is to what extent it is autonomy and, consequently, a certain diversity and pluralism among public schools. And it is necessary to analyse the legal nature of the public school, address the issue of defining the concept of autonomy and its reality in educational systems; and finally examine the regulation of autonomy in the Spanish legal system.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 21 de enero de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de febrero de 2016.

(**) Este artículo recoge algunas reflexiones en torno a la Tesis Doctoral *La autonomía de la escuela pública*, defendida por su autor el 12 de marzo en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

The study will highlight the limited scope of the claims of normative texts on autonomy, and the balance to be given to the consideration of the public as an area of neutrality but also space that reflects the plurality of our societies. In turn autonomy must come together with the principle of equality that guarantees free access to education and equal opportunities.

Key words: autonomy; decentralization; competence; legal personality; transference; accountability.

I. POR QUÉ ABORDAR UN ESTUDIO SOBRE LA AUTONOMÍA EN LA ESCUELA PÚBLICA

La visión de la educación como derecho humano fundamental y su dimensión esencial de libertad deben llevar aparejadas la posibilidad de que exista en los sistemas educativos una variedad y pluralidad de centros que respondan a la libre elección de las familias, como establecen los tratados internacionales y nuestra Constitución. El principio de autonomía escolar haría posible esa libertad de elección en función de proyectos educativos variados.

La sociedad, hoy en día, con su complejidad, interculturalidad y globalización, demanda de sus sistemas educativos una pluralidad que refleje la variedad y, a la vez, permita una mayor adaptabilidad y personalización. La consecuencia es, por consiguiente, la necesidad de mayor autonomía y diversidad en los sistemas educativos.

Los informes internacionales y las investigaciones de los últimos años ponen de manifiesto que una mayor autonomía hace posible una mayor calidad de enseñanza y una mejora de los resultados, en la medida en que, unida a la rendición de cuentas, potencia una mayor implicación del profesorado y un liderazgo escolar que impulsa los procesos de mejora (1).

Las legislaciones de los países van siendo permeables a estas nuevas tendencias. Algunas ya han evolucionado, favoreciendo la descentralización y autonomía de la escuela. En otros países como España ha sido más reciente cuando se han operado unos cambios normativos que pretenden favorecer una mayor autonomía en los centros educativos.

(1) La OCDE, en su informe *Education at a Glance 2012*, dedica un apartado específicamente al tema de la autonomía, analizando en los diversos países quién, cómo y en qué materias se toman las decisiones.

Asimismo, la Comisión Europea, por medio de su Agencia Eurydice, pone de manifiesto la evolución actual de los sistemas educativos, al asignar una mayor importancia a la autonomía de la escuela para dar una respuesta a la creciente demanda de calidad y de adaptación a los entornos cambiantes (Eurydice 2008).

Ante la pertinencia de impulsar el principio de autonomía escolar, nos encontramos con que, tanto en la legislación como en la doctrina, ha sido poco precisada su dimensión jurídica. La misma conceptualización de centro educativo, su engarce dentro del Derecho de organización de la Administración, y el análisis jurídico de cómo inciden en él el marco competencial, las técnicas de transferencia, el control de la Administración y el principio de jerarquía al que se ve sometido, no han sido hasta la fecha objeto de un estudio suficientemente amplio y sistemático.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO, FUENTES Y METODOLOGÍA

Motivado por todo lo anterior, me planteé el objetivo de estudiar hasta qué punto cabía hablar de autonomía en el sistema educativo público, y particularmente en la escuela pública. Las declaraciones de las leyes y las recomendaciones internacionales enfatizan el papel de la autonomía en la educación, pero no se encuentra un estudio en profundidad de hasta dónde puede ser una realidad. Me propuse trazar una visión lo más completa posible, que fuese desde la justificación y fundamento de la autonomía escolar hasta su realidad en el sistema jurídico. Un primer título, que más tarde se modificó, fue «La estructura de organización de los centros públicos: autonomía y pluralismo en el sistema educativo español», que acertaba a plasmar la necesidad de profundizar en la naturaleza del centro educativo público, su estructura y organización, para valorar la autonomía que se puede predicar de él. Sin renunciar pues a estos planteamientos, el título de la tesis quedó formulado así: la autonomía de la escuela pública. Se trata de analizar en qué medida se da la autonomía en los centros públicos. Y para ello hay que precisar la naturaleza del centro educativo enmarcado en el sistema educativo español y en el derecho de organización, las características de lo público aplicadas a la educación y a la escuela, precisar el concepto de autonomía y finalmente abordar su régimen jurídico.

La formulación del objeto ha determinado las fuentes y metodología necesarias: un análisis, una reflexión lo más completa posible que nos permitiera dar una respuesta matizada a que se entiende por autonomía escolar y en qué medida se puede aplicar a los centros públicos. Se ha querido salir al paso de la excesiva simplificación cuando se habla de autonomía sin precisiones conceptuales y planteamientos más rigurosos acerca de su razón de ser, límites y posibilidades de desarrollo.

Ello ha supuesto una metodología variada. Después de revisar la bibliografía pertinente, se ha realizado un estudio de la legislación para analizar su evolución y la regulación actual (legislación y jurisprudencia). También se

han empleado los estudios comparados mediante la exploración de los sistemas educativos de algunos países, realizando visitas y estancias de trabajo en Inglaterra, Estados Unidos y Bélgica. La visión comparada ha resultado muy fructífera con vistas a determinar el alcance y relevancia que la autonomía escolar va adquiriendo como tendencia internacional.

La asistencia a varios simposios internacionales con el propósito de recabar información y participar en la reflexión sobre aspectos relacionados con la autonomía escolar, en el marco del derecho a la educación y las libertades educativas, se ha revelado muy clarificadora a la hora de contextualizar los problemas y abordarlos con la mayor profundidad posible.

Por último, pero no por ello menos importante, hay que resaltar el trabajo de campo para explorar la realidad del grado de autonomía de los centros con entrevistas a directores escolares tanto en España como en otros países.

III. PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO

1. La educación como derecho humano fundamental

Inicio la memoria con una reflexión sobre el sentido de la educación y su formulación en los tratados internacionales y en nuestra Constitución. No lo planteo solamente como una tarea meramente introductoria puesto que encuentro la última justificación de la autonomía escolar en la naturaleza del derecho a la educación, tal y como está formulado en la declaración de derechos humanos y en los tratados internacionales.

Entender así la educación: como derecho deber de prestación y derecho libertad, y atender a un sentido pleno de la libertad de enseñanza, lleva a poder plantear la posibilidad de que también el ámbito público sea permeable a que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» (art. 26,3 DUDH) (2).

Todo ello fundamentado en la citada Declaración de derechos humanos y en los tratados internacionales, que recogen esa dimensión de libertad para poder plantear la educación como desarrollo integral de la personalidad.

(2) Art 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos y libertades fundamentales, regulan el derecho a la educación. Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica el artículo 14 al derecho a la educación. En todos ellos —sobre todo en el art. 13,4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales— queda claramente formulada su doble configuración como derecho libertad y derecho prestación, y el papel de los poderes públicos como garantes del ejercicio del derecho a la educación.

Solamente desde la libertad se puede educar a la persona. De alguna manera educación y libertad viene a ser lo mismo. Este planteamiento está en armonía con nuestro art. 26 de la Constitución, puesto que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10, 2.CE).

No dejo de hacer mención de los diversos enfoques que ha tenido en la doctrina el alcance de la expresión «se reconoce la libertad de enseñanza», concluyendo con LÓPEZ-MUÑIZ lo acertado de la fórmula «derecho a la educación en libertad» y siguiendo al TC en STC 5/1981, cuando afirma, en el FJ 8º, que «es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral»; y en el FJ 9 que «esta neutralidad no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27, 3)» (3).

Del marco constitucional se deriva a su vez que el Estado cumple con su función de garante del derecho a la educación, bien promoviendo centros como titular de los mismos, o bien facilitando y permitiendo que la iniciativa privada, la propia sociedad, los cree y se responsabilice del servicio educativo como titular del mismo. Pues es la diversidad de centros lo que da sentido, a su vez, a la libre elección de los mismos.

El problema se presenta cuando es la misma Administración pública, la titular del centro educativo, quien se plantea cómo dotarlo de autonomía y, a la vez, preservar las características de lo público: espacio abierto a todos, que garantiza el acceso y la igualdad de oportunidades.

Como actividad y servicio esencial, y en cuanto derecho humano fundamental, la educación considera al Estado como un especial actor, con unos deberes que hagan posible su satisfacción, su ejercicio. En este punto se hacen unas precisiones sobre la expresión servicio público, que con frecuencia se predica de la educación. Si se entiende como actividad reservada, es clara-

(3) Sobre las diversas concepciones que ha tenido en la doctrina el alcance del principio de libertad de enseñanza ver por una parte, EMBID IRUJO (2001: p. 153), quien entiende la libertad de enseñanza como un «supra concepto que cubre tanto a la libertad de creación de centros docentes como a la libertad de cátedra». Por otra parte MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2007: p. 34) expresa una visión integradora e inseparable de las diversas facultades y derechos que emanan del artículo 27 CE. Para él, la dimensión libertad forma parte inseparable del derecho a la educación y, por lo tanto, este solamente puede ser ejercido en libertad, siendo garante el Estado de que se pueda acceder a la educación en libertad.

mente inapropiada esa expresión, al tener por objeto derechos y libertades fundamentales.

En la medida en que el principio de autonomía va a reflejar una manifestación de libertad y pluralidad, no tendría por qué encontrar una dificultad en el sistema público; y antes bien, expresará adecuación y conveniencia.

2. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO AUTONÓMICO Y LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO

Hemos planteado la educación como derecho humano fundamental y la misión del Estado como garante del ejercicio de los derechos y deberes que se desprenden de su regulación en nuestra Constitución. Pasemos ahora a considerar cómo el Estado organiza y sistematiza el servicio educativo. Fundamentalmente, nos interesa analizar quién tiene las competencias en educación, y cómo afecta a la organización del sistema educativo el modelo constitucional de Estado autonómico, con el fin de situar al centro educativo dentro del sistema de organización de la Administración pública. Así podremos abordar más directamente el tema objeto de nuestro estudio, tratando de analizar con más detalle las características del centro educativo público.

Con relación a la regulación del reparto de competencias entre el Estado y las CCAA nuestra Constitución en el art. 149, 3 establece un sistema de clausula residual para el Estado: lo que no está asignado expresamente en los estatutos de autonomía es competencia del Estado (ARAGÓN REYES 2013: p. 193). Pero antes ha previsto que las materias no atribuidas al Estado por nuestra Constitución podrán corresponder a las CCAA, en virtud de sus respectivos estatutos. SÁNCHEZ MORÓN (2012: p. 319), habla de doble clausula residual y SANTAMARÍA PASTOR (2009: p. 487) dice que presenta un carácter doblemente abierto. Ambos autores coinciden en calificar el sistema de conflictivo, impreciso o especialmente complejo.

El principal artículo que regula las competencias exclusivas del Estado en educación es el 149,1, 30 de la CE. Por ello aunque sea brevemente expondré su alcance por la relevancia que tiene para nuestro estudio. Y cito textualmente:

«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».

Contempla, en primer lugar, una competencia básica, normativa, de regulación por lo que se refiere a la obtención de los títulos y, a su vez, también competencias ejecutivas con relación a su expedición.

Contiene también la competencia para las normas básicas con relación al desarrollo del art. 27 de la Constitución; es decir, de todo el haz de derechos y deberes que se desprenden de su articulado. Hay que destacar que no menciona genéricamente el derecho a la educación, sino que, al citar el art. 27, contempla el desarrollo del variado contenido que regula.

Y en tercer lugar hace referencia a que las competencias estarán orientadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado recogidas en el art. 27, que establece un sistema prestacional del que es garante.

Así, como acabamos de ver, la Constitución establece en materia de educación una competencia compartida. Al Estado corresponde dictar la legislación básica en relación con el sistema educativo y el derecho a la educación consagrado en el art. 27 de la Constitución. A partir de esa normativa básica, las CCAA podrán desarrollarla para sus territorios y encargarse de la ejecución u organización del sistema educativo.

A veces no resulta fácil la determinación de lo básico. El TC en STC 69/1988 exigió que se indicase expresamente en la ley estatal los preceptos que tuviesen esa consideración. Podemos decir que, el ámbito de lo básico puede justificarse por un criterio positivo de favorecer la unidad y el interés general y, particularmente, hacer posible el principio de igualdad; y otro negativo: la capacidad normativa de las CCAA debe ser respetada y no mermada por una excesiva actitud uniformadora.

No nos extendemos más en el reparto competencial, pero debemos hacer referencia a la STC 111/2012 que trata de recoger gran parte de la jurisprudencia en esta materia. Tan solo diremos que cuando se ha planteado la invasión de competencias por parte de alguna CCAA, el TC tiende a realizar una interpretación conforme, forzando de alguna manera el significado de las palabras para hacer que convivan con la Constitución.

3. Naturaleza jurídica del centro escolar público

Delimitado el ámbito competencial de las CCAA, les corresponde pues a estas, la titularidad de las competencias educativas que se recogen en sus Estatutos. En virtud de esas competencias la Comunidad Autónoma crea el centro educativo, le asigna el ejercicio de una serie de competencias de las que sigue siendo titular la CA, al ser la organización personificada a la que pertenece. Esto lleva consigo que los centros educativos públicos estén sometidos al principio de jerarquía, más o menos atemperado en función del tipo de delegación o control que se establezca con relación a las competencias que se les asignan, como más adelante veremos.

Centrados en la escuela pública, para delimitar la posibilidad y el alcance de su autonomía debemos, por una parte, analizar su naturaleza jurídica desde

el derecho de organización, y, por otra, tratar de delimitar qué se entiende por autonomía, concepto complejo, cuando lo aplicamos a la educación.

Con relación a la primera cuestión, no hemos encontrado una definición conceptual de la escuela pública. Del estudio realizado deducimos que cuando una Comunidad Autónoma crea un centro educativo, le transfiere una serie de competencias de las que sigue siendo titular la Comunidad Autónoma, al ser la organización personificada a la que pertenece el centro.

En este apartado hemos identificado a los centros educativos como entes de naturaleza institucional y se ha razonado su adecuación a la figura de los establecimientos públicos, aunque hoy día no se encuentra recogida en nuestro derecho. Esa expresión refleja a nuestro juicio, más certeramente, la naturaleza de una Administración de servicios, al expresar la idea de unos medios (recursos y personas) asignados a la realización de un fin o servicio (el educativo).

El derecho de organización nos va a permitir analizar con más detalle el centro público, sirviéndonos de los conceptos de competencia, transferencia, desconcentración, control y tutela; aunque no siempre están tratados en la doctrina de manera homogénea (4).

El análisis realizado nos permite concluir que el hecho de la personificación no supone en sí el ejercicio de competencias. Que el hecho de que el centro educativo no tenga personalidad jurídica no es lo determinante, pues se le han podido transferir por desconcentración y en ese caso las ejerce en nombre propio; o por delegación, o sea en nombre y por cuenta del delegante. Lo determinante va a ser el grado de control al que está sometido por el principio de jerarquía y cómo este se atempera por la asignación normativa de competencias que se le transfiera.

4. El concepto de autonomía aplicado a los centros educativos

Procedamos ahora a precisar que se entiende por autonomía aplicada a los centros educativos abordando tres tareas.

En primer lugar hemos deslindado el principio de autonomía de otros principios como el de participación, con el que a veces se ha confundido o justificado; o con los principios propios de Estado de Derecho, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, entre ellos, del derecho a la educación. El principio de autonomía es concorde con la pluralidad que caracteriza lo público, sin que puedan darse imposiciones o exclusiones de

(4) Para una mayor precisión terminológica de dichos conceptos hemos citado, entre otros autores, a GALLEGO ANABITARTE (1990, 2001), DE LA VALLINA Y VELARDE (1964), SANTAMARÍA PASTOR (2009), PARADA (2010) y SÁNCHEZ-MORÓN (2012).

unos sobre otros, según exige el principio democrático, que constituye al pueblo como soberano.

De ahí que la vida democrática y el juego de mayorías y minorías que conforman la vida social configuren el espacio público como espacio de todos. En este sentido, PRIETO ÁLVAREZ (2010: p. 218) afirma que lo que realmente caracteriza al espacio público es precisamente que es público: un espacio compartido y plural (que no es lo mismo que neutro) que da acogida a cuantas actuaciones, tendencias e ideologías de los ciudadanos resulten acordes con el ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende bien el alcance que posee el principio de la autonomía escolar en una sociedad informada por el principio democrático. Precisamente la autonomía de la escuela pública va a permitir que esta refleje la variedad y pluralidad social, los valores y preferencias de los ciudadanos que acceden al sistema público de educación. Este se configura como un espacio que respeta las convicciones de las personas, ya que forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación.

El principio de autonomía escolar encuentra su razón de ser en la capacidad de los centros de enseñanza para poder adaptar los proyectos educativos y gestionarse por sí mismos, facilitando así una mayor personalización de la enseñanza de acuerdo con la variedad de entornos sociales y las características personales de los sujetos educativos.

Con relación al principio de calidad de enseñanza lo más relevante es cómo la autonomía puede, con un adecuado liderazgo, activar el sentido de responsabilidad del profesorado y de todos los miembros de la comunidad educativa implicándoles en el proyecto educativo, de forma que asuman el papel que les corresponde con iniciativa.

Liderazgo y autonomía están interrelacionados. Para poder ejercer un liderazgo efectivo se precisa autonomía; y una autonomía que no vaya acompañada de un liderazgo que la asuma resulta estéril.

En segundo lugar, una visión de la autonomía escolar desde los informes internacionales que la hacen objeto de estudio y muestran su evolución nos ha permitido precisar cómo es formulada y evaluada; autonomía entendida como capacidad de tomar decisiones en los principales ámbitos de la tarea educativa: pedagógicos, recursos materiales y personales, y organización y gestión. Nuestro país se encuentra en el grupo de los 12 países de la OCDE que menos autonomía tienen, particularmente en lo que se refiere a la autonomía de personal.

En tercer lugar, una mirada desde la educación comparada nos permite apreciar cómo los sistemas educativos de nuestro entorno, y otros que han

abordado la autonomía con más profundidad, han regulado y aplicado la autonomía escolar, o bien qué postura han adoptado ante los diversos problemas que se plantean. En ese sentido se observa una tendencia internacional a valorar la autonomía como un principio positivo, relacionándolo con la calidad y extendiéndolo al ámbito público. Inglaterra con las *academy* y las *free school* y Estados Unidos con las *charter school* constituyen un claro ejemplo de ello.

5. La regulación de la autonomía escolar en el Derecho español

Una vez delimitados los aspectos básicos en torno a los conceptos de educación, centro educativo público y autonomía, se analiza cómo se encuentra regulada la autonomía escolar en el Derecho español. Para ello, se inicia el estudio con una visión histórica de las leyes que han ido dando forma a nuestro sistema educativo. Se trata de determinar hasta qué punto —en la medida que se ha ido organizando el propio sistema público— se le ha dotado o no de una cierta autonomía, pues, en principio, la idea de regulación y normativización del sistema educativo parece indicar lo contrario a autonomía. En nuestra experiencia, este proceso de sistematización se fue realizando durante el siglo XIX, no mostrándose el término «autonomía» aplicado al ámbito escolar en una ley hasta bien entrado el siglo XX.

Adviértase pues, que estamos enfocando la autonomía escolar desde la existencia de un sistema educativo regulado por el Estado, del cual es garante, para precisar en qué medida el centro público tiene autonomía.

Otras formas de autonomía podrían plantearse. Si se me permite una referencia personal a mi abuelo materno Ángel Gargallo Salas, maestro de Urrea de Gaén, en una reciente publicación sobre su persona y labor educativa, se narra que, con escasez de medios, practicaba una enseñanza personalizada a sus alumnos (5). Con una más que notable autonomía, organizaba clases en las eras al aire libre para comprender con más profundidad la naturaleza o sabía sacar partido a la biblioteca que la República le había donado al adscribirse a la Institución Libre de enseñanza.

No es a esta autonomía a la que me refiero, aunque bien podría servir para impulsar la profesionalidad y motivación de los docentes a que descubran y estimulen el talento de cada alumno.

Las leyes educativas no son las únicas que afectan a la autonomía, por lo que, antes de proceder al estudio de su régimen jurídico en el Derecho

(5) BLASCO CASORRÁN, Silvia y TENA PÉREZ, Jesús (2013) *La escuela en Urrea de Gaén*, Rujar: miscelánea del Centro de Estudios Bajo Martín, n° 14, págs. 173-191

español, se tratan los condicionantes de la autonomía escolar derivados del régimen jurídico general de la Administración pública. Es decir, se abordan las materias del Derecho presupuestario, de la función pública y de los bienes públicos en la medida en que delimitan el grado de autonomía del que puede gozar un centro público, en cuanto órgano que forma parte de la Administración pública.

Analizado el marco normativo, se examina el régimen jurídico actual de la autonomía de los centros docentes públicos. Se estudia en detalle la regulación jurídica que establece la LOE de 2006 y su reciente modificación por la LOMCE en 2013, junto con las normas dictadas por las CCAA, para poder apreciar hasta qué punto hay autonomía escolar en los centros públicos.

La LOMCE, al regular la autonomía, mantiene gran parte de los artículos de la LOE, reproduciendo textualmente los dos primeros apartados del art. 120 que contienen las disposiciones generales sobre los diversos campos en los que los centros educativos podrán disponer de ella.

«1. Los centros dispondrán de autonomía pedagógica, de organización y de gestión en el marco de la legislación vigente y en los términos recogidos en la presente Ley y en las normas que la desarrollen.

2. Los centros docentes dispondrán de autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del centro».

En la nueva redacción del apartado 4º del mencionado artículo se realiza una enumeración de los posibles campos donde los centros pueden concretar su autonomía:

«4. Los centros, en el ejercicio de su autonomía, pueden adoptar experimentaciones, planes de trabajo, formas de organización, normas de convivencia, ampliación del calendario escolar o del horario lectivo de áreas o materias, en los términos que establezcan las Administraciones educativas y dentro de las posibilidades que permita la normativa aplicable, incluida la laboral, sin que, en ningún caso, se impongan aportaciones a las familias ni exigencias para las Administraciones educativas».

Adviértase la expresión «en los términos que establezcan las Administraciones educativas» pues va a exigir, para que puedan los centros ejercer su autonomía, una regulación previa de las CCAA, ordenadora de los términos en los que poder ponerla en práctica.

Con relación a la autonomía pedagógica, la LOMCE quiere que las Administraciones promuevan la especialización curricular en los Institutos de Educación Secundaria, los cuales incluirán sus singularidades curriculares y de organización en su proyecto educativo (art. 121.7). Dicho proyecto educativo

debe incluir los aspectos específicos que definen el carácter singular del centro (art. 121.8).

En este punto, son aportaciones novedosas de la LOMCE la figura de las acciones de calidad, reguladas en un nuevo artículo, el 122.bis. Por la expresión «acciones de calidad», parece entenderse un tipo de acción integral de carácter estratégico plasmada en un proyecto de calidad competitivo para el que se dotará al centro de autonomía con relación a la gestión de los recursos humanos, financieros y materiales, aunque su alcance sea más de propuesta que de capacidad de decisión.

La novedad de la LOMCE surge también a efectos de la determinación de la distribución de competencias regulada en el art. 6 bis. Las asignaturas se reúnen en tres grupos: troncales, específicas y de libre configuración autonómica. En función de ellas se distribuyen las competencias entre las administraciones y los centros. Al gobierno corresponde el

«diseño del currículo básico, en relación con los objetivos, competencias, contenidos, criterios de evaluación, estándares y resultados de aprendizaje evaluables, con el fin de asegurar una formación común y el carácter oficial y la validez en todo el territorio nacional de las titulaciones a que se refiere esta Ley Orgánica (art. 6. 1. e.)».

También es competencia del gobierno, con relación a las materias troncales, establecer los contenidos comunes, los estándares de evaluación del aprendizaje y el horario lectivo mínimo. Por lo que se refiere a las específicas, se limita a determinar los estándares de aprendizaje evaluables (art. 6 bis 2, a). En lo referente a las evaluaciones finales de la ESO y bachillerato, le corresponde determinar los criterios de evaluación y el diseño y las características de las pruebas (art. 6. bis. 2. b).

Por lo que se refiere a las competencias de los centros, el art. 6. bis 2 d) establece que:

«Dentro de la regulación y límites establecidos por las Administraciones educativas de acuerdo con los apartados anteriores, y en función de la programación de la oferta que establezca cada Administración educativa, los centros docentes podrán:

- 1) Completar los contenidos de los bloques de asignaturas troncales, específicas y de libre configuración autonómica, y configurar su oferta formativa.
- 2) Diseñar e implantar métodos pedagógicos y didácticos propios.
- 3) Determinar la carga horaria correspondiente a las diferentes asignaturas».

Asimismo, se fijará un horario lectivo mínimo correspondiente a las materias troncales, en cómputo global para la etapa de primaria, secundaria obligatoria y cada uno de los cursos de bachillerato, no siendo inferior al 50% del horario lectivo fijado por cada comunidad autónoma (art. 6 bis. 2. e).

Este artículo viene a modificar lo que se establecía en el art. 6 de la LOE, donde se regulaban las enseñanzas mínimas cuyos contenidos básicos no podían ser inferiores al 55% del horario lectivo en las CCAA con lengua cooficial y del 65% en el resto.

Poco aporta la LOMCE con relación a las normas de organización y funcionamiento: se limita simplemente a añadir la palabra convivencia en el título del art. 124 de la LOE y amplía su contenido referente a normas de conducta en los centros e introduce la posición de los profesores como autoridad pública. En lo que afecta propiamente al área de autonomía de organización, se limita a repetir lo que ya decía el art. 124.4 LOE: «Las Administraciones educativas facilitarán que los centros, en el marco de su autonomía, puedan elaborar sus propias normas de organización y funcionamiento».

Por lo que se refiere a la dirección de personas, la vaguedad que presenta la declaración general de que el director tendrá la competencia para adaptar los recursos humanos del centro a las necesidades que lleven consigo las acciones de calidad, genera en la práctica numerosas limitaciones. Por una parte, se reduce su competencia a establecer requisitos de «méritos y requisitos específicos para los puestos ofertados» en el centro; por otra, se le faculta para proponer la continuidad del personal que está desarrollando tareas dentro de los planes de acciones de calidad.

Aun cuando no cabe negar los deseos de avanzar en la dirección de una mayor autonomía, lo cierto es que, hoy por hoy, esta ofrece muy escaso recorrido, dada la normativa reguladora y, particularmente, la condición funcional del docente, regulada por el Estatuto Básico del Empleado Público.

Todo ello nos lleva a dar una respuesta más bien negativa a la cuestión de si las afirmaciones de la exposición de motivos de la LOMCE que enfatizaban la importancia de la autonomía de los centros estaban en consonancia con el texto legal. La nueva regulación que se ha introducido tiene, como hemos visto, un alcance bastante limitado en lo que se refiere a otorgar más capacidad de decisión a los centros educativos.

Por otra parte, las diversas afirmaciones de que «... las Administraciones educativas potenciarán y promoverán la autonomía de los centros...» (art. 120.3), o que «...podrán delegar en los órganos de gobierno de los centros públicos las competencias que determinen, incluidas las relativas a gestión de personal, responsabilizando a los directores de la gestión de los recursos puestos a disposición del centro» (art. 123.5), apenas han supuesto una mayor autonomía en los centros.

El recorrido efectuado por la gran mayoría de los desarrollos normativos elaborados por las CCAA así lo ha puesto de manifiesto. Salvo alguna excepción, como la Comunidad de Madrid en lo que se refiere a la autonomía

pedagógica (6) o Cataluña en autonomía de personal (7), los gobiernos regionales se han limitado a reproducir las declaraciones generales de autonomía que ya aparecían en la LOE o no han desarrollado hasta la fecha algunas de las nuevas posibilidades que ha regulado la LOMCE, particularmente en lo que se refiere a la oferta educativa autonómica. De hecho, como se ha venido exponiendo en este trabajo, el problema tiene raíces más hondas y no se

(6) ORDEN 3814/2014, de 29 de diciembre, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, por la que se desarrolla la autonomía de los centros educativos en la organización de los planes de estudio de Educación Primaria en la Comunidad de Madrid. En su art. 2 establece que:

1. El plan de estudios o currículo, la organización y el horario semanal de la Educación Primaria en la Comunidad de Madrid son los establecidos con carácter general por el Decreto 89/2014, de 24 de julio, y por la normativa que lo desarrolle.

2. No obstante, en el marco de la regulación y límites definidos en el Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria y el Decreto 89/2014, de 24 de julio, los centros docentes podrán:

a) Ampliar el horario lectivo de cualquiera de las áreas, sin reducir el horario asignado a las demás áreas, siempre que ello no suponga imponer aportaciones de las familias ni exigencias para la Administración.

b) Complementar los contenidos de las asignaturas troncales, específicas y del área de libre configuración autonómica Tecnología y recursos digitales para la mejora del aprendizaje, establecidos en los anexos I, II y III del citado Decreto 89/2014, de 24 de julio.

c) Distribuir por cursos los contenidos, los criterios de evaluación y los estándares de aprendizaje evaluables de las asignaturas específicas así como los estándares de aprendizaje evaluables de la Primera Lengua Extranjera.

d) Diseñar e implantar métodos pedagógicos y didácticos propios.

e) Ofrecer como asignatura específica una segunda lengua extranjera, en lugar de o además de Educación Artística, siempre que dispongan de recursos propios y profesorado con la titulación adecuada.

f) Ofrecer algún área del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica, que podrá ser del bloque de asignaturas específicas no cursadas, de profundización o refuerzo de las asignaturas troncales o Tecnología y recursos digitales para la mejora del aprendizaje. En el caso de profundización o refuerzo, el currículo de referencia será el de las asignaturas troncales, con las adaptaciones adecuadas a las necesidades de los alumnos.

(7) Por lo que se refiere a la autonomía en la gestión de personal, es en Cataluña donde encontramos una regulación más avanzada. Recientemente, la Generalitat ha aprobado el Decreto 39/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan los procedimientos para definir el perfil y la provisión de los puestos de trabajo docentes. El art. 27 establece que:

«los directores de los centros educativos públicos pueden proponer, como continuidad o nueva incorporación, entre los que forman parte de la bolsa de trabajo de personal interino docente, el nombramiento del personal interino, con la conformidad de las personas interesadas, siempre que reúnan los requisitos exigidos en la plantilla docente y tengan acreditada una experiencia mínima docente de 12 meses en centros educativos públicos, con evaluación positiva».

También el art. 28 con relación al nombramiento de sustitutos docentes prevé que el director del centro educativo público pueda seleccionar —de acuerdo con las condiciones, criterios y procedimiento que establezca la dirección general competente en materia de profesorado— al personal interino docente para cubrir sustituciones temporales en el centro educativo público.

soluciona con las reiteradas declaraciones generales de autonomía efectuadas por las distintas administraciones educativas.

Sin embargo, lo que parece que se está implantando en otros países con sistemas educativos avanzados es el reconocimiento de una autonomía con recursos adaptados a las necesidades de los centros, un liderazgo efectivo que asuma esa autonomía y acierte a motivar al equipo docente en torno a un proyecto educativo que contemple unos estándares de calidad, y un sistema de rendición de cuentas que estimule procesos de mejora continua.

Por último, se plantea, más allá de la actual estructura jurídica del centro y su inserción en la Administración, analizar qué otras fórmulas existen en la Administración para la prestación de servicios; y, en un último apartado, realizar una serie de consideraciones sobre las tendencias en el modo de organizar los servicios de interés general, en una nueva concepción de la delimitación entre lo público y lo privado, que responde a una diferente posición del Estado ante la sociedad.

Se trataría de buscar fórmulas en las que el Estado sea garante del servicio, velando por el interés social y, a la vez, permitiendo que la iniciativa social adquiera un peso mayor. Es lo que se ha venido en llamar «regulación en competencia horizontal», abandonando posiciones de dominio en la titularidad de los servicios de interés general; pero, a la vez, garantizando la efectividad del derecho social que es la educación, pues no siempre nuestras sociedades persiguen como resultado final el bien común (ESTEVE PARDO: 2013).

Dentro del marco actual de nuestra legislación, se plantea la posibilidad de que las fundaciones públicas asuman ese papel, dotando de un revestimiento jurídico flexible a la actividad educativa y permitiendo una mayor autonomía en la contratación, en el régimen del personal y en lo económico. Dichas fundaciones podrían ser constituidas por las CCAA en función del desarrollo de determinados proyectos educativos, permitiendo una mayor variedad de los mismos y, por lo tanto, dando entrada a una realidad plural en la oferta educativa pública.

Ello vendría justificado por la diversidad de la demanda como consecuencia de la transformación de nuestras sociedades. La interculturalidad, la variedad de legítimos intereses y una igualdad de oportunidades acorde con las personales preferencias hacen necesaria hoy en día una oferta más plural desde el ámbito de lo público (8).

(8) MARTÍN-RETORTILLO (2007: p. 354) se plantea si es posible y razonable un sistema educativo a la carta, donde cada uno de los padres quiera una educación diferente para sus hijos. Su respuesta es que «el derecho de los padres tiene que conjuntarse con la responsabilidad del Estado de asegurar la enseñanza para todos, así como el derecho de los niños a la educación».

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las principales razones que subyacen al principio de autonomía escolar se basan precisamente en la consideración de la educación como derecho fundamental. La persona constituye el centro de los procesos educativos: de ahí la necesidad de un marco de personalización, adaptación y respeto a los diversos entornos culturales en los que tiene lugar la tarea educativa.

En una sociedad informada por el principio democrático, el alcance del principio de autonomía escolar reviste una importancia primordial, puesto que refleja la variedad y la pluralidad social. El sistema público de educación se convierte en un espacio, en el que los ciudadanos ejercitan sus valores y preferencias, y que garantiza el respeto a sus convicciones particulares.

De ahí que el sistema educativo —tanto el público como el privado— haya de estar regulado conforme a los principios que emanan del derecho a la educación como derecho fundamental. Tanto la configuración del sistema como la estructura jurídica del centro educativo público deben hacer posible el principio de autonomía escolar.

El principio de autonomía aplicado al ámbito educativo es un concepto complejo que puede adquirir diversos significados. El análisis y el seguimiento de las actuales tendencias internacionales se centran especialmente en la autonomía como capacidad de toma de decisiones.

Nuestra legislación carece de una definición del centro educativo público. A partir de lo expuesto a lo largo de este trabajo, cabría definirlo como establecimiento público, unidad desconcentrada a la que se han transferido competencias educativas, cuya titularidad sigue correspondiendo a la Comunidad Autónoma, dada su condición de organización personificada a la que pertenece.

Se trate o no de una organización personificada, la estructura y funcionamiento del centro educativo público dependerán de las competencias y recursos asignados por la Administración que lo crea con vistas a la tarea que ha de desempeñar: en este caso, el servicio educativo.

No cabe, a nuestro juicio, una simple visión piramidal de la organización con una jerarquía vertical. Las características de la tarea educativa hacen del centro educativo el centro de gravedad. Puesto que es en él donde se desarrolla el servicio educativo, la organización y la normativa que lo regule deben ser permeables a esta realidad. De ahí la conveniencia de retomar la figura del establecimiento público —el cual refleja más adecuadamente la actividad de los servicios que se llevan a cabo— como conjunto de medios materiales y personales en torno a un proyecto y una misión educativas.

Por lo que se refiere a la capacidad de decisión, la autonomía del centro público depende en buena medida del marco aplicable tanto de las leyes

educativas como de otras leyes reguladoras de la esfera pública que la condicionan. En este sentido, se pone de manifiesto que las leyes de educación recogen una declaración genérica de autonomía que no ha ido acompañada en la práctica de una implantación real por parte de los gobiernos regionales, a los que corresponde la mayor parte de las competencias.

Son dos las razones fundamentales que determinan que la regulación de las CCAA aporte escasos avances y concreciones a la autonomía de los centros. Por una parte, la legislación básica, a la que está supeditada el desarrollo normativo realizado por cada Comunidad, y el marco normativo de derecho público vinculante a todo órgano de la Administración y, por lo tanto, también a los centros educativos públicos. Por otra, el hecho de que las CCAA se hayan limitado a reiterar lo establecido por la LOE en relación con la autonomía, en ocasiones repitiendo literalmente las formulaciones de los artículos: salvo alguna excepción, las CCAA no han delegado en los centros una mayor competencia en la toma de decisiones. En realidad, es en el ámbito pedagógico donde hallamos los avances más significativos. Esta situación pone de manifiesto la falta de voluntad política por parte de las Administraciones, que han optado por mantener los mecanismos de control a priori que les ofrece la legislación. A todo ello hay que añadir la falta de una cultura y una tradición por parte de los centros públicos que les lleven a asumir o perseguir esa autonomía aprovechando los discretos márgenes que permite la normativa.

La LOE y las modificaciones introducidas por la LOMCE en materia de autonomía se limitan a mencionar la competencia de los órganos directivos del centro escolar para definir el perfil profesional que se requiere, pero no facultan para la selección de personas. Es el propio personal el que circula por el sistema educativo con arreglo a unos criterios que no siempre se identifican con los que condicionan la eficiencia de una organización de personas: la idoneidad profesional para el puesto que se ha de desempeñar y su grado de compromiso e identificación con la organización. Precisamente este ámbito podría permitir una mayor flexibilidad en el sistema educativo con vistas a hacer efectivo el liderazgo, pues afecta al punto más sensible y que más repercusión ofrece en la educación: la idoneidad del profesorado. Sin duda, es este uno de los mayores desafíos que tiene planteada la educación. La necesaria regulación del Estatuto de la función docente —una tarea que aún se halla pendiente— podría constituir una ocasión para avanzar en esta línea.

La naturaleza jurídica del centro público como unidad administrativa des-concentrada de la Administración, sin personalidad jurídica independiente, dificulta en buena medida la capacidad real de toma de decisiones de manera autónoma. De ahí la conveniencia de buscar otras formas jurídicas dentro del sistema público que —en la línea de las *charter school* o las *free school*—

permitan una mayor autonomía de organización en los aspectos esenciales: la gestión de personas y la capacidad de asumir proyectos propios.

En uso de las competencias en educación derivadas de la descentralización, se abre ante la Administración autonómica la posibilidad de organizar su sistema educativo autorizando a determinados grupos de escuelas, que —por la singularidad de su proyecto o por su carácter innovador o experimental— precisen una mayor autonomía en su gestión, a adoptar determinadas personificaciones como, por ejemplo, las fundaciones públicas. Estas deberían respetar siempre la legislación básica y orgánica existente, a no ser que el propio Estado, a través de ley orgánica, estableciese para dichos centros un régimen jurídico especial.

En cualquier caso, los motivos que justificaran dichos centros deberían ser claros y proporcionados a la figura que se desea adoptar. La diversidad de proyectos se debería plantear con arreglo al principio de apertura del espacio público, si bien podrían establecerse determinadas prioridades en función de los objetivos, tales como la discriminación positiva encaminada a compensar desigualdades. En definitiva, la autonomía escolar debe responder siempre al interés general que preside el sistema educativo público.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M. (2013): «Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, pp. 191-199.
- DE LA VALLINA VELARDE, J.L. (1964): *Transferencias de funciones administrativas*, Madrid, Institutos de Estudios de Administración Local. 189 pp.
- EMBID IRUJO, A. (2001): *La libertad de creación de centros de enseñanza y potestades administrativas de supervisión y control*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 147-220.
- ESTEVE PARDO, J. (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Madrid, Marcial Pons, 205 pp.
- GALLEGRO ANABITARTE, A. (2001): *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Madrid, Marcial Pons, 212 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2007): «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, pp. 267-355
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (2007): «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los derechos fundamentales en la educación*. Madrid, pp. 17-78.

- PARADA, R (2010) *Derecho Administrativo II*. Madrid, Marcial Pons, 599 pp.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2010): *Libertad religiosa y espacios públicos*, Pamplona, Cívitas, 263 pp.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012): *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 954 pp.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009): *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, 742 pp.
- EURYDICE (2008): *La autonomía escolar en Europa. Políticas y medidas*, Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, 63 pp.
- OCDE (2012): *Education at a Glance*. http://www.oecd.org/edu/EAG%202012_e-book_EN_200912.pdf

CRÓNICAS

UNA APUESTA POR LAS POLÍTICAS SOCIALES EN LOS PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2016 (*)

OLGA CARRERAS MANERO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2016: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.

RESUMEN: En el presente artículo se lleva a cabo un análisis del contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2016, distinguiendo, a estos efectos, entre la parte correspondiente a los estados financieros de dicha Ley (relativos a los gastos y a los ingresos) y la parte dispositiva (el articulado). Asimismo, se destacan las principales novedades que presenta la citada norma respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2015.

Palabras clave: Ley de Presupuestos 2016; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2016. 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 2015 Budget.

Key words: 2016 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha venido destacando a lo largo de anteriores comentarios de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (1), y así lo

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 15 de marzo de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 14 de abril de 2016.

(1) A este respecto, pueden consultarse, entre otros, los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2014 y 2015, realizados por DE MIGUEL ARIAS, S., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: en los números 43-44 (2014) y 45-46 (2015), respectivamente, de la presente Revista.

ha manifestado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones (2), el Presupuesto constituye una institución característica del sistema democrático y un instrumento esencial de cualquier organización política. De acuerdo con ello, podemos afirmar que la aprobación anual de dicha Ley por cualquier ente público —en lo que ahora nos atañe, la Comunidad Autónoma de Aragón— se erige, como no podría ser de otro modo, en una de las actuaciones normativas de mayor trascendencia.

De hecho, la idea ahora puesta de relieve queda confirmada, a su vez, por un *doble motivo*: en primer término, porque la referida Ley constituye —a tenor de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional— uno de los principales aspectos en que se manifiesta el contenido *mínimo, esencial e inderogable* de la autonomía financiera prevista para toda Comunidad Autónoma (3); y, en segundo lugar, porque la Ley en cuestión representa el instrumento básico de ordenación económica y la norma *vertebradora* de la actividad financiera de nuestra Comunidad durante un período anual.

Siendo esto así, y una vez expuestas las anteriores observaciones, el presente trabajo afronta, como en años anteriores, el estudio del contenido que presentan los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el 2016, realizándose, a tal fin, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos correspondientes al ejercicio precedente (2015).

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que ha resultado necesario utilizar el mecanismo de la prórroga presupuestaria en el supuesto que ocupa nuestra atención, habiéndose realizado la susodicha prórroga para el ejercicio 2016 de los Presupuestos vigentes en el ejercicio 2015. En este sentido, el referido mecanismo se encuentra previsto en distintas disposiciones normativas (4), si bien es preciso recordar la conveniencia de efectuar la aprobación de los Presupuestos autonómicos con anterioridad al 31 de diciembre de cada año, de conformidad con el mandato recogido en el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (5). En concreto, la citada prórroga —que se produce de forma automática— y las condiciones generales de la misma fueron objeto de aprobación a través de la Orden de 30 de diciembre de 2015, del Departamento de Hacienda y Administración Pública (6).

(2) Sentencia 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 17 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

(4) Como en el artículo 11.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

(5) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(6) Publicada en el BOA núm. 251, de 31 de diciembre de 2015.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2016

Continuando con la línea trazada desde el año 1983, los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio en curso —aprobados por la Ley 1/2016, de 28 de enero (7)— presentan una estructura esencialmente idéntica a los presupuestos de otros Entes territoriales, como las Corporaciones Locales o el Estado, pudiendo diferenciarse, dentro de los mismos, un *doble contenido*: el concerniente a los *estados financieros* —entre los que se incluyen las partidas de gastos (obligaciones a reconocer) y de ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro lado, el referido a la *parte dispositiva o articulado* (8).

Atendiendo a dicha estructura, y al igual que en ejercicios precedentes, el examen de la Ley de Presupuestos de Aragón vigente para el año 2016 se realizará, en un primer momento, a través de un análisis exhaustivo de los estados financieros de gastos e ingresos, para estudiar, en segundo término, las distintas previsiones normativas recogidas en el articulado o parte normativa de la citada norma.

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

El Presupuesto de nuestra Comunidad Autónoma aprobado para el año 2016 establece unos créditos iniciales por importe de 5.129.957 miles de euros, lo que, en comparación con los Presupuestos del ejercicio anterior (5.254.454 miles), determina una disminución absoluta de 124.497 miles y porcentual del 2,4%. De esta manera, y al igual que lo sucedido el ejercicio 2015, vuelve a producirse un leve descenso en la cantidad presupuestada.

En particular, los créditos a los que acaba de hacerse referencia se encuentran agrupados de conformidad con las pautas establecidas por las diferentes clasificaciones que aparecen recogidas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (9), lo cual, como es bien sabido, permite poner de manifiesto, desde la perspectiva presupuestaria, *quién o qué órgano concreto realiza un determinado gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —esto es, cuál es la naturaleza del

(7) BOA núm. 22, de 3 de febrero de 2016.

(8) Las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2016 se encuentran recogidas en la Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública de 26 de septiembre de 2015 (BOA núm. 193, de 5 de octubre).

(9) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta* —es decir, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). A este respecto, el estudio que se realizará a lo largo de las siguientes páginas quedará limitado a la perspectiva que del Presupuesto nos facilitan las ya referidas clasificaciones orgánica y económica (10).

Iniciando dicho análisis por la *clasificación orgánica*, la primera idea que debe resaltarse es la disminución que cabe apreciar en los créditos para los gastos en la casi totalidad de los Departamentos y Secciones correspondientes. Dicha situación presenta, empero, algunas excepciones, existiendo algunos Departamentos que han visto incrementados tales créditos.

Así sucede en el caso del Departamento de Presidencia (con anterioridad Departamento de Presidencia y Justicia), el cual experimenta un aumento en sus créditos en una cuantía de 21.801 miles de euros, lo que representa —en términos porcentuales— un ascenso del 16% respecto del ejercicio 2015; asimismo, también han experimentado un incremento en términos cuantitativos el Departamento de Economía, Industria y Empleo (anterior Departamento de Economía y Empleo) en 19.039 miles (10,5%) y los Departamentos de Innovación, Investigación y Universidad y de Educación, Cultura y Deporte (con anterioridad unidos en el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte), los cuales, en su conjunto, han experimentado un incremento en sus dotaciones de 139.796 miles más (15,3%). Por su parte, la Sección que ha visto equiparado el importe de sus créditos en relación al Presupuesto precedente está constituida por el Consejo Consultivo de Aragón.

Junto a lo anterior, se ha creado el Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales con una cuantía global de 305.250 miles de euros, el cual incluye, a partir de la reestructuración de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón llevada a cabo en 2015 (11), las competencias del anterior Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia en materia de bienestar social y dependencia y del Departamento de Presidencia y Justicia en materia de participación ciudadana, entre otras, lo que refleja una apuesta por la mejora de las políticas sociales. Asimismo, se ha creado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos con una dotación de unos 37 miles de euros.

Por su parte, y ya en lo que atañe a los Departamentos que ven disminuidos los referidos créditos para gastos en términos cuantitativos, destacan el de Sanidad (anterior Sanidad, Bienestar Social y Familia) —114.395 miles de euros menos (lo que supone un decremento del 6% respecto del ejercicio 2015—, y el de Diversos Departamentos (330.948 miles menos —36%—).

(10) Ambas clasificaciones se encuentran recogidas en el Anexo respectivo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

(11) Decreto de 5 de julio de 2015, publicado en el BOA núm. 128, de 6 de julio.

Asimismo, también han visto descendidos sus créditos en 29.496 miles (4%) el Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad (anterior Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente) y en 22.648 miles menos (36%) el relativo a las Administraciones Comarcales.

Asimismo, pero ya con una disminución en sus dotaciones para gastos de menor importe en términos absolutos, se encuentran los Departamentos de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda —anterior Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes— con 14.406 miles menos (11%) y Hacienda y Administraciones Públicas —11.055 miles menos (20,4%)—.

Por último, y ya en lo que concierne a las Secciones que experimentan, a nivel cuantitativo, un menor descenso en sus créditos para gastos, se encuentran las relativas a la Presidencia del Gobierno —621 miles menos (20,6%)—, Cortes de Aragón —406 miles menos (1,7%)— y Consejo Económico y Social —26 miles menos (5,2%)—.

Siguiendo con el análisis de la clasificación orgánica, es la Sección referente a Sanidad la que, al igual que en años anteriores, presenta, en el conjunto del Presupuesto de gastos, un mayor volumen, con 1.801.287 miles, cantidad que representa más del doble de la asignada a Desarrollo Rural y Sostenibilidad (744.750 miles). Junto a las anteriores, son las Secciones relativas a Educación, Cultura y Deporte (831.247 miles), Diversos Departamentos (585.930 miles) y Ciudadanía y Derechos Sociales (359.536 miles) las de mayor cuantía desde la perspectiva arriba mencionada.

Por su parte, y en lo que concierne a aquellos Departamentos que se ubican en un nivel intermedio de importancia desde el punto de vista del importe total de sus créditos, cabe citar a los de Innovación, Investigación y Universidad (220.858 miles), Economía, Industria y Empleo (200.407 miles), Presidencia (159.034 miles), Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (117.025 miles), Hacienda y Administraciones Públicas (43.231 miles) y Administraciones Comarcales (40.121 miles).

Por último, y al igual que en ejercicios anteriores, entre las Secciones que presentan un menor peso en el conjunto del Presupuesto desde la perspectiva cuantitativa se encuentran las referidas a las Cortes de Aragón (23.305 miles), Presidencia del Gobierno (2.384 miles), Consejo Económico y Social (474 miles), Consejo Consultivo de Aragón (323 miles) y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (37 miles).

De la forma expuesta en las páginas precedentes aparecen desglosados, desde la perspectiva orgánica, los 5.129.957 miles de euros relativos a los créditos previstos en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2016, los cuales, como es bien sabido, vienen a destinarse al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por cada

uno de los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad a los que acaba de aludirse. Efectuado lo anterior, procederemos a continuación a la exposición del estado de gastos de los referidos Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

De conformidad con la citada clasificación, los créditos previstos en el estado de gastos de los Presupuestos para el actual ejercicio quedan agrupados, al igual que en ejercicios anteriores, en dos grandes secciones: la relativa a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y la referente a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos VI a IX). A estos efectos, debe reiterarse la circunstancia —por otra parte, frecuente— de que los créditos destinados a la primera de dichas Operaciones (4.400.765 miles) supera de modo amplio la cuantía de los créditos correspondientes a las segundas (729.191 miles) (12).

Iniciando el análisis de los diferentes Capítulos que integran la mencionada clasificación, la primera observación que debe realizarse guarda relación con la disminución experimentada en su cuantía por la mayoría de dichos Capítulos respecto de los Presupuestos del año 2015. A este respecto, cabe señalar que es el Capítulo relativo a Activos Financieros el que ha experimentado un menor descenso en términos absolutos, habiendo disminuido en 1.146 miles, lo que implica, en términos porcentuales, una minoración aproximada del 26,6% en relación con los Presupuestos del ejercicio precedente.

Junto al arriba citado, también reflejan un descenso en el monto total de sus partidas —aunque ya de forma mayor— los Capítulos relativos al Fondo de Contingencia (8.889 miles menos), Gastos Financieros (32.565 miles menos), Inversiones Reales (45.204 miles menos) y Transferencias de Capital (90.822 miles menos), cifras éstas que, en comparación con las previstas en los Presupuestos del año 2015, suponen sendas disminuciones del 38,2%, 14,3%, 24% y 28%, respectivamente.

Por último, la disminución de mayor relevancia en términos cuantitativos corresponde al Capítulo de Pasivos Financieros, el cual se ve reducido en 263.594 miles, lo que representa una reducción del 44,2% en comparación con los Presupuestos del año precedente.

Por lo demás, y ya entre los Capítulos de la clasificación económica de gastos que ven incrementado el importe de sus créditos, se sitúan los relativos a Gastos de Personal (159.170 miles más), Bienes Corrientes y Servicios (119.871 miles más) y Transferencias Corrientes (38.683 miles más), incremen-

(12) A este respecto, cabe señalar que en los Presupuestos para el ejercicio 2015 la cuantía a la que ascendían los créditos destinados a las Operaciones Corrientes era de 4.115.606 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 1.138.847 miles.

tos éstos que, cuantificados en términos relativos, suponen, respectivamente, aumentos del 8,8%, 17,7% y 2,7%.

Por su parte, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2016 desde la óptica de la clasificación a la que venimos aludiendo revela que continúan siendo los Capítulos de Gastos de Personal (1.969.421 miles) y Transferencias Corrientes (1.440.415 miles) los que mayor peso presentan en términos globales. Tras ellos se encuentran, como es habitual, los relativos a Bienes Corrientes y Servicios (795.930 miles), Pasivos Financieros (331.873 miles) y Transferencias de Capital (235.526 miles), conformando todos ellos, de una forma global, el componente central del Presupuesto de gastos.

Por su parte, a los Capítulos aludidos con anterioridad se unen, si bien con un importe económico muy inferior en relación con aquéllos, los referentes a Gastos Financieros (194.998 miles), Inversiones Reales (144.253 miles), Fondo de Contingencia (14.384 miles) y, por último, el relativo a Activos Financieros (3.154 miles).

Con la mención anterior damos por concluido el examen de los créditos recogidos en el estado de gastos desde la perspectiva de la clasificación económica, finalizando con ello el análisis de los estados financieros de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2016. Una vez realizado el estudio precedente, pasaremos a examinar el estado de ingresos de dichos Presupuestos, delimitando así las diversas fuentes de financiación de los mencionados gastos.

B) El estado de ingresos

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2016 asciende, con carácter meramente aproximativo, a la cantidad de 5.129.957 miles de euros, de los cuales 4.862.246 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio mientras que los restantes 267.711 miles constituyen el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por dicha Comunidad. La primera de las referidas cuantías coincide con la prevista en el estado de gastos del Presupuesto, presentándose de este modo para el ejercicio 2016 unos Presupuestos formalmente equilibrados (13).

Analizando los mencionados ingresos desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa que los mismos se estructuran en *dos categorías*: la relativa a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la referente a los Ingresos

(13) La necesidad de que el Presupuesto aparezca equilibrado se encuentra recogida, de forma expresa, en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el Estatuto de Autonomía recoja en su seno una previsión de idéntico tenor.

de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX). En los Presupuestos para el año 2016, la cuantía total a la que se elevan los Ingresos citados en primer término es de 4.297.854 miles de euros, cuantía ésta que, como ya es habitual, supera con amplitud el importe global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales aparecen cifrados en 832.103 miles.

En lo que respecta a la categoría de los *Ingresos Corrientes*, el primer dato que debe ponerse de relieve es que sólo tres de los Capítulos que integran la misma experimentan un aumento con respecto a lo previsto en los Presupuestos de 2015. A estos efectos, dicho incremento se ha producido en sede de los Capítulos de Impuestos Directos (7.260 miles más), de Impuestos Indirectos (141.181 miles más) y el de Transferencias Corrientes (126.692 miles más), lo que implica, en términos relativos, sendos aumentos porcentuales del 0,5%, 8,2% y del 14%, respectivamente.

Por su parte, entre los Capítulos que ven disminuidos el importe de sus ingresos se encuentran el de Tasas y otros Ingresos (79.175 miles menos) y el de Ingresos Patrimoniales (7.004 miles menos), lo que supone, respectivamente, una minoración porcentual del 56,6% y del 27%.

Por otra parte, y ya en lo que atañe a la categoría de los *Ingresos de Capital y Financieros*, debe destacarse, en primer lugar, que todos sus Capítulos han sufrido una rebaja en su importe total, en relación con la presupuestada en el ejercicio precedente.

Así, es el Capítulo de Pasivos Financieros el que ha experimentado un mayor descenso (267.711 miles menos), lo que supone, en términos meramente aproximativos, un decremento del 27,8% respecto del ejercicio 2015. Junto a éste, también disminuyen en sus cuantías los Capítulos de Enajenación de Inversiones Reales —26.000 miles menos—, el de Transferencias de Capital —19.120 miles menos— y el de Activos Financieros —622 miles menos—, lo que representan sendos descensos porcentuales del 96%, 12,3% y del 16,7%, respectivamente.

Una vez llevado a cabo el análisis comparativo entre el estado de ingresos del Presupuesto de nuestra Comunidad para el año 2016 y el recogido a este respecto en el Presupuesto del año precedente, y procediendo ya al examen individualizado de aquél, se comprueba como en el presente ejercicio, a diferencia del año anterior, es el Capítulo de Impuestos Indirectos el que presenta una mayor importancia atendiendo a la cuantía de los ingresos que se le imputan, al ascender su monto económico a 1.857.837 miles.

Además del mencionado en el párrafo precedente, los gastos de la Comunidad Autónoma de Aragón se financian a través de las *tres siguientes fuentes*: Impuestos Directos (1.328.540 miles), Transferencias Corrientes (1.032.032 miles), Pasivos Financieros (692.881 miles), cuantía esta última que comporta un importante nivel de endeudamiento.

Junto a los arriba citados, y situados ya en un nivel medio de importancia a la vista de los ingresos que se les imputan, se encuentran los Capítulos de Transferencias de Capital (135.132 miles) y de Tasas y otros Ingresos (60.605 miles).

Por último, y ya entre los Capítulos del Estado de Ingresos que reflejan una menor dotación económica en términos absolutos, se encuentran el de Ingresos Patrimoniales (18.838 miles), Activos Financieros (3.089 miles) y el de Enajenación de Inversiones Reales (1.000 miles).

Con la mención al origen y cuantía de los diferentes ingresos que conforman el estado respectivo de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2016 damos por finalizado el análisis de estos últimos en lo que concierne a sus estados financieros. No obstante, ello no agota el estudio de dichos Presupuestos, debiendo recordarse que nos encontramos, ante todo, en presencia de una Ley, de una norma jurídica plena, lo que hace imprescindible, a fin de lograr un adecuado entendimiento de su significado y efectos, detenerse en el análisis de las diversas previsiones recogidas en su articulado, al ser estas últimas las que disciplinan el destino y límites de los créditos recogidos en el estado de gastos y, a su vez, regulan y legitiman la obtención de ciertos ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento).

2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2016 aparece integrada por 40 artículos —distribuidos a lo largo de seis Títulos—, 35 Disposiciones Adicionales, 3 Disposiciones Transitorias y 2 Disposiciones Finales. A este respecto, es importante señalar que dicha parte dispositiva mantiene, en términos generales, idéntico esquema y contenido al de ejercicios precedentes, no presentando, por consiguiente, importantes novedades en relación con lo previsto en anteriores Leyes de Presupuestos.

Como viene siendo tradicional, el Título primero de la Ley de Presupuestos «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 5) viene a señalar y aprobar el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de nuestra Comunidad Autónoma para el año 2016 —artículo 1—; efectuado lo anterior, el artículo 2 de aquélla procede a determinar el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —cantidad ésta que tiene carácter informativo y que asciende, en el presente ejercicio, a 776 millones de euros— (14), dándose así cumplimiento

(14) De los cuales 688 millones corresponden al Impuesto sobre el Valor Añadido y a los Impuestos Especiales regulados y gestionados por el Estado y los 78 millones restantes corresponden a los Impuestos cedidos regulados y gestionados por la Comunidad Autónoma.

a lo dispuesto, a este respecto, en los artículos 21.1 de la L.O.F.C.A (15) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (16).

Junto a ello, el artículo 3 de la citada norma legal procede a la actualización, con base en lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (17), del importe de las tasas exigidas en el ámbito de nuestra Comunidad, las cuales, empero, se mantienen en idénticos términos respecto del año precedente en cuanto a su importe, con la única excepción de lo previsto en la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas para el ejercicio 2016.

Finalmente, los artículos 4 y 5 establecen los mecanismos de control de las Cortes de Aragón sobre operaciones financieras cuando, por motivos de gestión económica, deban promoverse a propuesta del Gobierno de Aragón o del Consejero de Hacienda y Administración Pública expediente de modificación presupuestaria que altere el estado de los créditos inicialmente previsto en la Ley objeto del presente comentario, por importe superior a 100.000 euros.

En lo que concierne al Título segundo de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 6 a 14)—, el mismo viene a establecer el régimen aplicable a los créditos presupuestarios recogidos en el estado financiero de gastos, así como también las posibles alteraciones que, en relación con los referidos créditos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

En concreto, el artículo 6 del susodicho Texto legal se ocupa de recordar el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los respectivos programas de gasto en lo que concierne a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Esta previsión se complementa de inmediato, en lo atinente a la clasificación económica, por el artículo 6.2 de aquél, el cual recoge la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a los diversos Capítulos que integran dicha clasificación.

(15) A cuyo tenor: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(16) De conformidad con el cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(17) En cuya virtud: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

No obstante lo anterior, el referido carácter limitativo resulta excepcionado por el artículo 8.1 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio, el cual, partiendo de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, relaciona un conjunto de créditos del estado de gastos a los que se les confiere la condición de ampliables (18). A este respecto, y de acuerdo con el artículo 8.2 de dicha Ley, la financiación de tales créditos se efectuará mediante el recurso a alguno de los *tres siguientes mecanismos*: como norma general, a través de la baja en otros créditos para gastos y, ya de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de crédito que tengan la adecuada cobertura.

Además de los supuestos a los que acaba de hacerse referencia, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve excepcionado, a su vez, por la previsión recogida en el artículo 9 de la Ley de Presupuestos, a tenor de la cual se otorga al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de las transferencias de créditos previstas en el mismo a los solos efectos de ajustar tales créditos a la verdadera naturaleza del gasto a realizar. En cualquier caso, dicho precepto advierte que la autorización de las referidas modificaciones presupuestarias se encuentra supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el presupuesto, como al adecuado cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria (19).

Junto a las precisiones indicadas en los párrafos precedentes en torno al carácter limitativo y vinculante de los créditos del estado de gastos, el artículo 7 de la Ley de Presupuestos para el 2016 se ocupa de fijar los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, en un primer instante, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general

(18) Entre tales créditos se incluyen a título de ejemplo, aquellos cuya cuantía se module por la recaudación proveniente de tributos o precios, los destinados a dotar el Fondo social comarcal, retribuciones del personal en determinadas circunstancias o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(19) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en sede del artículo 135.1 de nuestra Constitución. Junto a ello, el referido principio se contempla en el artículo 21.1 de la LOFCA y en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste 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».

realizados en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, previsión ésta que, no obstante, se ve excepcionada en ciertos supuestos tasados.

En este sentido, el apartado segundo del precepto arriba mencionado permite imputar a los créditos del Presupuesto del año en curso el pago de las obligaciones derivadas de cualquiera de las *siguientes causas*: a) las que resulten del reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento; c) el pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés; d) las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística de importe superior a seiscientos veinte mil euros, en las que se podrá diferir el pago hasta en cinco anualidades, sin que el importe de la primera anualidad pueda ser inferior al 20% del total del precio, dando cuenta a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón; e) las indemnizaciones por razón de servicio y las becas y ayudas dirigidas a los alumnos desempleados que participen en los cursos y acciones de acompañamiento a la formación del Plan de Formación para el Empleo de Aragón y Programas de Escuelas Taller y Talleres de Empleo que hayan sido devengadas dentro del último trimestre de cada ejercicio si no hubieran podido ser liquidadas en el año económico en el que se causaron.

Junto a las hipótesis anteriores, el apartado tercero del referido precepto prevé que los gastos derivados de compromisos adquiridos en ejercicios anteriores, con omisión del trámite de fiscalización cuando este sea preceptivo, necesitarán su previa convalidación por el Gobierno de Aragón para poder ser imputados al ejercicio corriente.

Por su parte, es el artículo 10 del Texto legal analizado el que, partiendo de la autorización contenida en el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, contempla la posibilidad de que se incorporen al ejercicio actual los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, la cual deberá efectuarse de forma excepcional y, en todo caso, condicionada a la existencia de la pertinente cobertura financiera debidamente acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por lo demás, el artículo 13 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2016 prevé la posibilidad de que, a propuesta del Consejero de Hacienda y Administraciones Públicas, puedan efectuarse, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, los correspondientes ajustes en los estados de gastos e ingresos siempre que ello resulte necesario para conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria o bien cuando proceda legalmente. Asimismo, se autoriza a dicho Consejero, de una parte, para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en la contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las

que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

Atendiendo a lo indicado en los párrafos precedentes, es evidente que diversos preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2016 confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en materia de gestión de ciertos créditos presupuestarios. Tales facultades que, como se ha puesto de relieve con anterioridad, aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, implican que será el órgano de Gobierno de la misma o, incluso, el referido Consejero quienes, en un buen número de situaciones, van a determinar cuál será la cuantía y el destino definitivo de los gastos públicos.

A la vista de lo anterior, resulta coherente que se cierre el mencionado Título segundo recogiendo, en su artículo 14, una importante cautela al respecto, requiriendo que toda modificación de dichos créditos deberá efectuarse a través de un expediente en el que se expresen las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquélla, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

Junto a la exigencia precedente, y con carácter adicional, el apartado cuarto del precepto arriba aludido obliga a remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en dicho periodo temporal, señalando expresamente, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que los aprueba y la normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. De este modo, se mantienen inalterables, una vez más, los diversos deberes de información que tienen que cumplimentarse en relación al mencionado órgano legislativo con ocasión de la realización de las operaciones anteriormente citadas.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2016, bajo la denominación «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 15 a 18), da cabida a un conjunto de previsiones cuyo objetivo fundamental es el de evitar, en la medida de lo posible, la generación de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que impliquen repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

En este sentido, el artículo 15 de dicha Ley establece, siguiendo la línea de anteriores ejercicios, que todo proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto en el ejercicio 2016, así como en cualquier

otro posterior, deberá incluir una memoria económica en la cual se pongan de relieve las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (20). Dicha exigencia afecta igualmente a toda propuesta de acuerdo o resolución, quedando condicionada la efectividad de los mismos a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Por su parte, y ya en lo que hace referencia a los gastos de ejercicios futuros, el artículo 17 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Hacienda y Administraciones Públicas la competencia para acordar la autorización de este tipo de gastos en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (21), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades y salvo que afecten a gastos por operaciones de capital, atribuyéndose al Gobierno de Aragón dicha competencia en las restantes hipótesis recogidas en el último precepto citado.

Junto a las anteriores medidas, y persiguiendo la finalidad mencionada más atrás, el artículo 16 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario atribuye al referido Consejero la facultad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que únicamente se ve excepcionada —con toda lógica— en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales relevantes.

Como de inmediato se comprueba, las previsiones contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para 2016 proceden a otorgar a diversos entes de la Administración autonómica (bien el Gobierno, bien el Consejero competente en materia de Hacienda) importantes facultades en sede presupuestaria, circunstancia ésta que vuelve a reflejarse en lo que concierne a aquellos créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, pues en estas situaciones el artículo 16 de la referida

(20) A este respecto, cabe recordar que 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) Dichos supuestos son aquéllos en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

Ley otorga a dicho Consejero la facultad de autorizar aquellas modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

El Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año en curso aparece dedicado a la materia «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 19 a 33).

Como viene siendo habitual, el referido Título se ocupa del régimen retributivo aplicable, de una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, de otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2016. Sin embargo, el contenido de las previsiones recogidas en dicho Título no será objeto de un estudio detallado en este comentario por tratarse de una cuestión que sobrepasa los límites del mismo.

De ahí que, por ello, únicamente destaquemos el dato de que las retribuciones previstas para el presente ejercicio experimentan, en relación con las del año 2015, un incremento global del 1%, previsión que se reconoce, de modo expreso, en sede del artículo 19.1 de la Ley de Presupuestos Autonómica.

Junto a lo anterior, el referido artículo prevé, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que implique un crecimiento retributivo superior al establecido en aquél se adecue a lo dispuesto en dicho precepto, deviniendo inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se pongan al mismo.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2016, bajo la rúbrica «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 34 y 35), constituye una de las manifestaciones de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de nuestra Comunidad Autónoma y las Administraciones de otros entes territoriales de la misma.

A este respecto, el artículo 34 de dicha Ley viene a recoger los criterios a través de los cuales se gestiona el Fondo Local de Aragón, el cual se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en los Presupuestos de dicha Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. Dicho Fondo —que aparece recogido en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— se compone de programas específicos referentes a tales Entidades, así como por determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

En lo que respecta a la gestión de tal Fondo, se establece la obligación que incumbe al Gobierno de Aragón 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 el mismo, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la actividad concreta que se apoya y la operación que se financia (artículo 34.3).

Por su parte, el artículo 35 de la Ley de Presupuestos aquí examinada hace referencia a los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen asimismo desglosados en el Anexo I del referido Texto legal. Más en concreto, el Programa de Política Territorial —concebido como instrumento multisectorial de ordenación del territorio— incluye un conjunto de dotaciones cuyo objetivo esencial radica en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas bien con actuaciones de la propia Administración autonómica, bien mediante medidas de fomento a través de entidades públicas o privadas.

El último de los Títulos de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2016, bajo la denominación «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 36 a 40), se ocupa del régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad Autónoma (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquélla conceda a lo largo del referido ejercicio presupuestario.

En lo que concierne al presente ejercicio, debe destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 692 millones de euros (artículo 36.1), cantidad ésta que, como ya hemos indicado, resulta ciertamente inferior en comparación con la del año 2015. A estos efectos, y como viene siendo tradicional, la contracción del mencionado endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En cualquier caso, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento deberán ajustarse en todo momento, en lo que a sus características y requisitos se refiere, a lo previsto en la normativa vigente en la materia (22).

(22) En relación a esta cuestión, recuérdese que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la LOFCA. A este respecto, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el precitado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constata que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

Junto a las operaciones a las que acaba de aludirse, el Gobierno de Aragón se encuentra autorizado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el exclusivo objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite al Consejero de Hacienda y Administración Pública la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad siempre que no comporten un incremento de la deuda viva autorizada.

Por otra parte, también se contempla (artículo 37) la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. A estos efectos, y para los supuestos en que éstas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública, requisito que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año contraídas con el fin de cubrir necesidades transitorias de tesorería.

Junto a lo anterior, y en lo que hace referencia al otorgamiento de avales públicos (artículo 38), es también el Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta de los Consejeros de Hacienda y Administración Pública y de Economía, Industria y Empleo, quien ostenta la competencia para su concesión, pudiendo prestarse a empresas radicadas en Aragón, con prioridad para las PYMES, respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. El importe total de los citados avales no puede rebasar la cantidad de 100 millones de euros, exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cantidad de 6 millones de euros.

Junto a ello, la concesión del aval se encuentra supeditada, como es habitual, al cumplimiento de ciertos requisitos. A este respecto, si aquél es otorgado a empresas privadas, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la propia Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Igualmente, los sujetos beneficiarios del aval deberán acreditar que no han sido sancionados, mediante sanción firme, por las autoridades laborales competentes, por infracciones graves o muy graves y que se ha cumplido la normativa vigente en materia de residuos, debiendo presentar aquéllos, por otra parte, sus estados económico-financieros con el fin de poder estimar su viabilidad.

A continuación, el artículo 39 hace referencia a la posibilidad de formalizar —con autorización del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública— contratos de reafianzamiento y aval

con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio en Aragón por una cuantía máxima global de 20 millones de euros, estableciéndose, de forma concreta, las condiciones específicas exigidas para ello.

Por último, el artículo 40 del Texto legal ahora analizado encomienda al Departamento de Economía, Industria y Empleo la realización de las actuaciones que corresponden a la Comunidad Autónoma de Aragón derivadas de la Ley de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

Con la mención a los avales finaliza el examen del contenido de los diversos Títulos que integran la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2016. Una vez efectuado lo anterior, únicamente resta realizar una breve mención sobre distintas *cuestiones* que presentan, sin duda, una especial trascendencia y cuya regulación aparece recogida en sede de las Disposiciones Adicionales: 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 ciertos créditos presupuestarios y 4) la dotación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

En lo referente a la primera de las cuestiones arriba mencionadas, es la Disposición Adicional 21ª de la Ley ahora comentada la que —según prevé la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (23)— establece la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas aplicable (el anteriormente denominado «Canon de Saneamiento»). A este respecto, dicha Disposición procede a distinguir entre los usos domésticos y los industriales, fijándose, asimismo, el componente fijo y el variable del referido tributo.

Por su parte, y en lo que concierne a las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 5ª), se mantiene la exigencia de que el solicitante de aquellas deberá acreditar debidamente el hecho de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social (salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas) (24), así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

Junto a lo anterior, se prevé, de manera adicional, que la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la previa autorización del Gobierno de Aragón,

(23) Ley 6/2001, de 17 de mayo (artículo 58.1).

(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.

proceder este último que también se aplica en el supuesto contrario, esto es, cuando una vez concedida una subvención se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en los supuestos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, en relación a un mismo proyecto, de aval y subvención.

Por otra parte, debe recordarse que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus organismos públicos y empresas deberán publicar en el BOA, con carácter trimestral, un listado resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando el programa y línea de subvención, nombre y domicilio del beneficiario, finalidad y cuantía. Junto a ello, y una vez finalizado el ejercicio presupuestario, se prevé que deberá remitirse a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón un listado resumen del conjunto de subvenciones concedidas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

Por su parte, y en lo atinente a la tercera de las cuestiones arriba indicadas —gestión de ciertos créditos presupuestarios—, la Disposición Adicional 1ª de la Ley objeto del presente comentario se ocupa de esta materia en lo que atañe al Presupuesto de las Cortes de Aragón, correspondiendo a las Disposiciones Adicionales 9ª y 19ª, respectivamente, el 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 último, y ya para concluir, la Disposición Adicional 9ª hace mención al Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria, el cual tiene como finalidad la cobertura de ciertas contingencias, con especial consideración a las materias de incendios, social, sanitaria, educativa, empleo, universitaria y de investigación. Más en concreto, dicho Fondo aparece dotado, en el año 2016, con un importe aproximado de 14 millones de euros y de cuya aplicación ha de informar trimestralmente el Departamento de Hacienda y Administración Pública a las Cortes de Aragón.

BIBLIOGRAFÍA

Luciano PAREJO ALFONSO (director), *El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Valencia, Tirant, 2015, 333 pp.

Un grupo de profesores de la Universidad Carlos III de Madrid publica un conjunto de estudios sobre diversas cuestiones que incluyen bajo el atractivo rótulo del cambio climático. Realmente el título del volumen ofrece algunas dudas sobre su alcance, pues si en su inicio resulta claro que se trata de un estudio jurídico que se presenta como novedoso («El Derecho ante...»), en cambio, en su continuación puede entenderse de dos maneras: bien como referido separadamente a la «innovación» y a «los riesgos del cambio climático»; bien uniendo «la innovación» y «los riesgos», siendo entonces ambos aspectos «derivados del cambio climático».

La cuestión tiene su importancia, ya que el examen de los trabajos recogidos en el volumen no permitiría apreciar una unidad temática verdaderamente centrada en el cambio climático. Así, el estudio preliminar que elabora el prestigioso director del equipo (L. PAREJO ALFONSO) contiene interesantes planteamientos sobre los retos jurídicos que entraña la actual sociedad del riesgo y la continua innovación científica y tecnológica, pero cuenta con referencias más bien marginales al cambio climático. Igualmente resulta atractiva la oportunidad de leer en castellano la sistematización de las vías de actuación ante el fenómeno de los asentamientos urbanos informales que hace unos años llevó a cabo una popular profesora de la neoyorquina y jesuita Universidad de Fordham (S. R. FOSTER), aunque también en este caso el trabajo carece de relación directa con el cambio climático. Lo mismo ocurre con otros estudios recogidos en la publicación, que incluyen apreciaciones generales sobre la participación (M. JAREÑO MACÍAS) y la perspectiva de género (M. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS), aunque tan apenas permiten justificar las referencias al cambio climático que contienen en sus títulos, pues serían fácilmente intercambiables con otros objetos.

Las exposiciones específicamente relativas al cambio climático se inician con una útil puesta en escena de la breve historia del gobierno del sector, los actores del mismo y el papel de la nueva gobernanza en la justicia climática (T. PAREJO NAVAJAS). A partir de ahí, sin embargo, se echa en falta algún estudio sobre las técnicas empleadas para controlar el cambio climático, particularmente las referidas a la patrimonialización y al comercio de los gases de efecto invernadero. Tan trascendental cuestión, repleta de matices y problemas en el ordenamiento jurídico europeo y particularmente en el español, es prácticamente soslayada en este volumen colectivo.

Junto a las cuestiones generales que ya hemos indicado, encontramos trabajos «sectoriales» referidos a la captura y almacenamiento del dióxido de carbono (A.M. MORENO MOLINA), la configuración de un sistema de transportes sostenible (A. FORTES MARTÍN), el problema de la seguridad del suministro eléctrico en el marco de la extensión de las energías renovables (M. GÁMEZ MEJÍAS), las ayudas públicas para promover las mismas energías renovables (J. PEDRAZA CÓRDOBA), las cuestiones de seguridad que suscita la energía nuclear como alternativa al uso de carbono (I. HERNÁNDEZ SAN JUAN) y la incidencia del cambio climático en la Política Agrícola Común (A. DESCALZO GONZÁLEZ).

En definitiva, un conjunto de estudios cuyo hilo conductor no se percibe con facilidad. Tras un magno portal que parecía anunciar aplicaciones y desarrollos de los principios generales enunciados, terminan sucediéndose exposiciones generalmente descriptivas de cuestiones secundarias. Los interesantes problemas que plantea el régimen jurídico del cambio climático quedan pues aquí sin tratamiento.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Joan AMENÓS ÁLAMO, *El mito legal de la ciudad compacta*, prólogo de Robert Bruegmann, Servei de Publicacions, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015, 167 pp.

1) El autor, PTU de Derecho Administrativo en la UAB, está especializado en Derecho Urbanístico (1). Da ahora a la luz un interesante y combativo estudio en defensa de la dispersión urbana y, por tanto, en contra de la postura dominante que, en la doctrina y la legislación, favorece la ciudad compacta.

El volumen está prologado por el historiador de la arquitectura R. BRUEGMANN, profesor emérito de la Universidad de Illinois en Chicago y autor de una completa defensa del modelo urbano que considera prevalente en la actualidad, y que viene constituido por la forma de crecimiento disperso que representan los *suburbs* en las experiencias de Estados Unidos, Australia o Canadá (2). Así, en la línea de su conocida tesis, considera que las alteraciones urbanas de los «últimos siglos» han servido para mejorar las condiciones de vida de los habitantes y también su «capacidad de decidir dónde viven, dónde trabajan o dónde se divierten».

Para el prologuista, ese mensaje contrasta con el habitualmente transmitido por los urbanistas, que considera suelen mostrarse partidarios de la ciudad compacta tradicional conforme a un ideal urbano cuyo modelo estaría conformado por el centro de París. Estima, que ese modelo de ciudad compacta es «producto de una ilusión», pues la mayoría de la población de las ciudades tradicionales tenía históricamente una vida urbana «realmente dura e insalubre». Ello explicaría que, en cuanto la prosperidad y los medios de transporte lo han permitido, las familias prefieran vivir en zonas con densidades más bajas y más alejadas del centro.

Sostiene BRUEGMANN también que la dispersión urbana se ha extendido ya al sur de Europa con un resultado «altamente provechoso» para los ciudadanos. Éstos habrían logrado viviendas más espaciosas en barrios más sanos, tranquilos y seguros, disfrutando también de mayor libertad por el notable incremento de movilidad que les proporcionaría el automóvil. Al mismo tiempo, los procesos de dispersión habrían determinado el esponjamiento y saneamiento

(1) Su tesis doctoral fue publicada con el título, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Barcelona, Cedecs, 1999, 326 pp.

(2) Robert BRUEGMANN, *Sprawl: a compact history*, University of Chicago Press, 2005, 308 pp. (*La dispersión urbana. Una historia condensada*, trad. esp., Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid, 2010, 281 pp.).

de los centros urbanos, haciéndolos más atractivos mediante su *gentrification*. Finalmente, considera que los intentos de controlar el fenómeno del desarrollo suburbano no hacen sino encarecer el precio de la vivienda.

2) AMENÓS se muestra decidido partidario de las anteriores ideas tras haber seguido un proceso personal que él mismo nos narra. Inicialmente era defensor del modelo de ciudad compacta y se mostró particularmente crítico con la liberalización del suelo (p. 20). Después, sin embargo, repararía en que esos planteamientos no hacen sino recoger una «muletilla» convertida ya en auténtico «mito», acriticamente asumida por los urbanistas y que «ha empezado a colonizar las leyes» (p. 21). El viaje de estudios a Chicago (p. 159), donde debió trabajar con BRUEGMANN, parece mostrarse como su particular camino de Damasco, donde adoptó no la fe, hay que suponer, sino la idea de que la felicidad residencial se encuentra en las experiencias suburbanas y en los centros urbanos adecuadamente «gentrificadas» que, a distancia, terminan al parecer acompañándolas.

El autor organiza la crítica de lo que considera el mito legal de la ciudad compacta en tres capítulos: en el primero presenta la evolución de la dispersión urbana en Estados Unidos y en Europa, en el segundo constata el dominio de las tesis urbanísticas opuestas a la dispersión y su asunción normativa, destinando el tercero a exponer las herramientas jurídicas desarrolladas contra la ciudad dispersa. La argumentación es siempre amena, incluso brillante, y sin duda coherente con las premisas iniciales a pesar de que pueda resultar un tanto arbitraria en bastantes extremos como enseguida podremos comprobar. Dicho de otra manera, la lectura probablemente proporcionará goce o inquietud intelectual, según se esté de acuerdo con los puntos de partida o no.

3) He de subrayar que en esta materia tenemos un problema de información, de datos, pues no conocemos el exacto alcance del *sprawl* de origen norteamericano, al menos en el caso español. El autor lo define como «una forma de crecimiento urbano diseminado, de baja densidad, trufado de conjuntos de casas unifamiliares adosadas o aisladas y salpicado con grandes centros comerciales e incluso imprevistas instalaciones industriales de tamaños muy diferentes» (p. 20). En tal definición quizá se echa en falta una referencia al cerramiento o aislamiento de las urbanizaciones dispersas, es decir, a su configuración física como conjuntos separados del resto del territorio (3). En todo caso, no se comprenden en ella urbanizaciones muy frecuentes en

(3) No por casualidad, en Sudáfrica se encuentran los más drásticos ejemplos de urbanizaciones amuralladas de alto nivel y de guetos habitados por negros marginados, de manera que «las ciudades se fragmentan en pequeñas células de desarrollo comunicadas por el sistema vial y aisladas en función del uso del suelo, la población y el nivel de renta» (tomado de la página Web del *Department of Environmental Affairs, Republic of South Africa*).

nuestro territorio como: a) las conectadas a las tramas urbanas existentes que, en muchas pequeñas ciudades de la geografía patria, se han puesto en marcha durante los años del último *boom* urbanístico; b) las aisladas de alta densidad que han proliferado en radios de hasta 30-40 km desde los bordes exteriores de las grandes ciudades, pudiendo derivar la compacidad tanto de la colmatación de los solares con casas adosadas, como de las edificaciones de vivienda colectiva en altura; y c) las de segunda residencia, pues aun cuando estén aisladas con respecto a los núcleos urbanos, constituyen un recurso turístico de gran significado económico, especialmente si en ellas se ubican establecimientos hoteleros.

Sin embargo, no parece que las cifras empleadas en nuestra experiencia permitan diferenciar situaciones tan distintas. Los datos de densidad poblacional del censo se refieren a toda la superficie de los términos municipales, sin distinguir entre las clases y situaciones del suelo, lo que nos impide saber si se trata de urbanizaciones diseminadas en el territorio. El autor utiliza particularmente el caso de Barcelona, que al disponer de un pequeño término municipal de 101 km² ofrece una alta densidad de 15.810 habitantes/km²; en cambio, Zaragoza, que dispone de un amplio término de 973 km², alcanza una densidad de 683 habitantes/km². No hay manera de comparar estas cifras, como demuestra el hecho de que la densidad máxima legal sea ordinariamente de 22.500 habitantes/km², lo que podría propiciar políticas de densificación incluso en el congestionado casco urbano barcelonés (4). Si quisiéramos acercarnos a las densidades reales, habría que partir de las superficies urbanizadas en cada término municipal, lo que nos daría 24.936 habitantes/km² en Barcelona y 7.358 habitantes/km² en Zaragoza, según los respectivos planes generales.

La magnitud del fenómeno está pues sin determinar exactamente. Nos manejamos con aproximaciones o suposiciones, sin la certeza que la cuestión merecería a fin de valorarla debidamente. Por tanto, la afirmación de nuestro autor de que la ciudad dispersa constituye el modelo urbano dominante en España depende de apreciaciones subjetivas. En efecto, las incertidumbres que rodean la identificación de la ciudad dispersa hacen que, frecuentemente, en las apreciaciones doctrinales relativas a su magnitud y calidad se mezclen ingredientes difíciles de combinar como: a) la interpretación de la realidad que el autor cree conocer; b) las sensaciones o sentimientos personales sobre la seguridad, la comodidad, la libertad y la belleza de las diferentes formas

(4) La densidad máxima legal derivaría del estándar de 75 viviendas/ha establecido con carácter general (y ahora supletorio) en el art. 75 TRLS'76. Traduciendo esa densidad de viviendas en densidad poblacional, a una media de 3 habitantes/vivienda nos salen 225 habitantes/ha, es decir 22.500 habitantes/km² y no 2.250 habitantes/km² como erróneamente indica AMENÓS (p. 135).

urbanas; y c) por supuesto, como ingrediente fundamental o destacado, la capacidad económica del propio sujeto.

4) En todo caso, la defensa que AMENÓS hace de la ciudad dispersa adolece reiteradamente de fogosas apreciaciones subjetivas. En ocasiones, se trata de afirmaciones carentes de apoyo fáctico, como la suposición de que el auge de la ciudad dispersa deriva de un extendido deseo de «otra» vida urbana que cabría advertir en «la iniciativa y el empuje de los individuos y de las familias», quienes encontrarían en las urbanizaciones periféricas (BRUEGMANN *dixit*) mayor intimidad, movilidad y diversidad que en la ciudad compacta (pp. 52-53). Otras veces, nuestro autor relaciona los indudables avances sociales de la experiencia española reciente con la urbanización dispersa, sin que se sepa qué tiene que ver ésta con la eliminación del chabolismo o de la contaminación de los ríos, ni siquiera con la mejora de los centros urbanos y menos aún con el incremento de ingresos de las zonas rurales, entre otros aspectos que llevan a AMENÓS a asegurar que «todo ello forma parte del acervo de la dispersión urbana» (pp. 59-60).

Acumula el autor aseveraciones que pueden provocar en el lector reacciones variadas, entre el estupor, la incredulidad y la indignación, como las siguientes (pp. 60-61): a) «el aumento de la conciencia ambiental ha sido en gran parte posible gracias a la generalización del automóvil»; b) «el país dispone de una reserva inmobiliaria importante y a buen precio»; o c) «la ciudad española se ha puesto de largo con el vestido de la suburbanización metropolitana».

5) En el caso español podemos sostener que nuestras ciudades llegaron a mediados del siglo XX relativamente poco transformadas, es decir, compactas. La desamortización eclesiástica y los derribos de las murallas en el XIX posibilitaron las reformas interiores de las poblaciones y los ensanches que, en sucesivas aperturas de calles y agregaciones de tejido urbanizado, dieron forma a unas ciudades relativamente integradas. En ellas, los barrios marginales ocupaban, más que una posición geográfica objetivamente desfavorable, un lugar inadecuado en el imaginario social de la burguesía dominante, que construyó barreras de mala fama para aislar los ámbitos urbanos de la pobreza, a veces, sorprendentemente bien situados en el contexto general de la población.

En la época de los planes de desarrollo, entre 1960 y 1976, tuvieron lugar cambios acelerados en las características de las ciudades españolas, que experimentaron la macización de los barrios céntricos y populares y la continua expansión del tejido urbano en los extrarradios. Esos procesos, en muchos casos, fueron espontáneos o, al menos, generalmente no estuvieron controlados por los ayuntamientos, que se encontraban absolutamente desbor-

dados por los acontecimientos. Tan amplias disfunciones no pudieron empezar a ser corregidas hasta la afirmación de los ayuntamientos democráticos (1979) y la afluencia de los fondos estructurales tras nuestro ingreso en la Comunidad Europea (1986).

La paulatina afirmación del sector de la construcción como motor del crecimiento económico determinó la puesta en marcha de amplios procesos de crecimiento urbano que recibieron importante apoyo legislativo con la llamada liberalización del suelo (1998). En la década siguiente se produjo un tremendo desarrollo de las actividades de promoción inmobiliaria y construcción, con predominio de suelos residenciales de baja densidad, e incremento de redes de infraestructuras y grandes complejos comerciales y de ocio a través de una movilidad basada en el automóvil. Proceso que continuó hasta el estallido de la burbuja (2008) y la tremenda crisis financiera, social y política de la que todavía no hemos salido.

6) A lo largo de todas esas transformaciones de nuestras ciudades, la lógica nos lleva a pensar que la tendencia general ha conducido a una bajada en la densidad media de los centros habitados. Así puede deducirse efectivamente del análisis de 79 ciudades españolas (las capitales de provincia y otras de más de 100.000 habitantes) llevado a cabo por el Ministerio de Fomento, donde se constata, en el período 1987-2006, una expansión de los suelos artificiales (urbanizados y ocupados con infraestructuras y equipamientos de todo tipo) del 43,7%, mientras que la población creció el 15% (5). Sin embargo, carecemos de datos esenciales sobre el carácter aislado o no de las propias urbanizaciones, los niveles de renta de los habitantes, el destino a primera o segunda residencia y otros extremos esenciales para comprender el alcance del fenómeno.

En todo caso, sí conviene tener en cuenta que estos desarrollos son producto, no de la urbanización ilegal espontánea, sino del planeamiento urbanístico redactado por profesionales. Ello significa que se da una cierta calidad en la urbanización, aunque ciertamente no toda urbanización planificada se ajuste necesariamente a la legalidad. En relación con el modelo de ciudad, la calidad urbanística suele implicar importantes niveles de conexión con las tramas urbanas existentes, de manera que frecuentemente las nuevas urbanizaciones comparten infraestructuras y servicios de transportes, hidráulicos,

(5) Ministerio de Fomento, *Capitales & Ciudades +100. Información estadística de las ciudades españolas 2010*, p. 28; la edificación de baja densidad domina en el Norte peninsular y en el Mediterráneo Sur y Sureste (p. 33); en la figura 18 de ese estudio se recogen las superficies correspondientes a los diversos tipos de edificación (entre medianeras, unifamiliar adosada, unifamiliar aislada y otros), estadística que parece habría de permitirnos trazar un primer mapa del *sprawl* español (p. 37).

sanitarios, educativos y otros, cuyo refuerzo se incluye con normalidad entre los costes asumidos por el correspondiente sector.

Entiendo que es a ese conjunto de elementos de conexión y cohesión de las distintas partes de las ciudades a los que se refiere nuestro acervo urbanístico cuando incluye la defensa de la ciudad compacta. Es evidente que resultaría imposible ordenar las grandes ciudades, no ya en torno a una plaza mayor que agrupara las sedes de las principales instituciones, sino ni tan siquiera alrededor de una sola centralidad. La compacidad deseada es pues la que afecta, no ya a las edificaciones, sino a los elementos de cohesión territorial, de manera que en las distintas partes de la ciudad sus habitantes puedan disfrutar de razonables niveles de: *a) seguridad* de las personas y los bienes garantizada por una policía pública; *b) libertad* para el ejercicio de las diferentes opciones personales y sociales, incluyendo particularmente la libertad de movimientos a través de un sistema de comunicaciones basado en calles y plazas de uso público; *c) calidad de vida* proporcionada por el uso de los servicios públicos, en especial los de sanidad e higiene, transporte, educación y acción social; y *d) identidad* con la propia ciudad derivada de los sentimientos de arraigo que produce una buena vecindad. Es a esa ciudad cohesionada a la que designamos como ciudad compacta, evocando quizá una mítica visión de la *civitas* donde se originó nuestra civilización.

Finalmente, indicaré que, en mi criterio, los mayores problemas del crecimiento disperso de las ciudades se relacionan con el aislamiento de las nuevas urbanizaciones, que conlleva el germen de la segregación espacial tan característica de algunas partes de Estados Unidos. La segregación relevante, como ya he indicado, es la de la primera residencia, esto es, la que afecta al ámbito de la vida ciudadana ordinaria. Un indicio de su presencia son las vías no accesibles a cualquiera, sino únicamente a los habitantes de las urbanizaciones amuralladas, y a sus amigos y empleados. El uso público de la calle es manifestación de la condición de ciudadanía que se niega a los marginados.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN