

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

78/2010
Septiembre-Diciembre

ESTUDIOS

Concepción Barrero Rodríguez
Las autorizaciones para la construcción y puesta en funcionamiento en Andalucía de instalaciones energéticas con fuentes renovables.

Eduardo Gamero Casado
El marco general de la Administración electrónica en Andalucía: situación actual y necesidades normativas.

Mercedes Silva López
A vueltas con el control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico. Aportaciones para el debate.

Mª Ángeles Fernández Scagliusi
La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico.

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

Sobre la legalidad del Decreto 307/2009, de 21 de julio por el que se define la actuación de los enfermeros y enfermeras en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema Sanitario Público de Andalucía
(*Encarnación Ibáñez Malagón*)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

El papel del Parlamento Andaluz en los conflictos en defensa de la Autonomía Local.
(*Manuel Medina Guerrero*)

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Séptimo Congreso de la Sociedad Europea de Derecho Público (Estrasburgo, 10- 12 Junio 2010) "El Soft Law de las Organizaciones Europeas".
(*Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz*)

Medidas para la agilización de la Justicia en el orden jurisdiccional social.
(*Aná Mª Orellana Cano*)

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: Un efecto de la crisis en el derecho autonómico andaluz: la alienabilidad del dominio público. A propósito de una medida contenida en los Decretos-ley 5/2010 y 6/2010.
(*José I. Morillo-Velarde Pérez*)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 78

Septiembre-Diciembre 2010

Revista cuatrimestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente)*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Del Río Muñoz, Francisco. *Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
García León, Manuel. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario del Ayuntamiento de Málaga.*
Mayo López, M^a Isabel. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Ortiz Díaz, José. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Reguera Benítez, José María. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía.*
Roca Roca, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Sánchez Milán, Lidia. *Directora del Instituto Andaluz de Administración Pública. Junta de Andalucía.*
Serrano Sánchez, Luis. *Director General de Innovación, Organización y Procedimientos de los Servicios Públicos. Junta de Andalucía.*
Puyá Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Vallés Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*
Víboras Jiménez, José Antonio. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

Director:

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretaria:

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Consejo de Redacción:

Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Jordano Fraga, Jesús. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
López González, José Ignacio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
Medina Guerrero, Manuel. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*
Morillo-Velarde Pérez, José I. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysem, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias
de Administración Públicas

ISSN: 1130-376X- Depósito Legal: SE-812-1990

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (3 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Avda. Ramón y Cajal nº 35

41071 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es



ESTUDIOS

	<i>Concepción Barrero Rodríguez</i>	
Las autorizaciones para la construcción y puesta en funcionamiento en Andalucía de instalaciones energéticas con fuentes renovables.		13
	<i>Eduardo Gamero Casado</i>	
El marco general de la Administración electrónica en Andalucía: situación actual y necesidades normativas.		53
	<i>Mercedes Silva López</i>	
A vueltas con el control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico. Aportaciones para el debate.		109
	<i>M^a Ángeles Fernández Scagliusi</i>	
La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico.		157

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sobre la legalidad del Decreto 307/2009, de 21 de julio por el que se define la actuación de los enfermeros y enfermeras en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario andaluz. (<i>Encarnación Ibáñez Malagón</i>)	191
---	-----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Acto Administrativo. II. Administración Local. III. Administración Pública. IV. Bienes Públicos. V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos. VII. Corporaciones de Derecho Público. VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico. IX. Derecho Administrativo Económico. X. Derecho Administrativo Sancionador. XI. Derechos Fundamentales y Libertades. XII. Expropiación Forzosa. XIII. Fuentes. XIV. Hacienda Pública. XV. Jurisdicción Contencioso Administrativa. XVI. Medio Ambiente. XVII. Organización. XVIII. Personal. XIX. Procedimiento Administrativo. XX. Responsabilidad. XXI. Salud y Servicios Sociales. XXII. Urbanismo y Vivienda.	
Tribunal Supremo (<i>José I. López González</i>)	221
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	249

CRÓNICA PARLAMENTARIA

El papel del Parlamento Andaluz en los conflictos en defensa de la Autonomía Local. (<i>Manuel Medina Guerrero</i>)	269
---	-----

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Séptimo Congreso de la Sociedad Europea de Derecho Público (Estrasburgo, 10- 12 Junio 2010) “El Soft Law de las Organizaciones Europeas”. (<i>Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz</i>)	287
Medidas para la agilización de la Justicia en el orden jurisdiccional social. (<i>Ana M^a Orellana Cano</i>)	295

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de la Unión Europea. <i>(Lucía Millán Moro)</i>	333
Crónica normativa de la Junta de Andalucía. <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	365
Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	375

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: Un efecto de la crisis en el derecho autonómico andaluz: la alienabilidad del dominio público. A propósito de una medida contenida en los Decretos-ley 5/2010 y 6/2010. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	383
--	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	391
------------------------------	-----

RECENSIONES

RECENSIONES

- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*.
Ed. IAAP- IUSTEL, Madrid, 2009.
(Antonio José Sánchez Sáez) 401
- RUIZ OJEDA, A., (Coordinador), *El Gobierno Local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*.
Ed. Iustel, Madrid, 2010. 1063 págs.
(Natalia García Villena) 408
- GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., *Las obligaciones del servicio público en el transporte aéreo*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, 263 págs.
(Antonio Bueno Armijo) 411
- PASTOR SELLER, E., *Participación ciudadana y Gestión de las Políticas Sociales Municipales, 2009*.
(Margarita Sánchez Millán) 421
-

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**
(Javier E. Quesada Lumbreras) 425
-

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a las direcciones raap@us.es o barrero@us.es o en papel, acompañado, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaría de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5– en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas.

B. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal.

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas.*

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplo: MORELL OCAÑA, Luis (2003): 87.

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título “Bibliografía”.

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La *Revista Andaluza de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. COPYRIGHT

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS



Las autorizaciones para la construcción y puesta en funcionamiento en Andalucía de instalaciones energéticas con fuentes renovables*

Concepción Barrero Rodríguez

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA COMPLEJIDAD DE LA MATERIA. II. DOS CUESTIONES GENERALES DE SINGULAR RELEVANCIA: LA NATURALEZA DE LAS AUTORIZACIONES Y EL RÉGIMEN APLICABLE EN LOS CASOS DE VARIACIÓN NORMATIVA. 1. La naturaleza de las autorizaciones. Su carácter reglado. 2. El régimen aplicable en los casos de variación normativa. III. LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN: CARACTERÍSTICAS BÁSICAS Y PROBLEMAS FUNDAMENTALES. 1. El permiso de acceso y conexión a las redes. La atribución de funciones públicas a entidades privadas. A. La necesidad de procedimientos de priorización. B. Las tecnologías gestionables. a) El procedimiento y la resolución de priorización. b) La vigencia del punto de conexión y su prórroga. Una regulación anómala desde las categorías propias del Derecho Administrativo. C. Las tecnologías no gestionables. La energía eólica. D. Las tecnologías no gestionables. La energía solar fotovoltaica. a) *El acceso y conexión a la red. Los problemas que suscita.* b) *La vigencia del punto de conexión y sus prórrogas. Las dudas y soluciones del Decreto 9/2011.* 2. La autorización para la construcción y puesta en funcionamiento de las instalaciones de producción. A. La autorización del anteproyecto de instalación: a) *La solicitud: El informe de compatibilidad urbanística.* b) *La tramitación del procedimiento. En particular, la inclusión en él de las autorizaciones previstas por la legislación sectorial.* c) *La resolución: Las vías posibles para su impugnación.* B. La aprobación del proyecto de ejecución. C. La autorización de explotación. D. Autorización energética y licencia urbanística. 3. La concesión de instalación acogida al régimen especial de producción. IV. CONSIDERACIÓN FINAL. ¿ES NECESARIA O CONVENIENTE LA REFORMA DEL RÉGIMEN VIGENTE?

* Trabajo realizado en el ámbito del Grupo de Investigación “DER 2010-18571: Régimen jurídico de los recursos naturales”.

RESUMEN

La producción de energía a partir de fuentes renovables ha experimentado en los últimos años un extraordinario auge, lo que ha propiciado un importante desarrollo normativo necesitado de análisis y reflexión en numerosos aspectos. Este estudio tiene por objeto el examen de las autorizaciones necesarias para la construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones de generación eléctrica a partir de tales fuentes exponiendo sus rasgos más destacados y los problemas y dudas que plantea la regulación vigente.

Palabras claves:

Energías renovables, autorización, procedimiento administrativo, impugnación de los actos.

ABSTRACT

Energy production from renewable sources has experienced in recent years an extraordinary boom, which has led to a significant policy development needed to be examined on many aspects. This study aims to review, from the procedural point of view essentially, permits, which concur in the construction and operation of facilities of this nature, analyzing their prominent features and exposing the problems and doubts that the current regulations poses.

Keywords: renewable energy, authorization, administrative proceeding, suits.

I. INTRODUCCIÓN. LA COMPLEJIDAD DE LA MATERIA

La sustitución de las fuentes convencionales de energía por fuentes renovables se ha convertido en el eje fundamental de una nueva política energética a nivel mundial que asume entre sus objetivos básicos el de la protección del medio ambiente. No es extraño, por ello, que la regulación de esta clase de energía, y en particular su fomento, haya irrumpido con fuerza en el Derecho comunitario de los últimos años del siglo XX y primeros del siglo XXI. Un fenómeno al que tampoco es ajeno el importante desarrollo tecnológico que se está produciendo en un sector en el que España, según declara el “Plan de acción de energías renovables (PANER) 2011–2020”, “se ha posicionado como líder” a nivel internacional¹.

¹ Este plan puede consultarse en la página *web* del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

El régimen jurídico de las energías renovables presenta numerosas cuestiones de interés². Entre ellas, la relativa a las autorizaciones necesarias para la construcción y puesta en funcionamiento de las instalaciones de producción de energía. Aunque esta actividad se desarrolla, como establece el artículo 11.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre del Sector eléctrico (LSE), “en un régimen de libre competencia”, queda sometida, como la propia norma determina en su artículo 21.1, “al régimen de autorización administrativa previa en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo”. Este régimen se caracteriza por su complejidad como consecuencia de un conjunto de factores de índole diversa. Así.

1. El reparto competencial existente en la materia, que se traduce, en lo que aquí interesa, en instalaciones cuya construcción y puesta en funcionamiento ha de ser autorizada por las Comunidades Autónomas e instalaciones, de otra parte, en las que la competencia pertenece a la Administración del Estado. Son las determinadas en el artículo 3.2.a) de la LSE: las de “generación de potencia eléctrica instalada superior a 50mW eléctricos, las de transporte secundario y distribución que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, y todas las instalaciones de transporte primario”³. Al Estado corresponde, también, la autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial en aplicación del RD 1028/2007, de 20 de julio⁴.

2. La LSE excluye además en su Disposición Final 1ª.2 el carácter básico de “las referencias a los procedimientos que serán regulados por la Administración competente, ajustándose en todo caso a lo establecido en la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedi-

² Sobre la definición de esta clase de energías puede verse el epígrafe correspondiente de la monografía de LÓPEZ SAKO, M.J., *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 53-63.

³ Sobre el particular puede consultarse RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energía” (AAVV *Tratado de regulación del sector eléctrico, T. I*, Thomson Aranzadi-Iberdrola, Navarra, 2009, págs. 479-504) o BACIGALUPO SAGGESE, M. “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables” (*Tratado de energías renovables*, Vol I, BECKER, F., CAZORLA, L.M y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (Dir.), Aranzadi-Iberdrola, Navarra, 2010, págs. 49-78).

⁴ Aunque esta disposición es aplicable a todas las instalaciones ubicadas en el mar territorial, el procedimiento que regula está específicamente previsto para los parques eólicos. La norma solo dedica un artículo, el 32, el único precepto del Título III, a “otras tecnologías de generación marina”.

miento administrativo común”. Ello significa que no existe un régimen unitario para los procedimientos de autorización que ocupan nuestra atención. Las Comunidades Autónomas, y así lo han hecho ya muchas de ellas, pueden regular la tramitación que ha de seguirse para la concesión de las autorizaciones que sean de su competencia. Andalucía no cuenta con una regulación general de estos procedimientos, aunque sí con un conjunto de normas dispersas en el ámbito de concretas energías renovables. Supletoriamente se aplicará el Derecho del Estado en el que destacan dos disposiciones: los RRDD 1955/2000, de 27 de diciembre, sobre actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica y 661/2007, de 25 de mayo, de producción de energía eléctrica en régimen especial, objeto de importantes modificaciones por las normas de igual rango 198/2010, de 26 de febrero y 1565/2010, de 19 de noviembre.

3. Ha de tenerse en cuenta también, desde una perspectiva distinta, que para la construcción y puesta en funcionamiento de una instalación de generación eléctrica no es suficiente con la específica autorización prevista por la LSE y sus disposiciones de desarrollo. Estamos ante actividades en las que concurren una pluralidad de títulos habilitantes que responden a la salvaguarda de bienes jurídicos diversos cuya garantía viene conferida a órganos distintos de la Administración Pública e, incluso, a Administraciones diferentes. En efecto, en toda instalación energética confluyen al menos, como destaca la jurisprudencia, dos valores a tutelar: la garantía del suministro de energía eléctrica, calificado por la propia Exposición de Motivos de la LSE de “esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad”; y la conservación del medio ambiente, fin al que se ordenan otras muchas disposiciones⁵. A estos dos intereses habrá que sumar los derivados de la ordenación territorial y urbanística y aquellos otros que, atendiendo a las características de cada instalación concreta, vengan impuestos por otras disposiciones de cuya aplicación pueda resultar la necesidad de otras autorizaciones. Son los casos, en algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia, de la autorización de los órganos de Cultura por exigencias derivadas de la protección del Patrimonio arqueológico⁶ o la del Ministerio de Defensa si, como era el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

⁵ La doctrina se ha referido ampliamente al valor de las energías renovables para la consecución de la protección ambiental sin detrimento del suministro eléctrico. Así, y entre otros, ARAGÓN REYES, M. (“Constitución, medio ambiente y energías renovables”, *Tratado de energías renovables*, Vol I, BECKER, F., CAZORLA, L.M y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (Dir.), op. cit., págs. 27-48).

⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de abril de 2002 (JUR 221004).

de Madrid de 5 de abril de 2005⁷, el parque eólico que pretendía instalarse se encontraba en terrenos colindantes a un campo de tiro del ejército.

Esta concurrencia de intereses públicos diversos y esta pluralidad, por consiguiente, de títulos habilitantes es reconocida por la LSE que establece que las autorizaciones para instalaciones de producción serán otorgadas “sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables y en especial las relativas a la ordenación del territorio y el medio ambiente”⁸.

4. Ahora bien, si centramos exclusivamente nuestra atención en la autorización exigida por la LSE para la construcción y explotación de instalaciones de energía, la denominada autorización energética, hemos de tener en cuenta otro dato importante. Esta autorización, en los términos que ahora desarrollaremos, es, en realidad, el resultado de varias resoluciones administrativas distintas. A saber: a) La autorización del anteproyecto de la instalación; b) La aprobación del proyecto concreto de ejecución; y c) La autorización de explotación o acta de puesta en servicio.

5. Finalmente debe tenerse en cuenta que el interesado en una instalación de este tipo ha de contar además con el permiso de acceso y conexión a la red. Y si, como con carácter general ocurre en el ámbito de las energías renovables, pretende que su instalación quede sujeta al régimen especial de producción⁹, tendrá que disponer igualmente del reconocimiento de esta condición.

En definitiva, nos encontramos ante un modelo complejo, complejidad que se acrecienta por la propia dificultad técnica de la materia y los continuos cambios normativos a los que se ve sometida como consecuencia, en buena medida, del importante desarrollo tecnológico que se está produciendo en este sector. Esta situación no es exclusiva de España. La Unión europea situaba en

⁷ RJCA 567.

⁸ Artículos 21.3, 28.3, 36.3 y 40.3.

La norma resuelve así el que, como señalara LÓPEZ MENUÑO, F., ha constituido siempre un punto de gran interés dentro del régimen de las autorizaciones, objeto además de no pocas controversias. (“Voz expectativa”, *Enciclopedia Jurídica Civitas, Vol. I*, Madrid, 1995, pág. 714).

⁹ El artículo 27.1 de la LSE establece los casos en los que procede este régimen. El RD 661/2007, en términos que han sido objeto de modificación importante por el 1565/2010, de 19 de noviembre, regula la actividad de producción de energía bajo este específico régimen.

Sobre este régimen puede verse NEBREDA PEREZ, J.M. *Aspectos jurídicos de la producción de energía eléctrica en régimen especial*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

el año 2005 entre los problemas más relevantes del mercado de las energías renovables el de la descoordinación entre las muchas autoridades con competencias en la materia¹⁰. No es extraño, por ello, que la Directiva 2009/28, de 23 de abril, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, exija a los Estados que “los procedimientos administrativos se racionalicen y se aceleren en el nivel administrativo adecuado” teniendo “en cuenta las peculiaridades de cada tecnología de las energías renovables”¹¹. En España, no obstante, el problema se ve, sin duda, agravado por el fuerte grado de descentralización interna.

II. DOS CUESTIONES GENERALES DE SINGULAR RELEVANCIA: LA NATURALEZA DE LAS AUTORIZACIONES Y EL RÉGIMEN APLICABLE EN LOS CASOS DE VARIACIÓN NORMATIVA

Con carácter previo al examen de los procedimientos para la obtención de los permisos necesarios para la puesta en funcionamiento de una instalación de producción eléctrica, proceden algunas consideraciones sobre dos cuestiones generales de gran interés teórico y que son, además, fuente de importantes problemas en la práctica.

1. La naturaleza de las autorizaciones. Su carácter reglado.

La autorización energética tiene, como declara el artículo 21.1 de la LSE y reconoce la jurisprudencia en su aplicación, “carácter re-

¹⁰ Vid. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento, núm. 627/2005, de 7 de diciembre.

¹¹ Señala además la Directiva que es “patente la falta de normas transparentes y de coordinación entre los diferentes organismos de autorización” lo que dificulta el despliegue de estas energías, de ahí que su artículo 13 establezca que “los Estados velarán porque las normas relativas a los procedimientos de autorización y concesión de licencias de instalaciones e infraestructuras conexas sean proporcionadas y necesarias”. Y en particular, deberán adoptar las medidas apropiadas para garantizar que “sin perjuicio de las diferencias entre las estructuras administrativas y la organización de los Estados miembros, las responsabilidades respectivas de los organismos administrativos nacionales, regionales y locales en materia de procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias se coordinen y definan claramente, lo que comprende la planificación espacial, con calendarios transparentes para la determinación de las solicitudes de planificación y construcción”. Igualmente se deberá proporcionar “a los solicitantes, al nivel apropiado, información exhaustiva sobre la tramitación de las solicitudes de autorización, certificación y licencia para instalaciones de energía renovable y sobre las ayudas disponibles para los solicitantes”.

glado”¹². En efecto, la Administración debe limitarse a comprobar si la instalación proyectada cumple o no con los requisitos dispuestos en las disposiciones en vigor. Siendo ello así, ha de llamarse la atención, si embargo, sobre el fuerte componente técnico de unas normas que reenvían a disciplinas no jurídicas y que se basan en conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción exige de los conocimientos aportados por la ciencia y la técnica. Parámetros tales como “la reserva de capacidad de la red” o “la capacidad (de una instalación) para gestionar el recurso natural en cuestión” confieren a la Administración un poder de análisis y valoración de los distintos presupuestos de hecho de las normas que la sitúan claramente en el ámbito de la discrecionalidad técnica. Es, por ello, que la Administración deberá siempre ofrecer una motivación suficiente de sus decisiones¹³, una explicación fundada de por qué deniega, por ejemplo, un determinado punto de acceso a la red o lo acepta en unas condiciones distintas a las propuestas por el solicitante, o de por qué no autoriza, en su caso, un determinado proyecto de planta. Esta motivación constituye una garantía básica de los interesados y contribuye decididamente al eventual control judicial de las decisiones adoptadas.

2. El régimen aplicable en los casos de variación normativa.

La larga duración de estos procedimientos y la frecuencia con la que cambian las disposiciones reguladoras de la materia, hace que no sea raro que se produzcan cambios normativos durante la tramitación de los sucesivos permisos que concluyen con la puesta en servicio de una instalación. Ello nos sitúa ante una pregunta trascendental y clásica en Derecho: la de si las autorizaciones se conceden de conformidad con el régimen vigente en la fecha de la solicitud o en aplicación del establecido en el momento de su concesión. En su respuesta pugnan soluciones de sentido contrario. De una parte, la garantía del interés general que aboga por la aplicación del régimen vigente en el momento en el que se otorgan. De otra, la seguridad jurídica del promotor que llevaría a inclinar la balanza del lado de la norma aplicable en la fecha de la solicitud.

En realidad, es la disposición que efectúa el cambio la que, en cada caso, debería ofrecer la respuesta mediante la previsión del correspondiente régimen

¹² En tal sentido, y entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 (RJ 1115) o 26 de junio de 2006 (RJ 3974).

¹³ Así lo establece el artículo 7.4 de la Directiva 2009/72, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

transitorio. De esta forma, la duda solo surgiría en los supuestos en los que no exista régimen transitorio o este se considere insuficiente. Aún reconociendo la dificultad del tema y la necesidad de atender a cada una de las situaciones que puedan presentarse, quizá, en términos generales, deba sostenerse que la norma aplicable ha de ser la vigente en la fecha de concesión de la autorización, sin perjuicio de los posibles derechos que ante el cambio normativo puedan asistir a los interesados. Y es que, con las debidas cautelas desde luego, podría entenderse que estos interesados serían titulares de unas expectativas que coinciden, no con un derecho *in fieri*, concepto tradicional de la figura¹⁴, sino con el simple deseo de estabilidad de la norma, de mantenimiento de un determinado régimen jurídico en base al cual se han tomado decisiones y se han emprendido actuaciones de tal forma que si la norma cambia bruscamente pueden sufrirse evidentes perjuicios. La protección de estas expectativas puede encontrar fundamento, como han reconocido el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades europeas, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en el principio de seguridad jurídica concebido en términos de estabilidad de la norma y de previsibilidad de su alteración; esto es, en términos de confianza legítima¹⁵.

III. LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN: CARACTERÍSTICAS BÁSICAS Y PROBLEMAS FUNDAMENTALES

Debe lógicamente diferenciarse entre las distintas autorizaciones que, como hemos visto, concurren en la construcción y puesta funcionamiento de instalaciones de producción eléctrica. He de advertir, además, que no pretendo la exposición completa y acabada de los diferentes procedimientos sino, tan sólo, dejar constancia de sus notas más características y, en su caso, de los problemas y dudas que suscita su regulación¹⁶.

¹⁴ Vid. ESCRIBANO COLLADO, P. "Voz expectativa", *Enciclopedia Jurídica Civitas, Vol. II*, op. cit., pág. 2997.

¹⁵ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. "El respeto a los derechos adquiridos", *Documentación Administrativa*, núm. 263-4, 2002, en particular, págs. 162-178.

Con posterioridad a esa fecha, pueden verse las interesantes Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2010 (RJ 5668, 5669 y 5670, respectivamente).

¹⁶ Estamos además ante una materia que ha recibido escasa atención por la doctrina. Entre los análisis más completos se encuentra el de NEBREDA PÉREZ, J.M., *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

1. El permiso de acceso y conexión a las redes. La atribución de funciones públicas a entidades privadas.

A. La necesidad de procedimientos de priorización.

El acceso y conexión a la red de transporte está regulado en el Título IV del RD 1955/2000, de aplicación supletoria en Andalucía¹⁷. Esta Comunidad Autónoma cuenta, no obstante, con dos importantes normas en la materia: la Orden de la entonces Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de 8 de julio de 2005 de instalaciones de generación de energía eléctrica en régimen especial gestionable y el Decreto 50/2008, de 19 de febrero, de energía solar fotovoltaica, recientemente modificado por el Decreto 9/2011, de 18 de enero, sobre procedimientos administrativos en materia de industria y energía. Cabe, no obstante, señalar que el contenido de las normas andaluzas apenas difiere del establecido en la disposición estatal.

No creo que tenga interés la exposición detallada del procedimiento que conduce a la obtención de este permiso, requisito previo indispensable para la obtención de la autorización de la instalación¹⁸. Centraré mi atención en los que, a mi juicio, constituyen los aspectos de mayor interés.

Aunque la producción de energía eléctrica se ha liberalizado, el transporte y la distribución mantienen, en términos del artículo 11.2 de la LSE, el “carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente Ley”¹⁹. Se garantiza así “el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución”, al tiempo que se reconoce la posible restricción motivada del derecho si la red no dispone “de la capacidad necesaria”²⁰. De hecho, la capacidad limitada de la red, inferior en muchos casos a la demanda existente, es la que explica y justifica que la obtención de los permisos de acceso vaya, por lo general, precedida de procedimientos previos destinados a su distribución y que han de estar basados en

¹⁷ Sobre este régimen puede consultarse el estudio de GIMÉNEZ CERVANTES, J. “El régimen jurídico-administrativo de las energías renovables” (*Tratado de energías renovables*, Vol I, BECKER, F., CAZORLA, L.M y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (Dir.), op. cit., págs. 95-7).

¹⁸ Artículos 28.3 de la LSE y 5 del RD 661/2007, de 25 de mayo.

¹⁹ Vid. sobre el particular, BACIGALUPO SAGGESE, M., “Electricidad, servicio público y mercado”, AAVV *Tratado de regulación del sector eléctrico*, T. I, op. cit., págs. 103-5.

²⁰ Vid. artículos 11.2 y 38.2 de la LSE y 52 del RD 1955/2000, de 1 de diciembre.

principios de objetividad, transparencia y no discriminación²¹. Es claro que estos procedimientos de priorización aportan seguridad y racionalidad en el proceso de implantación de nuevas instalaciones, aunque no contribuyen, desde luego, a la simplificación y agilización administrativa que el mercado parece demandar. Cabe reparar también, desde una perspectiva distinta, en cómo por esta vía la prioridad normativa en favor de las energías renovables puede quedar considerablemente mermada al depender, en definitiva, de los límites propios de la actividad de transporte.

Andalucía cuenta con una regulación de estos procedimientos que varía en función de que la instalación de generación eléctrica para la que se solicita el permiso vaya a emplear tecnologías gestionables o tecnologías no gestionables. Se consideran gestionables “aquellas unidades de generación que su producción no está condicionada en el recurso energético primario por factores físicos no controlables y que, debido a ello, pueden proporcionar un nivel de potencia suficientemente garantizado cuando lo requiera el Operador del Sistema, para garantizar el funcionamiento seguro del sistema eléctrico”²². Son la termosolar, minihidráulica, biomasa o cogeneración. Las tecnologías no gestionables, de otra parte, son “aquellas cuya fuente primaria no es controlable ni almacenable y cuyas plantas de producción asociadas carecen de la posibilidad de realizar un control de la producción siguiendo instrucciones del operador del sistema sin incurrir en un vertido de energía primaria, o bien la firmeza de la previsión de producción futura no es suficiente para que pueda considerarse como programa”²³. Pertenecen a esta categoría las tecnologías que utilizan como energía primaria la solar, la eólica o las centrales hidroeléctricas de determinada potencia²⁴. Hay que tener en cuenta, no obstante que, en aplicación del Apartado 3º del Anexo XI del RD 661/2007, el Operador del Sistema, esto es, Red Eléctrica española (REE), puede otorgar, previa una valoración específica, la calificación de gestionable a instalaciones con tecnología no gestionable.

²¹ BACIGALUPO SAGGESE, M. se ha manifestado en términos críticos con estos procedimientos autonómicos que, a su juicio, pueden afectar a diferentes principios básicos del ordenamiento en la materia (“La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, op. cit., págs. 62–3).

²² Definición tomada del artículo 2 de la Orden de 8 de julio de 2005.

²³ En términos del Apartado 3º del Anexo XI del RD 661/2007 que reitera el “Plan de acción de energías renovables (PANER) 2011–2020, aprobado en julio de 2010 (págs. 100–1).

²⁴ Apartado 3º del Anexo XI del RD 661/2007.

B. Las tecnologías gestionables.

La Orden de 8 de julio de 2005, parcialmente modificada por la Resolución de 30 de octubre de 2007 y por la Orden de 29 de febrero de 2008, regula la tramitación de las instalaciones de generación eléctrica en régimen especial gestionable y los procedimientos de acceso y conexión a las redes en términos de los que cabe destacar, por encima de cualquier otra nota, la atribución de funciones públicas a entidades privadas, lo que, como veremos, suscita algunos problemas importantes en relación, sobre todo, con las posibilidades de defensa de los interesados²⁵.

a) *El procedimiento y la resolución de priorización.*

El promotor ha de solicitar y obtener del gestor de la red a la que desee conectarse, la “Certificación de Gestionable”. Si la solicitud recae sobre plantas de generación de las consideradas, en principio, no gestionables, el gestor de la red dará traslado de la solicitud a REE para que en el plazo de un mes emita el correspondiente “informe de gestionabilidad”. El gestor de la red notificará la “Certificación de Planta Gestionable” al promotor y a la Delegación Provincial de la Consejería competente. En el mes siguiente, el promotor, de nuevo ante el gestor de la red, deberá solicitar la conexión “de conformidad con lo establecido en el RD 1955/2000, de 1 de diciembre, proponiendo el punto y condiciones básicas” de la conexión. Si transcurren tres meses desde la obtención de esa certificación sin que su titular haya solicitado el acceso, la Delegación Provincial podrá declararle “decaído en el procedimiento de priorización en el acceso a red, procediendo a la devolución del aval” correspondiente²⁶. Resulta de interés advertir la falta de concordancia existente entre el plazo de un mes establecido para la solicitud del punto de acceso y el de tres previsto, de conformidad con el artículo 92.1 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC), para dar por concluido el procedimiento en caso de inactividad del promotor. Una disparidad de la que, en último término, resulta la existencia de un plazo de dos meses en el que ni la Administración ni el promotor pueden hacer nada.

²⁵ En relación con este fenómeno en este ámbito de la energía puede consultarse el artículo de LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. “Funciones públicas ejercidas por particulares: El caso del Operador del sistema eléctrico según la Ley 54/1997”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75, 2009, págs. 139-178.

Con un carácter más general, me remito a la fundamental monografía de CARRILLO DONAIRE, J.A., *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, en particular, págs. 21-83.

²⁶ Vid. artículos 4 y 5.1 y 2.

Recibida la solicitud de conexión, el gestor de la red realizará los estudios de viabilidad correspondiente, solicitando informe a REE si las instalaciones o agrupaciones de instalaciones a conectar en la red de distribución superan los 10 MW²⁷. Los estudios de viabilidad se realizan trimestralmente. En el mes siguiente al vencimiento de cada trimestre del año natural, el gestor de la red remitirá a la Delegación Provincial o a la Dirección General²⁸, los estudios de acceso junto con los expedientes de cada solicitante. Igualmente, y en su caso, deberá informar sobre “la concurrencia de solicitudes en un mismo elemento de la red, capacidad de evacuación disponible” y si las solicitudes la superan o no²⁹.

La Delegación Provincial o la Dirección General resolverán priorizando el acceso de las peticiones que se hayan producido en el trimestre de referencia³⁰. En el caso de concurrencia de solicitudes “en el mismo nudo u otro próximo que afecte eléctricamente, superándose la capacidad del mismo”, la Dirección General, salvo acuerdo alcanzado por todos los interesados, dictará “resolución de priorización”³¹ de acuerdo con los parámetros de valoración establecidos en el artículo 7.2.c) de la Orden que detalla además cómo se han de acreditar y la puntuación que pueden merecer en un claro y loable intento de reducir en lo posible la discrecionalidad técnica existente en este ámbito³². Esta resolución se ha de dictar y notificar a los solicitantes, distribuidor de zona y gestor de la red de transporte en el plazo de tres meses “contados a partir de la notificación de la solicitud de documentación complementaria precisada para la priorización”³³.

²⁷ El plazo de emisión de este informe es de un mes.

²⁸ Deberá hacerlo a la Dirección General “en el caso de que las solicitudes de acceso en un elemento de red superen el ámbito provincial” (artículo 6.2).

²⁹ Vid. artículo 6.

³⁰ El contenido de la resolución aparece en el artículo 7.1.

³¹ Con carácter previo, otorgará a los solicitantes un plazo de dos meses para que aporten la documentación complementaria que determina el artículo 7.2.a) de la Orden. Entre ella figura la que acredita las autorizaciones y licencias ya concedidas, la existencia de instalaciones con inscripción definitiva en el régimen especial, el capital social del promotor, la disponibilidad de los terrenos o equipos generadores y la garantía de financiación del proyecto.

³² Estos parámetros son: “madurez administrativa del proyecto”, “capacidad técnica y económica de los promotores o titulares y viabilidad técnica del proyecto” y “nuevos planes industriales”.

³³ Es la regla establecida por el artículo 7.2.e) de la Orden y que coincide con la que más tarde recogió el artículo 31 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y de ahorro y eficiencia energética de Andalucía.

El promotor podrá desistir de su solicitud si el punto de acceso que se le otorga está ubicado en un lugar diferente al que propuso o dispone de una capacidad inferior a la deseada, en cuyo caso se procederá a un reparto proporcional de la potencia a la que se renuncia³⁴. Si, por el contrario, está conforme con la resolución deberá presentar, en el plazo de dos meses, “ante la empresa transportista o distribuidora propietaria de la red en dicho punto, el proyecto básico de instalación y su programa de ejecución” y “ante el órgano administrativo competente, la solicitud de autorización administrativa de la instalación eléctrica de producción”³⁵.

b) La vigencia del punto de conexión y su prórroga. Una regulación anómala desde las categorías propias del Derecho Administrativo.

La vigencia del punto de conexión concedido es de un año contado a partir de la notificación de la resolución de aprobación del proyecto. La Orden de 2005 reconoce, no obstante, la posibilidad de una prórroga ordinaria y, en su caso, otra extraordinaria, ambas por un periodo máximo de un año, por las razones que, respectivamente, determinan los apartados 2 y 3 de su artículo 9.

Las prórrogas las ha de conceder o denegar el gestor de la red de transporte o compañía distribuidora previo informe favorable de la Dirección General competente en materia de energía. Esto es, resuelve, lo que no deja de ser llamativo, una entidad privada con base en el informe preceptivo y vinculante de un órgano administrativo. Esta atribución de una función pública a un sujeto privado plantea, entre otras cuestiones de interés, la relativa a la vía de impugnación procedente contra sus decisiones o, lo que es lo mismo, cómo puede, en su caso, oponerse el interesado a la resolución del gestor de la red que le deniega la prórroga solicitada. La norma que comentamos no contiene ninguna previsión al respecto, por lo que la respuesta habrá de buscarse en lo dispuesto con carácter general en el ordenamiento vigente. Así, y de una parte, debe destacarse que la resolución de los conflictos derivados del derecho de acceso viene atribuida a la Comisión nacional de la Energía por el artículo 53.8 del RD 1955/2000, de aplicación supletoria en Andalucía³⁶. De otra parte, cabe

³⁴ El plazo establecido para el desistimiento por el artículo 7.3 es de un mes.

³⁵ Artículo 8. El incumplimiento de ese plazo de dos meses da lugar a la pérdida de la priorización realizada por la Administración, procediéndose al reparto proporcional de la potencia cancelada entre los diferentes solicitantes en concurrencia.

³⁶ Vid. también el artículo 15 del RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión nacional de la energía.

M. BACIGALUPO SAGGESE, en términos a los que me remito, se ha referido a la com-

defender también la posible impugnación del informe de la Dirección General al tratarse, en aplicación del artículo 107.1 de la LRJ-PAC, de un acto de trámite recurrible en la medida en que decide directamente sobre el fondo del asunto.

C. Las tecnologías no gestionables. La energía eólica.

Recordemos que estas tecnologías son “aquellas cuya fuente primaria no es controlable ni almacenable y cuyas plantas de producción asociadas carecen de la posibilidad de realizar un control de la producción siguiendo instrucciones del operador del sistema sin incurrir en un vertido de energía primaria, o bien la firmeza de la previsión de producción futura no es suficiente para que pueda considerarse como programa”. Pertenecen a esta categoría “las centrales de producción de electricidad que utilicen como energía primaria alguna de las siguientes: solar, eólica, geotérmica, maremotriz, olas, rocas calientes y secas, oceanotérmica y corrientes marinas, así como los generadores hidráulicos fluyentes integrados de potencia inferior o igual a 50 MW, salvo valoración específica de gestionable de una planta generadora a realizar por el operador del sistema, con la consecuente aplicación de los requisitos o condicionantes asociados a dicha condición”³⁷.

El Derecho de Andalucía cuenta con normas propias para las dos fuentes de energía de esta clase más desarrolladas: la eólica y la solar fotovoltaica. Comencemos por la primera.

Los permisos de acceso a las redes para instalaciones de generación que utilizan como energía primaria la eólica, han exigido también procedimientos de priorización ante la existencia de una demanda muy superior a la permitida por la red. Hasta la fecha se han celebrado dos concursos. Uno primero que se resolvió por la Orden 20/2002 y uno segundo en cumplimiento de la Orden de la entonces Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de 29 de febrero de 2008.

petencia de la Comisión Nacional de la Energía sobre los conflictos de acceso a las redes, destacando la colisión normativa que en este ámbito se suscita entre la LSE y la norma reguladora de este organismo. (“La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, *op.cit.*, págs. 58–60).

Sobre el alcance de esta competencia puede verse también la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008 (RJ 5635).

³⁷ Apartado 3º del Anexo XI del RD 661/2007.

El procedimiento establecido por esta última Orden no difiere sustancialmente del previsto en la de 2005 para las tecnologías gestionables. La resolución de priorización se atribuye a la Dirección General competente en materia de energía previo informe conjunto del distribuidor de zona y gestor de la red. La vigencia del punto de conexión es de un año susceptible de prórrogas por los mismos plazos y causas que las establecidas por la Orden reguladora de las tecnologías gestionables. La competencia para acordarla se otorga igualmente al gestor de la red de transporte previo informe favorable de la citada Dirección General. Me remito, por consiguiente, a cuanto fue expuesto en el apartado anterior.

D. Las tecnologías no gestionables. La energía solar fotovoltaica.

a) *El acceso y conexión a la red. Los problemas que suscita.*

El procedimiento de acceso y conexión a la red de las instalaciones que utilizan esta clase de energía está regulado en el Decreto 50/2008, de 19 de febrero, recientemente modificado por el Decreto 9/2011, de 18 de enero. Las instalaciones conectadas a la red se clasifican por el artículo 4 en dos categorías, las clases 1 y 2. A la primera pertenecen “las instalaciones de potencia nominal no superior a 100KW” cuya “conexión a la red de distribución se efectúe en baja tensión”. A la segunda, “las instalaciones de cualquier potencia” cuya “conexión a la red se efectúa en media o alta tensión”. La regulación de la solicitud del punto de acceso difiere según se trate de instalaciones de una u otra clase.

El promotor, para el caso de instalaciones de clase 1, debe solicitar el punto de acceso y conexión a la empresa distribuidora de energía eléctrica que, como dispone el artículo 9.1, “tendrá que facilitar la información solicitada en el plazo de un mes, desde la recepción de la correspondiente solicitud, siempre que la evacuación de la energía generada no requiera ampliación de la red de distribución”³⁸. A pesar de la ambigüedad de la expresión empleada por el precepto: “proporcionar la información solicitada”, lo que, quizá, haga la empresa distribuidora es resolver³⁹. Si es así, el punto de acceso lo otorgaría una entidad

³⁸ Casos en los que, al igual que en las agrupaciones solares, se estará a lo establecido en el artículo 16.

³⁹ Es lo que resulta del RD 1663/2000, de 29 de septiembre, de conexión de instalaciones fotovoltaicas a la red de baja tensión que en su artículo 4.1 determina que “la empresa distribuidora notificará al solicitante su propuesta relativa a las condiciones de conexión”. Con mayor claridad, la Instrucción de la Dirección General de Industria, energía y minas de Andalucía de

privada en lo que constituye un nuevo supuesto de ejercicio de funciones públicas por particulares. Desde luego, cabe lamentar que la norma recién promulgada, el Decreto 9/2011, no haya precisado el contenido de una disposición que puede generar dudas en su aplicación.

El punto de acceso y condiciones de conexión se solicitará, si se trata de instalaciones de clase 2, a la empresa distribuidora de acuerdo con lo establecido en el Título IV del RD 1955/2000. El gestor de la red de distribución de la zona dispone de quince días de plazo para comunicar al solicitante “la existencia o no de capacidad suficiente de la red de distribución”. Si se habían solicitado ya las condiciones de conexión, el plazo será de un mes⁴⁰.

En los supuestos en los que la empresa distribuidora no notifique su decisión en los tiempos establecidos, el interesado, ya sea en una instalación de clase 1 o 2, puede solicitar la intervención de la Delegación Provincial correspondiente que recabará los datos a la empresa distribuidora para que los aporte en un plazo de quince días⁴¹. Ahora bien, lo que la norma no determina es cuales son las garantías de los interesados ante una posible situación de inactividad de la empresa. Si aclara, sin embargo, el órgano competente para la resolución de las discrepancias entre el solicitante y la empresa distribuidora sobre el punto de acceso y las condiciones de conexión: las Delegaciones Provinciales o la Dirección General a excepción de los supuestos asignados a la Comisión Nacional de la Energía⁴². Resulta de interés reparar en cómo estos órganos se convierten en instancia resolutoria de conflictos entre un particular y una entidad privada que actúa ejerciendo funciones públicas. Y es que al margen de los términos que la disposición pueda emplear, lo que, en verdad, se produce en estos casos es una impugnación por el interesado del acto de la empresa distribuidora que le deniega el permiso de acceso o se lo otorga en condiciones distintas a las solicitadas. Esta impugnación puede plantear, no obstante, algunas dudas que la norma no resuelve. De una parte, la determinación de las reglas que han de regir su tramitación. De otra, el sentido, que parece claro que ha de ser negativo⁴³, que deba otorgarse a la falta de res-

21 de enero de 2004, sobre el procedimiento de puesta en servicio de las instalaciones fotovoltaicas conectadas a red, indica en su Apartado 2.2 que “la empresa distribuidora determinará el punto y las condiciones de conexión”.

⁴⁰ Artículo 9.2.

⁴¹ El incumplimiento de esta obligación puede constituir infracción administrativo en aplicación de la LSE, según establece el artículo 9.6 del propio Decreto 50/2008.

⁴² Artículo 9.7.

⁴³ Artículo 43.1 de la LRJ-PAC.

puesta por la Administración en los tres meses establecidos al efecto. No deja por ello de sorprender que la reciente reforma del Decreto 50/2008 por el 9/2011 no haya aclarado unas cuestiones en las que se juegan garantías importantes de los administrados en sus relaciones con la Administración Pública.

b) La vigencia del punto de conexión y sus prórrogas. Las dudas y soluciones del Decreto 9/2011.

Obtenido el punto de conexión, el interesado deberá solicitar la autorización administrativa y proyecto técnico en el plazo máximo de un mes⁴⁴. La vigencia del punto de conexión es de un año “a partir de la fecha de notificación de la resolución de aprobación del proyecto”⁴⁵. Este plazo es susceptible de una prórroga ordinaria, así como de prórrogas extraordinarias por periodos que, en ningún caso, podrán superar el año⁴⁶. Interesa destacar que la posibilidad de varias prórrogas extraordinarias ha sido introducida por el Decreto 9/2011 que amplía así las facultades de disposición de la Administración para conceder aquellas ampliaciones del plazo originario que estime pertinentes en función de las circunstancias concurrentes. Una regla probablemente más ajustada a la realidad que la establecida por el Decreto 50/2008 que en su originaria redacción tan sólo permitía una prórroga extraordinaria. Tampoco debe pasar inadvertido el hecho de que en el nuevo artículo 10 han desaparecido las condiciones que, antes de su modificación de 2011, actuaban como presupuesto determinante de la prórroga extraordinaria: que “la instalación generadora esté ejecutada en el 50% en términos de instalación de módulos fotovoltaicos y, en términos de inversión, efectivamente facturada, o por retraso

⁴⁴ Artículo 11.1.

⁴⁵ Es lo que dispone el artículo 9.4 del Decreto 50/2008 tras la reforma del Decreto 9/2011 que cuenta el plazo a partir de “la fecha de la notificación de la resolución de aprobación del proyecto” y no, como establecía el precepto en su redacción originaria, desde “la resolución de aprobación del proyecto”. De esta forma, los eventuales retrasos en los que la Administración pueda incurrir en su deber de notificación no repercutirán sobre los interesados.

⁴⁶ El Decreto 9/2011 ha introducido un nuevo apartado en el artículo 10, el 6, a los efectos de reconocer la suspensión tanto de la vigencia del punto de conexión como de los plazos de las prórrogas “desde el momento en que quede acreditada documentalmente la participación efectiva en el registro de preasignación establecido en el artículo 6 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, por el tiempo en que permanezca en esta situación, reanudándose el cómputo de dichos plazos a partir del día siguiente en que se notifique al interesado la resolución de la convocatoria prevista, o bien se de publicidad a la misma por el órgano competente de la Administración General del Estado”.

justificado en la construcción del edificio en el que se ubiquen las instalaciones fotovoltaicas”, optándose por una fórmula mucho más abierta. La prórroga, en expresión del reformado artículo 10.2, se concederá, en su caso, “tras la valoración concreta de las circunstancias puestas de manifiesto en la solicitud realizada por el promotor, así como del cumplimiento de los trámites necesarios dentro del expediente”. También el apartado primero del precepto flexibiliza las causas que pueden justificar la prórroga ordinaria al determinar, frente al elenco de supuestos tasados de la disposición anterior⁴⁷, que para su concesión se tomarán “en consideración las actuaciones previas realizadas por el promotor tendentes a la ejecución material de la instalación, tales como la disponibilidad de la totalidad de los terrenos o emplazamientos, los bienes de equipo, así como el cumplimiento de los trámites necesarios para la obtención de los correspondientes permisos y autorizaciones ante otras administraciones”.

La prórroga, en términos del artículo 10.1, “se hará efectiva por el gestor de la red eléctrica o empresa distribuidora a la que se conectará la planta generadora, previo informe preceptivo y vinculante del órgano competente indicado en el artículo 5”, esto es, de las Delegaciones Provinciales o de la Dirección General. La regla es, por tanto, la misma que ya hemos comentado para las instalaciones que se sirven de otras fuentes de energía primaria, lo que, en principio, nos eximiría de cualquier comentario. Ahora bien, debe observarse aquí como el Decreto 9/2011 sustituye la expresión del artículo 10.1 del Decreto 50/2008⁴⁸: la prórroga “se resolverá por el gestor de la red o empresa distribuidora”⁴⁹, por otra que, quizá, no signifique exactamente lo mismo: la prórroga “se hará efectiva por el gestor de la red ...”. Aunque no es fácil averiguar las razones que se esconden detrás de este cambio terminológico, resulta evidente que con la redacción actual se acentúa, si cabe, la idea de que quien resuelve realmente sobre las prórrogas es la Dirección General o la Delegación Provincial en ese informe preceptivo y vinculante que juega como presupuesto necesario y determinante de la decisión del gestor de la red o empresa distri-

⁴⁷ Artículo 10.1.b) del Decreto 50/2008 en su redacción originaria.

⁴⁸ La misma que figura en el artículo 9.2 de la Orden de 8 de julio de 2005.

⁴⁹ Interesa señalar que en el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía en el procedimiento de elaboración de esta norma, el Dictamen 100/2008, de 13 de febrero, no existe ningún pronunciamiento que pueda contribuir a aclarar el significado de este importante precepto. En realidad, el dictamen tan solo formuló al texto sometido a su enjuiciamiento objeciones y observaciones de técnica normativa.

buidora. La expresión “hará efectiva” empleada por el artículo 10.1 del Decreto 50/2008 tras su reciente modificación, parece aludir a la simple ejecución de una decisión previamente tomada por otro sujeto.

Cabe finalmente llamar la atención sobre la regla, introducida igualmente en la reforma de enero de 2011, que determina que “las solicitudes de prórroga del punto de conexión se presentarán ante el órgano competente para otorgar dicha prórroga..”. Este nuevo apartado del artículo 10, necesario en la medida en que viene a suplir una laguna de la norma anterior, plantea, sin embargo, una duda importante: la relativa a la propia determinación del órgano al que se refiere, toda vez que en la disposición no aparece ningún órgano al que se atribuya esa cualidad de “órgano competente”. ¿Acaso el “órgano competente” al que alude el artículo 10.5 es el que hace efectiva la prórroga de acuerdo con el 10.1? Si es así, la norma habría incurrido en una notable imprecisión toda vez que el gestor de la red o empresa distribuidora a los que se refiere este último apartado no merecen propiamente la condición de órgano. El “órgano competente”, ¿es el que emite el informe que sirve de base a la decisión de quien hace “efectiva” la prórroga. Ante la indefinición del precepto parece lógico pensar que el interesado deberá dirigirse a quien, en última instancia, ha de hacer realidad su derecho a una ampliación del plazo originario, el gestor de la red o empresa distribuidora, sin perjuicio de que pueda presentar también su solicitud ante esos órganos administrativos que son los que, en verdad, deciden con su informe. Esta es, de hecho, la regla que establece el artículo 9.2 de la Orden de 8 de julio de 2005 que dispone que la solicitud de prórroga “deberá presentarse simultáneamente ante el gestor de la red de transporte o compañía distribuidora en materia de energía y la Dirección General con competencia en materia de energía”.

En definitiva, es claro que la reforma del Decreto 50/2008 por el 9/2011 ha adaptado la regulación de las prórrogas de los puntos de conexión a la situación real de este mercado y ofrecido respuesta a algunas de las lagunas detectadas en su aplicación. Cabe lamentar, sin embargo, su falta de precisión en algunos aspectos y las dudas interpretativas que, por consiguiente, puede generar en su aplicación.

2. La autorización para la construcción y puesta en funcionamiento de las instalaciones de producción.

Andalucía no cuenta con una regulación general de estos procedimientos, lo que determina la aplicación supletoria del RD 1955/2000. Su normativa es,

en efecto, muy incompleta. La Ley de Fomento de las energías renovables tan solo dedica dos preceptos al procedimiento, los artículos 30 y 31⁵⁰. El primero señala que se registrarán por “los principios de simplificación y agilización administrativa”, incorporarán “las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar su tramitación a través de medios telemáticos y electrónicos” y se “articularán los instrumentos de coordinación necesarios con otras Administraciones Públicas para la consecución de un servicio unificado de atención al ciudadano”. El artículo 31, de otra parte, establece los plazos de duración de los procedimientos y el sentido de la falta de resolución expresa. Las numerosas disposiciones de inferior rango dictadas hasta la fecha prescinden de la regulación de este procedimiento a excepción del Decreto 50/2008, para las instalaciones fotovoltaicas, cuyas reglas, además, no difieren de las establecidas en la norma estatal. Centraremos, pues, nuestra atención en la tramitación prevista en el Título VII del citado RD 1955/2000 con aquellas particularidades que, en su caso, pueda ofrecer el Derecho de Andalucía.

Recordemos que la construcción y explotación de instalaciones eléctricas requiere varias resoluciones administrativas: a) La autorización administrativa del anteproyecto de la instalación; b) La aprobación del proyecto de ejecución que, en términos del artículo 115.b), “se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular la construcción o establecimiento de la misma”; y c) La autorización de explotación que, una vez ejecutado el proyecto, faculta a su titular, como dispone la letra c) del mismo precepto, a “poner en tensión las instalaciones y proceder a su explotación comercial”. Hay que advertir, no obstante, que las dos primeras resoluciones pueden tramitarse y obtenerse, como establece el propio precepto, de “manera consecutiva, coetánea o conjunta”. Tampoco conviene olvidar, como igualmente hemos señalado, que la autorización energética se otorga “sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias, de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables y en especial las relativas a la ordenación del territorio y el medio ambiente”.

⁵⁰ Y ello a pesar de que el Dictamen 3/2006, del Consejo Económico y Social de Andalucía al Anteproyecto de Ley insistiera en la importancia que la futura norma había de tener en la consecución de procedimientos administrativos más ágiles y racionales y “un mayor grado de coordinación entre los diferentes organismos administrativos implicados en los procedimientos de concesión de los permisos necesarios para la producción de energía y la instalación de nuevas plantas generadoras ..”.

A. La autorización del anteproyecto de instalación.

Antes de examinar su procedimiento, interesa señalar que en Andalucía esta autorización no será necesaria, en aplicación del artículo 12.6 de la Ley de Fomento de las energías renovables, cuando las “actuaciones contempladas en programas territoriales de energías renovables” hayan “sido desarrolladas a su vez mediante Planes Especiales de Ordenación”. En estos casos, será suficiente con el proyecto de ejecución.

a) *La solicitud: El informe de compatibilidad urbanística.*

El solicitante ha de reunir los requisitos exigidos por el artículo 70 de la LRJ-PAC y acreditar su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto en los términos establecidos por el artículo 121 del RD 1955/2000. La solicitud ha de ir acompañada de un anteproyecto de la instalación con el contenido que determina el artículo 123 de la norma: a) Una memoria⁵¹; b) Los planos de la instalación a escala mínima de 1:50.000; c) Presupuesto estimado; d) Las separatas para las Administraciones Públicas, organismos y, en su caso, empresas de servicios públicos o de servicios interés general con bienes o servicios a su cargo afectados por la instalación; y e) Los demás datos que la Administración encargada de tramitar el expediente estime oportuno reclamar⁵².

El artículo 12.2 de la Ley de Fomento de las energías renovables de Andalucía exige, además, que junto con la solicitud se presente “un anexo que describa las determinaciones del planeamiento urbanístico de aplicación y el análisis de su cumplimiento”, así como “un informe de compatibilidad urbanística emitido por el Ayuntamiento en cuyo municipio se pretenda la actuación”⁵³. Esta previsión, de cuyo buen sentido no cabe dudar en aras de una

⁵¹ Su contenido es muy heterogéneo aunque, en todo caso, de gran relevancia: la ubicación de la instalación, su objeto y sus características principales. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en tres Sentencias de 21 de octubre de 2005 (JUR 16295, 16299, 16308, de 2006) ha destacado la relevancia de este documento.

⁵² El artículo 11 del Decreto 50/2008, recientemente reformado por la norma de igual rango 9/2011, regula las solicitudes de instalaciones solares fotovoltaicas en Andalucía en términos muy parecidos a los de la disposición estatal.

⁵³ Esta misma exigencia figura en el artículo 11.1.f) del Decreto 50/2008 para las instalaciones solares fotovoltaicas.

adecuada coordinación de los distintos títulos competenciales que concurren en las instalaciones de este tipo, plantea, algunas cuestiones de interés. Antes de adentrarnos en ellas, quizá interese señalar que este artículo 12.2 fue aprobado en los mismos términos en los que figuraba en el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Gobierno⁵⁴. Tampoco el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 252/2006, de 28 de junio, al Anteproyecto de Ley efectuó comentario alguno sobre su contenido.

De entrada, cabe plantear si la exigencia del informe de compatibilidad urbanística del Ayuntamiento no hace perder buena parte de su sentido a ese anexo exigido al promotor en el que han de describirse “las determinaciones del planeamiento urbanístico de aplicación y el análisis de su cumplimiento”. En efecto, ante la valoración efectuada por la propia Administración municipal poca significación ha de tener el examen que pueda realizar el interesado. Y es que aunque pueda pensarse, y es cierto, que sus consideraciones pueden ser importantes a los efectos de combatir las contrarias al proyecto formuladas por el Ayuntamiento, no cabe olvidar que su informe no excluye la licencia urbanística que el mismo Municipio ha de otorgar una vez concedida la autorización energética, licencia que difícilmente dará si ya manifestó su oposición a la actuación pretendida. En definitiva, no es aventurado pensar que ningún promotor se arriesgará a poner en marcha el complejo procedimiento de obtención de la autorización para una instalación energética, habiendo mostrado el Municipio reticencias a su proyecto, por más seguro que él pueda estar sobre su adecuación a la ordenación urbanística aplicable. Este anexo tendrá, sin duda, más valor a los efectos de facilitar la emisión del informe de la Consejería competente “en materia de urbanismo sobre la adecuación territorial y urbanística de la actuación propuesta” exigido, como hemos de ver, durante la tramitación del procedimiento⁵⁵.

Especial interés suscita, desde otro punto de vista, la cuestión relativa a la naturaleza del informe de compatibilidad urbanística. Y es que, a pesar de su denominación, es dudoso que pueda ser considerado un auténtico informe. No estamos realmente ante la emisión del parecer que un órgano formula para

⁵⁴ Vid. el entonces artículo 11.2 del Proyecto de Ley (Boletín oficial del Parlamento de Andalucía, VII Legislatura, núm. 515, de 26 de septiembre de 2006), precepto y apartado, además, para el que no se propuso ninguna enmienda (Boletín oficial del Parlamento de Andalucía, VII Legislatura, núm. 600, de 9 de febrero de 2007).

⁵⁵ Artículos 12.2 de la Ley de Energías renovables y 11.4.b) del Decreto 50/2008 sobre instalaciones solares fotovoltaicas.

que sea tenido en cuenta por otro. Nos hallamos ante un pronunciamiento municipal que de ser contrario a la instalación proyectada, hace que pierda sentido la iniciación misma del procedimiento para la concesión de la autorización energética. De hecho, el artículo 11.4.d) del Decreto 50/2008 para las instalaciones solares fotovoltaicas subordina la solicitud del promotor a la obtención del “informe favorable de compatibilidad urbanística”.

En el caso de que el informe de compatibilidad urbanística sea contrario a la actuación, el interesado podrá ejercitar las vías de impugnación que procedan ante el propio Municipio. Ello es claro para el caso de instalaciones solares fotovoltaicas toda vez que de acuerdo con el artículo 11.4.d) del Decreto 50/2008, el informe favorable del Ayuntamiento opera como presupuesto necesario para la solicitud de la autorización energética. Pero ello parece claro también en aplicación del artículo 12.2 de la Ley de Fomento de las Energías renovables que aunque no subordina la petición a ese previo pronunciamiento municipal favorable, dispone con carácter general que si alguno de los informes que el propio precepto y apartado recoge, entre otros el que nos ocupa, fuese contrario a la actuación pretendida, “la Consejería competente en materia de energía dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones”. Estamos, por consiguiente, ante un pronunciamiento municipal que, a pesar de su denominación, decide sobre el fondo del asunto y es perfectamente recurrible en aplicación de las reglas generales que rigen la impugnación de los actos en nuestro Derecho. No obstante, y de acuerdo con lo establecido en ese mismo artículo 12.2, el promotor interesado podrá solicitar la autorización del anteproyecto de instalación y recurrir la resolución autonómica que ponga fin al procedimiento, aunque, desde luego, cuesta pensar que alguien vaya a pedir una autorización que sabe, porque así lo dispone la Ley, que no va a tramitarse ante la oposición municipal al proyecto.

En definitiva, la regulación de este informe no es suficientemente precisa lo que no contribuye, desde luego, a la consecución de esos deseados objetivos de simplificación y transparencia en un mercado ya de por sí complicado ante la multiplicidad de intereses concurrentes y la propia complejidad técnica de la materia.

b) La tramitación del procedimiento. En particular la inclusión en él de las autorizaciones previstas por la legislación sectorial.

El RD 1955/2000 y el Decreto de Andalucía 50/2008 para las instalaciones solares fotovoltaicas no regulan un procedimiento acabado, tan solo prevén unos trámites de obligado cumplimiento que habrán de insertarse en la

estructura del procedimiento que la Administración ha de seguir en aplicación de las Leyes generales que rigen su actuación. Son los siguientes.

– Información pública.

La información pública es preceptiva en los procedimientos de autorización del anteproyecto de instalación.⁵⁶ Simultáneamente a esta información pública se desarrollará la exigida por el procedimiento de prevención ambiental que resulte aplicable a la instalación proyectada⁵⁷.

– Consulta a otras Administraciones.

El órgano competente para la tramitación del procedimiento remitirá, en cumplimiento del artículo 127 del RD 1955/2000, “una separata del anteproyecto, conteniendo las características generales de la instalación y la documentación cartográfica correspondiente y, en su caso, un documento de síntesis del estudio de impacto ambiental” a “las distintas Administraciones, organismos o, en su caso, empresas de servicio público o de servicios de interés general en la parte que la instalación pueda afectar a bienes y derechos a su cargo” para que “en un plazo de veinte días presten su conformidad u oposición a la autorización solicitada”. La norma, en garantía del principio de contradicción, prevé el traslado sucesivo de la respuesta de estas Administraciones y demás entidades a los interesados y viceversa al objeto de que puedan rebatir los argumentos de la parte contraria⁵⁸. Lo que la norma, sin embargo, no indica es que pasa si finalmente esas Administraciones y demás instancias siguen planteando objeciones al anteproyecto. En aplicación del artículo 83.1 de la LRJ-PAC que

⁵⁶ De las alegaciones presentadas en este trámite, cuyo plazo es de veinte días, se dará traslado al peticionario para que en un plazo no superior a quince, manifieste lo que estime pertinente (artículos 125.1 y 126 del RD 1955/2000).

⁵⁷ Artículos 124 del RD 1955/2000 y 32.2 del Decreto de Andalucía 356/2010 que regula la autorización ambiental unificada.

⁵⁸ Así establece que si transcurrido el plazo de veinte días sin que esas Administraciones y entidades se hayan pronunciado, se les reiterará el requerimiento para que en diez días manifiesten su posición. En caso de no contestar se presumirá su conformidad con el anteproyecto.

Su respuesta será trasladada al solicitante para que “en el plazo de quince días preste su conformidad o formule los reparos que estime procedentes”. En este último caso, volverá a requerírseles para que muestren su acuerdo o desacuerdo a lo manifestado por el interesado. Pasados quince días sin que se hayan pronunciado, “se entenderá la conformidad con la contestación efectuada por el peticionario”.

determina que “salvo disposición expresa en contrario, los informes no son vinculantes”, puede entenderse que el órgano instructor del procedimiento valorará lo manifestado por este conjunto de entidades y decidirá, en su caso, si algunas de sus alegaciones deben ser atendidas.

En el caso de instalaciones solares fotovoltaicas, las reglas generales establecidas en el RD 1955/2000 se ven desplazadas por las específicamente dispuestas en el Decreto 50/2008. Esta norma no prevé la participación de las Administraciones y demás organismos previsiblemente afectados como trámite propio del procedimiento autorizador. La manifestación de su conformidad u oposición a la instalación en proyecto ha de acompañar a la propia solicitud en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11.1 d) y e). Es, por consiguiente, el promotor el que, con carácter previo a su petición, ha de identificar a las Administraciones y demás entidades que considere afectadas por la actuación que se propone, solicitarles su conformidad y, en el caso de que ésta no se produzca, incorporar a su solicitud las alegaciones que estime pertinentes en respuesta a las objeciones formuladas por esas instancias. Quizá, la solución de la norma estatal sea más acertada en la medida en que cabe presumir, en principio, que el órgano instructor del procedimiento se encuentra en mejor disposición que el promotor para valorar cuales son las entidades que deben emitir su parecer sobre el proyecto de instalación. En todo caso, y en aplicación de las reglas generales que rigen en el procedimiento administrativo, dicho órgano podrá solicitar cuantos informes estime procedentes para la resolución.

– El informe sobre “la adecuación territorial o urbanística de la actuación propuesta”.

El artículo 12.2 de la Ley de Fomento de las energías renovables exige que en estos procedimientos informe “la Consejería competente en materia de urbanismo sobre la adecuación territorial o urbanística de la actuación propuesta”. Estamos ante un informe preceptivo y vinculante como resulta de los claros y rotundos términos que el precepto emplea para el caso de que sea negativo: “la Consejería competente en materia de energía dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones”. El Decreto 50/2008 para las instalaciones solares fotovoltaicas lo califica expresamente en su artículo 11.4.c) de “informe vinculante”⁵⁹.

⁵⁹ Una calificación, por cierto, que no guarda quizá la debida coherencia con lo establecido en la letra b) del mismo precepto y apartado que dispone que si transcurre el plazo de emisión del informe, treinta días, sin haberse producido, “se continuará el procedimiento de autorización administrativa”. En cualquier caso, la resolución no podrá producirse en tanto este informe no se haya emitido.

La motivación, como exige el citado artículo 12.2, de la resolución que ponga fin al procedimiento quedará satisfecha, en estos casos, con la remisión al informe negativo. Ha de considerarse, de otra parte, que este informe constituye un acto de trámite susceptible de impugnación independiente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJ-PAC. Igualmente, y en aplicación de las reglas generales que rigen la impugnación de los actos, el interesado podrá recurrir la resolución de la Consejería competente en materia de energía en la que se ponga fin al procedimiento con archivo de las actuaciones.

– Autorización del anteproyecto de instalación y licencia ambiental.

Los condicionantes medioambientales de la política energética son evidentes. De hecho, no es infrecuente que los proyectos de nuevas instalaciones de generación eléctrica provoquen la movilización de asociaciones y grupos de defensa de la naturaleza preocupados por el posible impacto negativo de estas actuaciones en el paisaje y en la preservación de los valores naturales. La propia jurisprudencia, en relación fundamentalmente con las instalaciones eólicas, nos da cuenta de hasta que punto puede, en muchos casos, resultar difícil armonizar la garantía del suministro de energía eléctrica con el derecho constitucional a un medio ambiente adecuado⁶⁰. Un conflicto que, en términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009⁶¹ recogidos por otras muchas, “debe ser resuelto de conformidad con la norma que reconozca preferencia a un bien o interés sobre otro, si es que la protección conjunta y simultánea de ambos no resultara posible”, teniendo en cuenta que “en todo caso, el criterio de la sostenibilidad del desarrollo será la clave de la decisión, pues deberán atemperarse las exigencias inherentes al deseable incremento de las fuentes de energía renovable con la protección de las especies y las áreas de particular sensibilidad”.

En Andalucía, las instalaciones de generación eléctrica a partir de fuentes de energía renovables exigen en la mayoría de los casos de la autorización am-

⁶⁰ Son muchos, en efecto, los pronunciamientos que así lo evidencian. Entre otras, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007 (RJ 319), 30 de abril de 2008 (RJ 2503) y 26 de mayo de 2009 (RJ 6374) o las del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) de 10 de mayo (RJCA 511), 21 de mayo (Ref. Iustel 2042731) y 17 de septiembre de 2010 (JUR 368702), con cita de otras anteriores que se ocupan de esta misma cuestión.

⁶¹ RJ 6374.

biental unificada prevista en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión integrada de la Calidad ambiental⁶² y regulada en el Decreto 356/2010, de 3 de agosto. Esta norma ha optado por convertir el permiso ambiental en un trámite propio del procedimiento de autorización de la instalación⁶³. En efecto, aunque su artículo 26.2 establece con carácter general que “la autorización ambiental unificada deberá obtenerse con carácter previo a cualquier otra licencia o autorización que resulte exigible a la correspondiente actuación”, los artículos 30 y 32 excepcionan esta regla en los casos de “actuaciones privadas declaradas de utilidad e interés general de Andalucía” entre las que se encuentran “las de generación de energía”. En estos supuestos, la autorización ambiental unificada “se resolverá mediante la emisión de un informe de carácter vinculante del órgano ambiental competente” en el “procedimiento seguido para la concesión de la autorización que la normativa sectorial exija en cada caso”.

Prescindiendo de la regulación concreta sobre la emisión de este informe⁶⁴, debe destacarse el hecho mismo de la implantación, al igual que su-

⁶² En efecto, en aplicación del apartado 2 del Anexo de esta Ley, la autorización ambiental unificada es exigible para “las instalaciones de producción de energía eléctrica solar o fotovoltaica en suelo no urbanizable y que ocupen una superficie superior a dos hectáreas”, las “de producción de energía hidroeléctrica y los parques eólicos”. Requieren, por su parte, autorización ambiental integrada “las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario o en régimen especial, en las que se produzca la combustión de combustibles fósiles, residuos o biomasa”.

La autorización ambiental unificada constituye, en la definición que ofrece el artículo 19.3 de la Ley, una resolución en la que “se determinan, a los efectos de protección del medio ambiente, la viabilidad de la ejecución y las condiciones en que deben realizarse las actuaciones sometidas a dicha autorización ...”. Estas autorizaciones se tramitan y resuelven por la Consejería de Medio ambiente e integran “todas las autorizaciones y pronunciamientos ambientales que correspondan a la Consejería competente en materia de medio ambiente y que sean necesarios con carácter previo a la implantación y puesta en marcha de las actuaciones (artículos 29 y 19.2 y 3).

⁶³ Un principio ya reconocido por el artículo 115.a) del RD 1955/2000. No obstante en Andalucía la regla, hasta la entrada en vigor del Decreto 356/2010, parece haber sido la de la tramitación independiente del permiso ambiental. Así puede comprobarse, por ejemplo, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 142, de 21 de julio de 2010, en el que, pocos días antes de la aprobación de esta norma, se publicaba una resolución de la Delegación provincial de Sevilla por la que se otorga autorización ambiental unificada para una planta solar.

Sobre la conexión entre la autorización energética y el permiso ambiental, vid. GIMÉNEZ CERVANTES, J., “El régimen jurídico de las energías renovables en España” (AAVV *Tratado de regulación del sector eléctrico*, T. I, op. cit., pág. 327).

⁶⁴ El promotor debe presentar la solicitud de autorización ambiental integrada ante el órgano competente para la tramitación de la autorización energética que será el que deba cumplir con los trámites de información pública y consultas exigidos por la normativa ambiental.

Concluida esta fase, el órgano ambiental elaborará un dictamen ambiental “que incluirá el

cede en otras Comunidades Autónomas como Galicia⁶⁵, de un principio de unidad procedimental para la concesión de dos autorizaciones reguladas en normas diversas, que otorgan órganos administrativos distintos y que protegen bienes jurídicos diferentes. Una unidad procedimental que se logra por la vía de la conversión de la autorización ambiental unificada en un informe preceptivo y vinculante del procedimiento de autorización del anteproyecto de instalación. De esta forma, si el informe del órgano ambiental es contrario al proyecto solicitado, la autorización energética no puede otorgarse, de la misma forma en la que si el informe ambiental impone condiciones, la energética tendrá que acatarlas⁶⁶. No obstante, no debe perderse de vista que el Decreto

resultado de la evaluación de impacto ambiental, así como los condicionantes que se deriven del análisis realizado por las distintas unidades administrativas afectadas y de los que resulten de los informes emitidos”. Este dictamen será trasladado al órgano sustantivo, esto es, al competente para otorgar la autorización energética, y a los interesados “para que en un plazo de quince días formulen las observaciones que estimen pertinentes”.

Seguidamente se elaborará “la propuesta de informe” de la que también se dará traslado “al órgano sustantivo constituyéndose, en caso de disconformidad con la misma, un grupo de trabajo mixto para resolver de común acuerdo y en el plazo máximo de treinta días los aspectos objeto de disconformidad, en los términos establecidos en el artículo 31.4”.

Concluido este trámite, el órgano ambiental emitirá su informe en el plazo de ocho meses o de seis según se trate de un procedimiento ordinario o abreviado. Su contenido coincide con el previsto para la autorización ambiental unificada por el artículo 25. Las determinaciones y condiciones establecidas en el informe “se incorporarán a la autorización que otorgue el órgano sustantivo”. Si éste disiente de su contenido, “podrá plantear la resolución de su discrepancia ante el Consejo de Gobierno conforme al procedimiento regulado en el artículo 33”. Emitido “el informe o transcurrido el plazo para su emisión, o resuelta la discrepancia en su caso planteada, el órgano sustantivo procederá a la resolución del procedimiento de autorización conforme a la normativa sectorial aplicable, cuyo plazo quedó suspendido desde la remisión del expediente por el órgano sustantivo al órgano ambiental”. Vid., en particular, artículos 21, 24, 27, 30 y 32.

⁶⁵ Artículo 37.7 de la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico y se crean el canon eólico y el fondo de compensación ambiental.

⁶⁶ Como afirma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 14 de mayo de 2007 (JUR 278774). Esta jurisprudencia insiste, no obstante, en la necesidad de que esas condiciones estén siempre debidamente motivadas. Así puede comprobarse, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (RJ 804, 2007).

Destaca también la jurisprudencia que una eventual declaración de invalidez de la decisión del órgano ambiental determina la de la autorización energética “porque además de ser un trámite de cumplimiento obligado en los procedimientos que nos ocupan, constituye una técnica transversal que condiciona la práctica totalidad de la actuación posterior, por lo que su nulidad conlleva la de la autorización impugnada”. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 10 de junio de 2009, JUR 344001). En el mismo sentido se había pronunciado la Sentencia de este Tribunal (Sala de Burgos) de 29 de abril de 2005 (RJCA 1085).

356/2010 reduce su ámbito de aplicación a las instalaciones de generación eléctrica para las que la Ley de Gestión integrada de la Calidad ambiental exige autorización ambiental unificada. Para el supuesto, excepcional desde luego, en el que la autorización ambiental necesaria sea la integrada⁶⁷, ha de considerarse que continuará rigiendo la independencia procedimental seguida hasta ahora.

Una mención singular merecen las instalaciones solares fotovoltaicas para las que el artículo 11.1.c) del Decreto 50/2008, que específicamente las regula, exige que la solicitud de la autorización administrativa del anteproyecto de instalación vaya acompañada de “la autorización o informe favorable del órgano ambiental competente si procede”. Ahora bien, puesto que estas instalaciones están sujetas también al ámbito de aplicación del Decreto 365/2010, en la medida en que, por lo general, precisan autorización ambiental unificada⁶⁸, se podrían plantear dudas sobre la solución aplicable ante la existencia de reglas de sentido contrario. De una parte, la que en la norma reguladora de estas concretas instalaciones impone la obtención previa del permiso ambiental; de otra, la que lo inserta en el procedimiento de concesión de la autorización sustantiva. Un conflicto normativo en el que entran en juego principios de contenido distinto. Así, el que aboga en favor de la norma posterior en el tiempo; y el que se decanta, de otra parte, por ese “principio de derecho” según el cual “la norma especial deroga a la norma general en cuanto a su ámbito singular de aplicación, siendo en cuanto a dicho ámbito de preferente vigencia”⁶⁹.

Desde luego, estamos ante una cuestión que el Decreto de 2010 sobre la autorización ambiental unificada tendría que haber resuelto por la vía de la derogación de la regla correspondiente del Decreto sobre las instalaciones fotovoltaicas si, como parecía lógico en la medida en que con ello se satisfacen las exigencias de celeridad y simplificación de los procedimientos administrativos,

⁶⁷ Vid. apartado 2.4 del Anexo I.

⁶⁸ Vid. Apartado 2.6 del Anexo I de la Ley 7/2007.

⁶⁹ En términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1981 (RJ 1647). En realidad, se trata de un principio firmemente mantenido tanto por la jurisprudencia civil –Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994 (RJ 6583) o 20 de julio de 2001 (RJ 6863)– como contencioso-administrativa –Sentencias del mismo Tribunal de de 3 de diciembre de 1962 (RJ 4646) y 25 de junio de 1981 (RJ 1647), así como Sentencias, entre otras, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de abril de 2001 (RJCA 195532), de Extremadura de 25 de mayo de 2000 (RJCA 1589) o de Navarra de 20 de junio de 1997 (RJCA 1285)–.

el Gobierno andaluz quería realmente establecer un procedimiento único para todas aquellas actuaciones de utilidad o interés general en las que el permiso ambiental concurre con una autorización sustantiva a otorgar por un órgano diferente. Ahora bien, no debe pasar desapercibido el hecho de que el Decreto 9/2011 ha mantenido inalterada esa regla del artículo 11.1.c) de la norma de 2008 que exige que la solicitud de la autorización del anteproyecto de instalación se acompañe de “la autorización o informe favorable del órgano ambiental competente si procede”. En definitiva, parece difícil mantener la vigencia de la norma general, el Decreto 356/2010, en detrimento de la especial, el Decreto 50/2008, cuando ésta ha sido, además, objeto de una reforma posterior a la promulgación de la disposición general en la que esta cuestión podría haber merecido otro tratamiento.

– Autorización de los órganos competentes para la protección del Patrimonio Histórico. Un informe en el procedimiento de prevención ambiental.

La construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones de generación de energía eléctrica puede incidir también en la conservación de los valores tutelados por la Legislación de Patrimonio Histórico tal y como reconocía el “Plan de Energías renovables en España 2005–2010”⁷⁰ y declara el “Plan andaluz de sostenibilidad energética 2007–2013”⁷¹. En tales casos, será necesaria la autorización administrativa prevista por el artículo 33 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA). Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo 32.2 de esta ley impone a la Consejería de Medio Ambiente el deber de recabar en los procedimientos de prevención y control ambiental “el informe vinculante de la Consejería competente en materia de Patrimonio Histórico sobre la afeción al Patrimonio Histórico de la actividad proyectada”, y la obliga a incluir “en las correspondientes resoluciones y pronunciamientos, las determinaciones resultantes del informe emitido, que se considerará a todos los efectos como la autorización a que se refiere el artículo 33”. El plazo de emisión de este informe es de treinta días transcurridos los cuales se entenderá favorable, a menos que la actividad proyectada afecte a bienes individualmente declarados de interés cultural o incluidos en sus entornos, casos en los que, en aplicación del artículo 32.3, el plazo se amplía a tres meses y su falta de emisión se considera desfavorable.

⁷⁰ Apartado 3.1.2.5 del Capítulo 3.

⁷¹ Plan aprobado por el Decreto 279/2007, de 13 de noviembre. Vid. Apartado 8.2.1.

En definitiva, con carácter general esta autorización se convierte en un informe a emitir en el procedimiento para la obtención del permiso ambiental que no podrá otorgarse si la Consejería de Cultura se opone a la actuación pretendida por razones de protección del Patrimonio Histórico. Por estos mismos motivos, la autorización ambiental deberá acatar las condiciones impuestas, en su caso, por este órgano.

c) La resolución: Las vías posibles para su impugnación.

El plazo para la resolución y notificación de la autorización es, según dispone el artículo 31.1 de la Ley de Energías renovables, de tres meses. El propio precepto prevé, no obstante, su ampliación a seis meses en los casos en los que las actuaciones objeto de autorización “no se encuentren previstas por planes o programas vigentes”⁷². El plazo quedará en suspenso, en aplicación del artículo 42.5 c) de la LRJ-PAC, “cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe que igualmente deberá ser comunicada a los mismos”.

La resolución debe publicarse oficialmente y notificarse al solicitante y Administraciones, organismos públicos y empresas de servicio público o de servicios de interés general que hayan intervenido o que hubieran podido intervenir en el procedimiento⁷³. En el caso de que sea favorable, ha de expresar “el periodo de tiempo contado desde su otorgamiento en el cual deberá ser solicitada la aprobación del proyecto de ejecución”. De no hacerlo, se producirá su caducidad. No obstante, el interesado podrá pedir por razones justificadas una prórroga de ese plazo⁷⁴. La resolución, de otra parte, que deniegue la autorización deberá motivarse en cumplimiento del artículo 54.1.a) de la LRJ-PAC.

La falta de resolución y notificación en plazo tiene efectos desestimatorios de la solicitud de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Ley de energías renovables.

⁷² Este plazo se reduce en el caso concreto de las instalaciones fotovoltaicas a un mes o dos, según que la competencia para resolver la tengan las Delegaciones Provinciales o la Dirección General (artículo 11.5 del Decreto 50/2008).

⁷³ El RD 1955/2000 no detalla el contenido de la resolución, lo que si hace el artículo 11.5 del Decreto 50/2008 para las instalaciones solares fotovoltaicas.

⁷⁴ Artículo 128.4 del RD 1955/2000.

La resolución será lógicamente recurrible de acuerdo con las reglas generales que rigen la impugnación de los actos administrativos. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que en su procedimiento se insertan varios informes preceptivos y vinculantes que responden, en la mayoría de los casos, a otras tantas autorizaciones exigidas por diferentes normas sectoriales de aplicación. Es claro que el interesado podrá oponerse a estos informes con ocasión del recurso que interponga contra la eventual denegación de la autorización del anteproyecto de instalación, como expresamente indica el artículo 32.7 del Decreto 356/2010 en relación con el del órgano ambiental. Ahora bien, puede entenderse también de acuerdo con el artículo 107.1 de la LRJ-PAC que estamos ante actos de trámite susceptibles de impugnación separada. Una tesis, sin embargo, a la que el Tribunal Supremo se ha opuesto en sus Sentencias de 14 de noviembre de 2008⁷⁵ y 26 de noviembre de 2010⁷⁶, si bien, en ambos casos, con votos particulares del Magistrado Pérez Morate.

B. La aprobación del proyecto de ejecución.

La autorización del anteproyecto de instalación no permite por sí sola el desarrollo de la actuación pretendida. Se requiere, además, la aprobación del proyecto de ejecución que, como establece el artículo 115 b) del RD 1955/2000 y reconoce la jurisprudencia en su aplicación⁷⁷, es la resolución que realmente habilita para la construcción de la instalación proyectada⁷⁸.

⁷⁵ Ref. Iustel 286404.

⁷⁶ Ref. Iustel 335232.

El Tribunal Supremo estima que no cabe la impugnación de la Declaración de efectos ambientales de un proyecto de planta de almacenamiento y regasificación de gas licuado toda vez que ésta “tiene un carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto; por lo que dicha declaración ambiental no constituye un acto administrativo definitivo que pueda ser impugnado de forma autónoma en la vía jurisdiccional, de manera que su enjuiciamiento sólo podrá llevarse a cabo con motivo de la impugnación que se dirija contra el acto que ponga fin al procedimiento”.

⁷⁷ En tal sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de febrero de 2005 (JUR 91389).

⁷⁸ El apartado 11 del artículo 131 del RD 1955/2000 permite que “excepcionalmente, cuando razones de urgencia o de excepcional interés para el sistema eléctrico así lo aconsejen, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía, podrá autorizar motivadamente y con carácter provisional, la construcción de la instalación sin aprobación del proyecto de ejecución y siempre y cuando la instalación haya obtenido la correspondiente autorización administrativa”. Una competencia que en la Comunidad Autónoma ha de entenderse otorgada al Consejo de Gobierno.

Ahora bien, la petición de aprobación de este proyecto no ha de suceder necesariamente a la autorización del anteproyecto, toda vez que el mismo artículo 115 permite que una y otra solicitud puedan “efectuarse de manera consecutiva, coetánea o conjunta”. No obstante, habrá que tener en cuenta que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010⁷⁹, la tramitación coetánea o conjunta “no impide lo que resulta evidente”, que “en todo caso la aprobación del proyecto de ejecución ha de ser posterior a la autorización administrativa y al estudio de impacto ambiental necesario para otorgar la autorización. O, dicho en otros términos, el proyecto de ejecución ha de tener en cuenta necesariamente las observaciones y condicionamientos que en su caso establezca la autorización, normalmente como consecuencia de lo establecido en la declaración de impacto ambiental”.

En el procedimiento previsto por el RD 1955/2000 para la aprobación del proyecto de ejecución destaca la obligación impuesta por el artículo 131.1 al órgano instructor de “remitir las separatas del proyecto presentado a las distintas Administraciones, organismos o empresas de servicio público o de servicios de interés general afectadas, con bienes y derechos a su cargo, al objeto de que establezcan el condicionado técnico procedente en el plazo de veinte días”, garantizándose tanto a los interesados como a estas entidades el derecho a conocer y rebatir las alegaciones de la parte contraria⁸⁰.

⁷⁹ Ref. Iustel 299281.

⁸⁰ Así dispone la norma que transcurridos los veinte días sin que esas instancias se hayan pronunciado se les volverá a requerir para que emitan su parecer en diez días. En el caso de no existir respuesta, “se tendrán por aprobadas las especificaciones técnicas propuestas por el peticionario de la instalación en el proyecto de ejecución”. Si, por el contrario, estas entidades manifestaran su oposición, se dará traslado de sus objeciones al interesado “para que en el plazo de quince días preste su conformidad o formule los reparos que estime procedentes”. De darse esta última circunstancia, volverá a requerírseles para que, en quince días, expresen de nuevo “su conformidad o reparo”. Transcurrido este plazo sin respuesta, se presumirá su acuerdo con la contestación al condicionado efectuada por el peticionario. Si persiste el desacuerdo, el órgano competente resolverá “recogiendo las condiciones técnicas establecidas en el condicionado o, bien, si discrepa de éste, remitirá propuesta de resolución al Ministro de Economía para su elevación al Consejo de Ministros”, competencia que en el ámbito autonómico ha de entenderse que corresponde al Consejo de Gobierno.

Estos condicionados no son necesarios cuando las distintas Administraciones u organismos afectados hayan aprobado, de conformidad con el Ministerio o el Departamento autonómico correspondiente, normas de carácter general para el establecimiento de las instalaciones.

La resolución, que ha de ser motivada si se opone al proyecto⁸¹, debe notificarse al peticionario y a todas aquellas Administraciones y entidades que emitieron o debieron emitir condicionado técnico. El plazo para la resolución y notificación es de tres meses, transcurridos los cuales el interesado podrá estimar denegado su proyecto de acuerdo con la regla general establecida por el artículo 31 de la Ley de Energías renovables.

C. La autorización de explotación.

Esta autorización permite, en términos del artículo 115 c) del RD 1955/2000, “poner en tensión las instalaciones y proceder a su explotación comercial”. Se ha de solicitar una vez ejecutado el proyecto, adjuntando “un certificado final de obra suscrito por técnico facultativo competente, en el que conste que la instalación se ha realizado de acuerdo con las especificaciones contenidas en el proyecto de ejecución aprobado, así como con las prescripciones de la reglamentación técnica aplicable a la materia”. Se concederá en el plazo de un mes una vez que la Administración haya efectuado las comprobaciones técnicas que considere oportunas. Durante ese plazo, el titular de la instalación puede solicitar, de conformidad con el artículo 132 de la norma, que se le extienda el acta de puesta en servicio para pruebas. El transcurso del plazo sin que la Administración se haya pronunciado o notificado su decisión tiene, de nuevo, efectos desestimatorios de la solicitud en aplicación del artículo 31.1 de la Ley de Fomento de las Energías renovables⁸².

D. Autorización energética y licencia urbanística.

Las actuaciones de “construcción o instalación de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos vinculados a la generación mediante fuentes energéticas renovables” requerirán “tras las autorizaciones que procedan de acuerdo con el resto de normas de aplicación, el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística municipal”. Estos son los términos en los que el

⁸¹ Así procede en aplicación del artículo 54.1 de la LRJ-PAC como destaca, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de febrero de 2005 (JUR 91389).

⁸² El artículo 12 del Decreto 50/2008 regula, en términos que no difieren sustancialmente de los establecidos en la disposición estatal, la puesta en servicio de las instalaciones solares fotovoltaicas.

artículo 12.7 de la Ley de Fomento de las energías renovables recoge la que, de otra parte, constituye una exigencia clara en aplicación del artículo 169 de la Ley 7/2002, de Ordenación urbanística de Andalucía (LOUA): el necesario sometimiento a licencia urbanística “de todos los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo”. La licencia urbanística se ha de obtener, como dispone ese mismo artículo 12.7, cuando ya se cuenta con el resto de las autorizaciones necesarias para la instalación proyectada. Una norma que está en sintonía, de nuevo, con la regla general establecida por el artículo 172.1 de la LOUA, pero que puede, sin duda, presentar problemas en su aplicación.

En efecto, la independencia de la licencia urbanística del resto de las autorizaciones precisas para la instalación y su concesión cuando todas éstas ya han sido otorgadas conlleva el peligro de que el Municipio pueda dar al traste con una operación que, tras laboriosos procedimientos, cuenta ya con una declaración de conformidad con el ordenamiento jurídico atendiendo a la protección de intereses muy diversos. Es cierto que el informe de compatibilidad urbanística emitido por el Municipio con carácter previo a la solicitud de la autorización energética viene a paliar considerablemente este riesgo aunque, desde luego, no garantiza la conformidad municipal con la instalación. Y es que no parece que pueda aceptarse que el Municipio se encuentra vinculado en la concesión de la licencia por su propio informe emitido meses antes, teniendo en cuenta además que el proyecto de instalación sobre el que se pronunció en su día ha podido variar en el curso del procedimiento a resultas, en los supuestos más frecuentes, de los condicionamientos introducidos por el órgano ambiental.

Desde luego, no cabe negar la plena facultad del Municipio para pronunciarse en contra de su propio informe en los supuestos en los que entre el momento de su emisión y el del otorgamiento de la licencia se haya producido una variación del régimen jurídico aplicable o una alteración del presupuesto de hecho que sirvió de base para su emisión. Más discutible podría resultar su capacidad para separarse de ese informe previo en los supuestos en los que las condiciones en las que éste se emitió no hayan variado, hipótesis en las que una separación de su criterio anterior no encontraría más fundamento que el de una distinta interpretación del ordenamiento jurídico aplicable o una diferente valoración de las circunstancias concurrentes en el ejercicio de unas potestades que, aunque ciertamente regladas, se insertan con claridad en el ámbito de la discrecionalidad técnica. Ahora bien, aun en estos casos y aunque sea difícil ofrecer una respuesta uniforme a situaciones reales que pueden ser muy variadas, quizá, y con carácter general, deba mantenerse la capacidad del Muni-

cipio para separarse de su informe de compatibilidad urbanística siempre y cuando justifique debidamente su decisión. Otra solución supondría aceptar licencias municipales que, a juicio de la Administración en el momento de su concesión, no son las que mejor defienden los intereses públicos en juego. Aceptada esta premisa, podrá, desde luego, plantearse la cuestión relativa a los posibles derechos de los interesados en estos casos en los que la licencia municipal se aparta del informe de compatibilidad previamente emitido, tema que ha de reconducirse, como es obvio, al ámbito de la responsabilidad patrimonial de los Poderes públicos.

3. La concesión de instalación acogida al régimen especial de producción.

La producción de energía a partir de fuentes renovables se ve, por lo general, beneficiada por la aplicación de un régimen especial caracterizado por las ventajas económicas que comporta para el productor. El reconocimiento de este específico régimen se ha visto afectado de manera importante por la reforma del RD 661/2007 por el 198/2010, de 26 de febrero, de adaptación de determinadas normas del sector eléctrico a la Ley 25/2009. La condición de instalación acogida a este específico régimen se otorga, según establece el reformado artículo 6.1, “por la Administración competente para su autorización en el momento de la inscripción previa en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial”⁸³. Desaparece así la necesidad de obtener esa condición con carácter previo a la inscripción en el registro, nota que caracterizaba al Derecho anterior a la reforma del RD 198/2010⁸⁴.

Interesa advertir, además, que tras la modificación operada por esta disposición la solicitud de reconocimiento del régimen especial de producción exige la previa ejecución de la instalación toda vez que entre la documentación acreditativa que, por disposición del artículo 11.2 del RD 661/2007, ha de presentarse junto con la solicitud de inscripción en el registro figura “el acta de

⁸³ Este registro se regula en la Sección 3ª del Capítulo II, artículos 9–15, del RD 661/2007. Vid., en particular, su artículo 11.

⁸⁴ Consecuentemente, el RD 198/2010, de 26 de febrero, deroga los artículos 7–9 del RD 661/2007, que establecían el procedimiento para la obtención de instalación acogida al régimen especial.

Sobre las características del régimen establecido por el RD 661/2007 antes de su reforma, puede verse LÓPEZ SAKO, M.J., *Regulación y autorización de los parques eólicos*, op. cit., págs. 212–230.

puesta en servicio provisional para pruebas”. En realidad, ésta es una exigencia que ya aparecía en la redacción originaria de este precepto pero a los solos efectos de una inscripción de la que entonces no dependía la concesión del régimen especial de producción⁸⁵. Nos hayamos, sin duda, ante una novedad importante y de trascendentes efectos prácticos. A partir de ahora, el promotor habrá de proceder a esa ejecución sin saber si gozará o no de los beneficios propios de este régimen lo que, quizá, no contribuya al proclamado fomento de las fuentes de energías renovables.

El carácter básico de esta normativa ha determinado que la Junta de Andalucía en su reciente Decreto 9/2011 haya derogado el artículo 8 del Decreto 50/2008, de 19 de febrero sobre “otorgamiento de la condición de instalación de producción acogida a Régimen especial”, y dado una nueva redacción al 13 para, en sintonía con lo dispuesto por el Derecho estatal, establecer que la condición de producción en régimen especial será, en todo caso, otorgada “en el momento de la inscripción previa en el Registro de Instalaciones de Producción en Régimen Especial de la Comunidad Autónoma de Andalucía”⁸⁶.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL. ¿ES NECESARIA O CONVENIENTE LA REFORMA DEL RÉGIMEN VIGENTE?

Son muchas las disposiciones que, de una u otra forma, recogen la necesaria reforma del régimen de las energías renovables para, entre otros objetivos, lograr que “los procedimientos administrativos se racionalicen y se aceleren en el nivel administrativo adecuado”⁸⁷. Unos objetivos que también fi-

⁸⁵ El apartado 2 del entonces artículo 6 se refería escuetamente a la necesaria exposición en la solicitud de las “características técnicas y de funcionamiento de la instalación”.

⁸⁶ Debe advertirse que la nueva norma de Andalucía, al igual que la estatal, dispone que la solicitud de ese régimen e inscripción en el registro debe producirse, según determina el reformado artículo 13.1, “una vez ejecutada la instalación solar fotovoltaica”, requisito que antes era necesario para poder pedir la inscripción en el Registro, pero no para solicitar y obtener, en aplicación del suprimido artículo 8, la condición de instalación acogida al régimen especial de producción.

⁸⁷ En términos tomados, por ejemplo, de la Directiva 2009/28, de 23 de abril, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

guran en el “Plan de acción de energías renovables (PANER) 2011–2020”⁸⁸ y a los que claramente apunta, de otra parte, la Ley de economía sostenible, que aboga con carácter general por “un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo” y, en particular, por unos procedimientos administrativos “adecuados a las distintas tecnologías, tamaños y usos” que eliminen “barreras técnicas, administrativas y de mercado” y establezcan “plazos abreviados de respuesta” y “tasas y gravámenes reducidos y uniformes”⁸⁹.

La realidad actual está lejos de estos loables propósitos. Ni en el marco normativo vigente puede calificarse de sencillo y claro, ni los procedimientos administrativos se caracterizan por esas deseadas notas de rapidez y agilidad. Ahora bien, sin negar la obligación de avanzar en esta línea, no pueden dejar de reconocerse las muchas dificultades del camino por andar. De entrada, ha de tenerse presente que nos encontramos ante la aplicación de un Derecho ordenador de una realidad extraordinariamente compleja y sujeta, además, a continuos avances tecnológicos que son los que, en la generalidad de los casos, propician los muchos cambios normativos que se producen en el sector. El propio Tribunal Supremo, en relación concretamente con la energía eólica, ha manifestado en numerosas ocasiones que el ordenamiento jurídico en la materia “no ha alcanzado”, todavía, “quizá por su reciente implantación, un grado de madurez suficiente”⁹⁰, lo que “nos exige a todos un importante esfuerzo de estudio y adaptación”⁹¹.

⁸⁸ Plan que incluye entre las medidas necesarias para alcanzar los objetivos propuestos “el desarrollo de un marco adecuado para la simplificación, homogeneización y unificación de los procedimientos de autorización de instalaciones EERR incluyendo la simple notificación”. (Vid. Capítulo IV).

⁸⁹ Artículos 4.7 y 84.3 de la ley 2/2111, de 4 de marzo.

El artículo 84 dispone, además, que “el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo elaborará un catálogo de los procedimientos y trámites a seguir para la implantación de instalaciones de aprovechamiento de la energía de origen renovable y cogeneración de alta eficiencia al objeto de servir de guía a las administraciones competentes para la elaboración de los mismos, así como orientar a los promotores de este tipo de instalaciones”.

⁹⁰ Sentencias, entre otras, de 28 de marzo de 2006 (RJ 1115), 26 de junio de 2006 (RJ 3974) y 30 de enero de 2007 (RJ 319).

⁹¹ Sentencia de 30 de abril de 2008 (RJ 2503).

⁹² Si se quiere, declara, “que la nueva planificación energética de Andalucía para los próximos años alcance su objetivo fundamental de garantizar el suministro energético suficiente y

Tampoco, desde otra perspectiva, puede perderse de vista que la construcción y funcionamiento de instalaciones de generación eléctrica constituyen actividades en las que concurren bienes y valores jurídicos de muy distinta naturaleza y no siempre de fácil armonización. El suministro de energía eléctrica es, como afirma la Exposición de Motivos de la LSE, “esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad”, de ahí que deba garantizarse, en todo momento, en las condiciones de seguridad y calidad que las propias normas determinan. Ahora bien, ésta es una actividad que ha de atender igualmente a los requerimientos impuestos por la protección del medio ambiente, objetivo al que se ordena un importante conjunto normativo encabezado por el artículo 45 de la Constitución, así como, de otra parte, a los condicionamientos derivados de la ordenación territorial y urbanística. También, en su caso, la construcción y funcionamiento de instalaciones de generación eléctrica habrá de tener en cuenta las exigencias establecidas por las normas de protección del patrimonio cultural, la defensa nacional o cualesquiera otras que puedan resultar de la aplicación de otras Leyes sectoriales. En definitiva, en las actividades de esta naturaleza confluyen intereses muy diversos tutelados por normas diferentes cuya aplicación está, además, encomendada a órganos administrativos distintos, de ahí esa multiplicidad de procedimientos y autorizaciones difícil, por consiguiente, de soslayar.

A las dificultades derivadas de esta concurrencia de intereses, deben añadirse, además, las que aporta la fuerte descentralización que caracteriza al Estado español actual. En efecto, en un modelo en el que las Comunidades Autónomas cuentan con importantes competencias en el ámbito no solo de la energía, sino también en los del medio ambiente, la ordenación del territorio, el urbanismo, el patrimonio cultural o el propio procedimiento administrativo, es muy difícil la consecución de un régimen uniforme para la concesión de los distintos permisos que la construcción y puesta en funcionamiento de una instalación eléctrica requiere.

Ahora bien, el reconocimiento de las dificultades que se oponen al logro de esos objetivos de mayor claridad y simplificación de los procedimientos, no puede servir de excusa para la adopción de aquellas medidas que contribuyan a avanzar en esta línea, lo que probablemente exija reflexionar con carácter previo sobre algunas de las grandes opciones del Derecho regulador del sector eléctrico como son, señaladamente, las que se refieren al mantenimiento como actividades reguladas del acceso a las redes de transporte y distribución o a la atribución de funciones públicas a entidades privadas, proceso que, sin embargo, no ha encontrado, hasta ahora, una adecuada traducción en el ámbito del procedimiento administrativo. En efecto, este es un fenómeno que, en buena lógica, debería llevar aparejado una regulación

sobre la forma de actuación de estas entidades cuando ejercen funciones de esta naturaleza y sobre las garantías que ante ellas asisten a los interesados. En definitiva, a los promotores de estas instalaciones ha de ofrecérseles seguridad jurídica, el convencimiento de que, cumplido ese procedimiento, su instalación va a ser posible y, lo que es más importante, que proyectos de tanta envergadura como éstos, objeto de una larga tramitación y extraordinariamente costosos no se verán afectados por cambios normativos adoptados sin las correspondientes garantías.

Al margen de todo ello, y con la atención centrada exclusivamente en el ordenamiento de Andalucía, parece clara la conveniencia de una norma general que sin perjuicio de las especialidades que realmente puedan requerir determinadas fuentes de energías renovables, establezca una ordenación acabada que ponga fin a la actual dispersión normativa existente en un ámbito ya de por sí complicado y necesitado, por consiguiente, de claridad. Una ordenación precisada a su vez, como reconoce el “Plan andaluz de sostenibilidad energética 2007–2013”⁹², de un adecuado engarce con esas otras muchas disposiciones encargadas de la tutela de los variados intereses públicos concurrentes en la construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones de generación eléctrica.

Confiamos, en fin, en que las numerosas normas en proyecto tanto en el Estado como en Andalucía sean capaces de establecer unos procedimientos que cumplan realmente con los requerimientos exigidos por el ordenamiento comunitario. El propósito, desde luego, no es fácil pero en su consecución se juega en buena medida la verdadera implantación de estas fuentes de energía y con ella la contribución decidida al logro de esos objetivos medioambientales convertidos en una de las mayores preocupaciones de nuestra sociedad y en uno de los compromisos más firmes de una política a nivel mundial. Ahora bien, el desarrollo de las energías renovables no solo aporta beneficios desde la óptica medioambiental, presenta también una dimensión económica que, en modo alguno, puede soslayarse, pues son estas las fuentes en las que la Unión europea “dispone de cierto margen de maniobra para aumentar la oferta” y consecuentemente disminuir la dependencia energética exterior⁹³.

de calidad para todos los andaluces, que contribuya al desarrollo de Andalucía siempre bajo condiciones de sostenibilidad económica, social y ambiental, es imprescindible una mayor integración con otras políticas sectoriales mediante un diálogo permanente y una acción conjunta con todos los agentes implicados.

⁹³ Vid. “Libro verde. Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético” que vio la luz en el año 2000.

El marco general de la administración electrónica en Andalucía: situación actual y necesidades normativas

Eduardo Gamero Casado

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. 1. La administración electrónica: concepto, ventajas e inconvenientes. 2. Normativa estatal básica en materia de administración electrónica. 3. Reparto competencial en materia de administración electrónica. A. Las reglas generales de reparto competencial. B. En particular, el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Los *servicios mínimos* de administración electrónica. II. EL MODELO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. 1. Normativa autonómica en materia de administración electrónica: el inaplicable letargo andaluz. 2. Principios propios del modelo andaluz de administración electrónica. En particular, el principio de horizontalidad y la creación de herramientas, plataformas, aplicaciones y sistemas comunes de administración electrónica. III. LAS SEDES ELECTRÓNICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y LAS RELACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA CON LA CIUDADANÍA. 1. Las sedes electrónicas. 2. La información a la ciudadanía. 3. Las relaciones de la Administración autonómica con la ciudadanía por medios electrónicos. 4. La Plataforma de Relación con la Ciudadanía Andaluza (Clara). IV. LA IDENTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. V. EL REGISTRO ELECTRÓNICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. VI. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. VII. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO. LOS ACTOS Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO. VIII. LOS PAGOS TELEMÁTICOS. IX. REUNIONES VIRTUALES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS. EN PARTICULAR, EL CONSEJO DE GOBIERNO. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN:

A principios de este siglo, Andalucía se convirtió en un referente mundial en desarrollos de administración electrónica, y en el plano jurídico adoptó normas adecuadas en la materia. Tras la aprobación de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, ha mantenido una posición de vanguardia en el Gobierno electrónico, pero ha descuidado completamente el plano normativo. Actualmente, la necesidad de dictar normas reguladoras de la administración electrónica es imperiosa, pues se encuentra en entredicho el ejercicio efectivo de los derechos básicos que reconoce la ley. En este trabajo se expone la situación que presenta la administración electrónica en Andalucía, la esfera competencial autonómica en la materia y su regulación vigente, y se insiste en la necesidad de abordar una importante labor normativa en ejecución de las remisiones derivadas de la Ley 11/2007.

Palabras clave: Administración electrónica. Competencias autonómicas. Derechos de la ciudadanía. Ley de acceso electrónico.

ABSTRACT:

At the beginning of this Century, Andalusia became a world reference on developments of eGovernment, and adopted appropriate rules in the legal field. After the adoption of the Act Nr. 11/2007, on electronic access of citizens to the public services, has maintained a leading position in the eGovernment, but has completely neglected the legal regulation. Currently, the need to issue rules concerning eGovernment is imperative, as is now in question the effective exercise of basic rights recognized by the law. This paper sets out the situation that presents the eGovernment in Andalusia, the extent of the autonomic decision-making power in this field, and its existing regulations, and stresses the need to address a major legal activity in implementation of the referrals arising from the 11/2007 Act.

Key words: eGovernment. Autonomic extend of decision-making power. Citizens' rights. E-Government Act.

I. RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

1. La administración electrónica: concepto, ventajas e inconvenientes

La administración electrónica se define como “el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas”¹. Se comprende pues que la administración electrónica no constituye una mera implantación de las tecnologías de la comunicación y la información a la gestión administrativa, sino que supone dos elementos mucho más ambi-

¹ Cfr. “El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa”, comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2003) 567 final, de 26 de septiembre (comunicación no publicada en el *Diario Oficial*). Esta es la definición más extendida. En lo que se refiere a las aportaciones doctrinales, CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2006): *Órganos colegiados electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 26 describe la administración electrónica como “un modelo de Administración pública basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, con el objetivo de mejorar la eficiencia interna, las relaciones interadministrativas y las relaciones de la Administración con los ciudadanos”; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2007): “Administración Electrónica: origen, definición institucional y contexto actual”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 14, pág. 96, la define como “un nuevo modelo de administrar basado en la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el desarrollo de las actividades administrativas [que] tiene dos dimensiones: de un lado, la dimensión interna, que comprende la aplicación de las TICs en el trabajo administrativo interno y en las relaciones interadministrativas; y de otro lado, la dimensión externa, referida a la aplicación de las TICs con el objetivo de ofrecer servicios públicos y procedimientos administrativos en sede electrónica a los administrados”; por último, BARRIUSO RUIZ, C. (2007): *Administración electrónica*, Dykinson, Madrid, pág. 23, define a la Administración electrónica como “el uso de la informática y las TIC en el sector público, como herramienta estratégica para la modernización de sus estructuras y mejora de sus servicios, procesos, gestión administrativa y democrática y sus políticas públicas, lo que impone a las Administraciones públicas no solo simplificar sus procedimientos administrativos y reducir el coste económico, sino mejorar la transparencia, eficiencia, accesibilidad, productividad y calidad de sus servicios públicos, ofreciéndolos de forma interoperable y multicanal”. Otras definiciones en el contexto español y comparado en ALLI ARANGUREN, J.C.; ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. (dirs.) (2008): *La administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril*, Gobierno de Navarra, Pamplona, págs. 41 y sigs.; LÓPEZ LÓPEZ, C. (2007): *La administración electrónica en Andalucía*, CEMCI-Diputación de Granada, Granada, págs. 22 y sigs.

ciosos: por una parte, el finalista o teleológico, que orienta la implantación de la administración electrónica al objetivo de mejorar la actividad administrativa (interna o doméstica y externa, tanto interadministrativa como en relación con la ciudadanía); en segundo lugar, no basta con el mero uso o implantación de recursos tecnológicos al quehacer administrativo, sino que para lograr ese propósito subyacente es preciso combinar el desarrollo tecnológico con cambios organizativos y nuevas aptitudes, tomando en definitiva la administración electrónica como un pretexto para la modernización y la simplificación administrativas.

En la actualidad, el desarrollo de la administración electrónica no representa ya un alarde o un rasgo de vanguardia: constituye, por el contrario, una exigencia elemental de buena administración, a fin de prestar a la ciudadanía servicios acordes a la sociedad contemporánea en la *Era de la Información*². En este sentido, son sobradamente conocidas las ventajas que representa la administración electrónica en relación con los derechos de la ciudadanía y la satisfacción del principio de eficacia (léase deber de buena Administración)³.

² Ya se encuentra generalizadamente admitido que las tecnologías de la información y la comunicación han supuesto el inicio de un nuevo período histórico, bautizado con ese nombre; véase la obra precursora de esta idea, a saber, CASTELLS, M. (2005): *La era de la información. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid. Esta percepción es la que funda el convencimiento de que los servicios de administración electrónica son actualmente una verdadera exigencia material y no una mera concesión graciosa.

³ Para una exposición detenida de las ventajas e inconvenientes de la administración electrónica, véanse, entre otros, PIÑAR MAÑAS, J.L. (2007): “Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración pública”, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 51 y sigs.; PALOMAR OLMEDA, A. (2007): *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 17 y sigs.; BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2000): “Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento”, *RAAP*, n° 40, págs. 26 y sigs.; MUÑOZ MACHADO, S. (2000): *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, págs. 37 y sigs.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2007): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, vol. 1, págs. 1276 y sigs.; VALERO TORRIJOS, J. (2007): *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª Ed., Comares, Granada; GÓMEZ PUENTE, M. (2007): “La Administración electrónica”, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 93 y sigs.; BLASCO DÍAZ, J.L. y FABRA VALLS, M. (2007): *Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Castellón; TEROL BECERRA, M.J. (Dir.) (2005): *Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías*, n° 1 de la revista *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla; y SANCHO ROYO, D. (2005): *Sociedad de la información y gobierno*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

Parece claro que en la actualidad los poderes públicos han adquirido conciencia de la necesidad de implantar soluciones de administración electrónica que permitan alcanzar tales beneficios. Pero al propio tiempo, no es fácil implantar soluciones de administración electrónica, pues diferentes factores complican extraordinariamente este propósito. Para ello, el primer paso es incorporar al ordenamiento jurídico las normas necesarias para regular el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y concretar su valor jurídico. Veamos seguidamente cuál es el marco normativo de la administración electrónica en nuestro ordenamiento.

2. Normativa estatal básica en materia de administración electrónica

Hasta fechas relativamente recientes, no existían normas con fuerza de ley que regulasen el régimen jurídico aplicable al uso de las tecnologías de la información y la comunicación por las Administraciones públicas, más allá del art. 45 de la Ley 30/1992, que bajo la rúbrica “Incorporación de medios técnicos”, ya en su redacción inicial atendía a esta cuestión, si bien de manera poco satisfactoria⁴; el texto fue objeto de un desarrollo reglamentario específico para la Administración del Estado⁵. También supone un precedente relevante la ordenación jurídica de la firma electrónica, inicialmente contenida en el Real Decreto–Ley 14/1999, de 17 de septiembre, y posteriormente en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, por cuanto que contiene preceptos que regulan específicamente el uso de la firma electrónica en el ámbito jurídico–administrativo⁶. Y aunque no se deban olvidar los antecedentes

⁴ Los análisis más detenidos de ese precepto se debieron a GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley, op.loc.cit.*; VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, op. cit. (1ª ed., 2004); BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2002): *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada; y DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (1993): “El documento electrónico en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *RAP*, nº 131.

⁵ Mediante el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

⁶ Por otra parte, una decisión estratégica en orden a la generalización de la firma electrónica fue la regulación de la prestación de servicios de seguridad por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre–Real Casa de la Moneda, que se incluyó en el art. 81 de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En esa disposición reside el encargo de implantar y generalizar el certificado electrónico reconocido expedido por la FNMT y que tanto se ha generalizado después, contribuyendo de manera decisiva al impulso de la administración electrónica en España.

normativos en materia tributaria, firma electrónica e impulso de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico⁷, en realidad la primera incorporación de determinaciones normativas relevantes en materia de administración electrónica vino de la mano de la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modificó tanto el art. 38 LRJPAC para regular los registros telemáticos, como el art. 59 de la propia Ley para regular las notificaciones telemáticas: esta reforma representa un cambio de tendencia en la regulación de la administración electrónica en España, y empieza a abrir el camino a disposiciones básicas estatales de carácter general en esta materia, así como a un desarrollo reglamentario que comienza a conformar un cuerpo normativo específico⁸.

Se abona así el campo para la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en lo sucesivo, LAE), una Ley de cabecera para un nuevo grupo normativo que atiende a la principal necesidad subyacente en la cuestión: introducir seguridad jurídica en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones jurídico-administrativas. Dos de los principales obstáculos al impulso de la administración electrónica son la desconfianza de los ciudadanos y la existencia de recelos jurídicos; la aprobación de una Ley como ésta contribuye a incrementar la confianza de los ciudadanos y a disipar gran parte de los recelos jurídicos, al aclarar suficientemente los concretos requisitos que debe reunir el uso de los medios electrónicos y telemáticos en las relaciones jurídico-administrativas y el valor jurídico que se confiere a las actuaciones realizadas en soporte electrónico. Remito el comentario de los contenidos de la Ley que tienen que ver con este trabajo a los diferentes apartados específicos que se desarrollan a continuación. Únicamente señalo ahora la extraordinaria oportunidad y calidad de este texto, y la necesidad de desarrollo normativo que evidencia en algunos aspectos cruciales para lograr su aplicación efectiva.

⁷ Véase lo que expongo sobre tales cuestiones en GAMERO CASADO, E.: "Introducción. El Derecho administrativo ante la *Era de la Información*", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2010): *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 73 y sigs.

⁸ En el que cabe destacar el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos; disposición que a su vez fue desarrollada por la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por la que se desarrolla la disposición final primera del Real Decreto 2009/2003.

En ese sentido, la Administración del Estado ha completado ya el conjunto de normas necesarias para el desarrollo de la Ley 11/2007. En primer lugar, conviene mencionar dos reglamentos estatales de carácter básico: el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica; y el Real Decreto 4/2010, de la misma fecha, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. Y en segundo término, es preciso referirse al Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que atiende a los mandatos de remisión normativa contenidos en la Ley, cuyo alcance se expone un poco más adelante. La utilidad específica que entraña este último es que, en virtud de la cláusula constitucional de supletoriedad del Derecho estatal, sus postulados resultan aplicables en Andalucía en tanto que se lleve a cabo por parte de la Administración autonómica el desarrollo de la materia, salvándose así, aunque de manera muy deficitaria, el vacío normativo que presentan estos extremos en el Derecho propio de Andalucía.

3. Reparto competencial en materia de administración electrónica

A. Reglas generales de reparto competencial

La administración electrónica no figura expresamente mencionada como materia competencial en los arts.148 y 149 CE. Esta circunstancia llevó a algún autor a defender la consideración de las tecnologías de la información y la comunicación como un nuevo título competencial en el que se preconizaba un especial protagonismo de las Comunidades Autónomas⁹. En mi opinión, por lo que se refiere particularmente a la materia “administración electrónica”, el análisis del reparto competencial debe centrarse esencialmente en el art. 149.1.18^a CE, que es el que sistemáticamente invoca el legislador estatal cuando aborda la cuestión en las normas anteriormente citadas. Como es sabido, esta cláusula constitucional declara como competencia estatal “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”. He de-

⁹ Véase principalmente BERNADÍ GIL, X. (2006): *Administracions públiques i Internet. Elements de dret públic electrònic*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, págs. 28 y sigs., y las obras allí citadas.

sarrollado extensamente en otro lugar el juego que debe darse a este precepto en materia de administración electrónica¹⁰, y sin entrar ahora en profundidades sobre esta cuestión, me limito a reflejar las principales conclusiones del análisis.

En relación con el “régimen jurídico de las Administraciones públicas” resulta especialmente significativa la STC 50/1999, de 6 de abril, por cuanto que resuelve los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley 30/1992 y despeja los diferentes argumentos deducidos por los recurrentes en cuanto a un pretendido exceso del Estado en el ejercicio de sus títulos competenciales. Por lo que se refiere a las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”, la sentencia, que sintetiza otros pronunciamientos anteriores, traza su contenido con las siguientes consideraciones:

“el Estado puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas. (...) en esta materia este Tribunal ha incluido, por lo que aquí importa, «la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas» (STC 32/1981, fundamento jurídico 6º), «la organización de todas las Administraciones públicas» (STC 76/1983, fundamento jurídico 38), «los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones» (STC 214/1989) o «la composición, funcionamiento y organización» de las mismas (STC 35/1982).

A esta esfera material comprendida en la expresión examinada se le deben añadir los requisitos de la “personificación de las Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales” (STC 14/1986, de 31 de enero), así como el campo de las relaciones interadministrativas y de la coordinación entre Administraciones públicas (STC 76/1983, de 5 de agosto).

¹⁰ Véase GAMERO CASADO, E.: “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica*, op. cit., págs. 104 y sigs. Otros autores comparten el planteamiento, como es el caso de ALENZA GARCÍA, J.F.: “La Ley Foral para la implantación de la administración electrónica”, en ALLI ARANGUREN, J.C. y ALENZA GARCÍA, J.F. (2007): *La administración electrónica...*, op. cit., págs. 147 y sigs.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., págs. 205 y sigs.

En cuanto a la materia calificada como “procedimiento administrativo común”, el pronunciamiento más destacable se contiene en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que afirma:

“La resolución de esta controversia exige determinar ante todo lo que debe entenderse por «procedimiento administrativo común», a los efectos prevenidos en el citado art. 149.1.18.^a de la Constitución. El adjetivo «común» que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”.

Además, el Tribunal Constitucional ha puntualizado en esa misma sentencia que la competencia sobre el procedimiento administrativo común no evoca la regulación por parte del Estado de un procedimiento administrativo tipo, o rígido, aplicable a todas las Administraciones públicas sin flexibilidad alguna, concibiéndolo más bien como un conjunto de reglas o principios comunes que no impiden la determinación de procedimientos administrativos particulares por las Comunidades Autónomas.

En el marco del título competencial así delimitado, la disposición final tercera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, señala un elenco de preceptos que el Estado declara dictados en ejercicio de la competencia que le reconoce el art. 149.1.18^a CE, invocando simultáneamente las dos materias examinadas, y sin diferenciar el concreto cuadro de preceptos que corresponde a cada una. En esta misma línea abunda la exposición de motivos de la Ley, que no obstante resulta un poco más pedagógica:

“La Ley se articula a partir de las competencias del Estado que le reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución: *Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, por una parte y *procedimiento administrativo común* por otra.

“Por otra parte, la regulación estatal, en lo que tiene de básico, deja margen a los desarrollos autonómicos, sin que

pueda olvidarse, además, que el objeto de las bases en este caso deben permitir *en todo caso*, de acuerdo con este número 18, un *tratamiento común* ante ellas.

En esta vertiente, la regulación del Estado debe abordar aquellos aspectos en los que es obligado que las previsiones normativas sean comunes, como es el caso de la interoperabilidad, las garantías de las comunicaciones electrónicas, los servicios a los que tienen derecho los ciudadanos, la conservación de las comunicaciones electrónicas y los demás temas que se abordan en la ley para garantizar que el ejercicio del derecho a relacionarse electrónicamente con todas las administraciones forme parte de ese tratamiento común que tienen”.

Como se observa, el legislador menciona y describe los ámbitos genéricos de la Administración electrónica que considera incluidos en su espacio competencial, ya se trate de las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas, ya del procedimiento administrativo, haciendo especial énfasis en que de este modo promueve salvaguardar el tratamiento común de todos los ciudadanos. El elenco de materias es acertado, aunque se remate con una genérica cláusula de cierre que le priva de toda precisión.

Un mero repaso al articulado de la Ley 11/2007 evidencia hasta qué punto penetra en las instituciones medulares del Derecho administrativo y justifica su calificativo de ley básica y común. Relaciona los derechos de los ciudadanos ante la Administración electrónica (art. 6), complementando al art. 35 LRJPAC. Regula la sede electrónica (art. 10) y la actuación administrativa automatizada (art. 39) con lo que afecta decisivamente a la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas y a los requisitos de validez de los actos administrativos (que no necesitan ya de intervención humana para su generación); establece importantes obligaciones de cooperación interadministrativa, como las transmisiones de datos (art. 9), el reconocimiento recíproco de certificados electrónicos (art. 21), o la creación de una red de comunicaciones de las Administraciones públicas (art. 43); reconoce como auténtica la publicación digital de los diarios oficiales e incluso permite la eliminación del soporte papel (art. 11), lo que influye en la determinación de la fecha de publicación y entrada en vigor de las disposiciones; regula, en fin, los documentos electrónicos (art. 29) y sus copias (art. 30), las notificaciones (art. 28) y registros (arts. 24 a 26) telemáticos, la iniciación (art. 35), instrucción (arts. 36 y 37) y terminación (art. 38) del procedimiento por soportes electrónicos... En suma, la LAE constituye una Ley *paralela* a la 30/1992, y por consiguiente queda probada su integración en el título

competencial del Estado, a más de apuntar la extraordinaria importancia que adquiere la aprobación de esta Ley en razón de sus contenidos, cuestión que retomaremos al final de este apartado.

Conocida ya la amplitud material de la ley, y comparada con el espacio competencial que le reconoce el art. 149.1.18^a CE, considero que la Ley 11/2007 respeta escrupulosamente el reparto competencial en la materia. Sin perjuicio de lo que pueda resultar del análisis pormenorizado de cada uno de sus preceptos, en términos globales puede sostenerse que la Ley se mantiene en el término trazado por la suma de las dos materias competenciales analizadas, y respeta sus respectivos límites de normación.

Es más, a mi juicio, la Ley 11/2007 no agota suficientemente el título competencial y cede un gran espacio normativo al desarrollo por vía reglamentaria de sus previsiones, tanto en beneficio de las Administraciones territoriales (el propio Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales), como a las administraciones especializadas (dependientes o independientes, y corporativas), situación que ya existía antes de dictarse la Ley y que la misma no ha solucionado. Esto se evidencia en diferentes preceptos que remiten al desarrollo reglamentario *de cada Administración pública* ciertos aspectos sustantivos de la Administración electrónica. Por ejemplo, el art. 10.3 LAE, que remite a *cada Administración pública* la determinación de las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas; el art. 15.2 LAE, que atribuye a *cada Administración* la competencia para determinar la relación de sistemas de firma electrónica admitidos, con carácter general, en dicha Administración (aunque en este caso se salve un mínimo de uniformidad imponiendo el reconocimiento obligatorio del DNI electrónico por todas las Administraciones públicas; el art. 18.1 LAE, que dispone que *cada Administración* establecerá los sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada; el art. 21.3 LAE, que permite a *cada Administración pública* disponer de los mecanismos necesarios para la verificación del estado de revocación y la firma con los certificados electrónicos admitidos en su ámbito de competencia, sin que se contemple la creación de una plataforma única en la que se dé publicidad a todos ellos, obligando a los interesados a buscar la fuente de la información en cada Administración cuando lo necesite; el art. 23 LAE, que permite a *cada Administración pública* establecer habilitaciones genéricas o individuales para la realización de transacciones electrónicas en representación de los interesados; el art. 27 (apartados 4 a 6), que concede a *cada Administración pública* un amplio espacio normativo sobre la regulación de sus comunicaciones electrónicas; y para concluir, la disposición final tercera, que permite a *cada Administración pública* (salvo a la Administración del

Estado, que tiene como plazo límite el 31 de diciembre de 2009), determinar cuándo y en qué procedimientos hace realidad los derechos reconocidos en el art. 6 de la propia Ley, y en especial, el derecho de acceso que este artículo proclama y que pretende ser el meollo de su regulación.

A esto se le debe añadir el listado de preceptos que, aún regulando materias propias del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, no han sido calificados como básicas por la disposición final primera, a saber: la concreción del principio de multicanalidad que se recoge en el art. 8.2 LAE; la regulación del archivo electrónico de documentos –art. 31–; las reglas sobre instrucción del procedimiento administrativo que se contienen en los arts. 36 y 37.2; los requisitos para la validez de la actuación administrativa automatizada que establece el art. 39; la existencia de una red de comunicaciones de las Administraciones públicas –art. 43–, aspecto esencialísimo para el intercambio electrónico de datos y que constituye un posibilitador esencial de la interoperabilidad; la red integrada de atención al ciudadano que regula el art. 44LAE; y la transferencia de tecnología entre Administraciones públicas que se contempla en el art. 46.

La consecuencia que cabe extraer de todo ello es clara: la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone de un vasto campo material sobre el que ejercer sus competencias normativas y ejecutivas en materia de administración electrónica. Es más, en defecto del desarrollo reglamentario que pide la Ley 11/2007 en las materias indicadas, será difícil, y en ocasiones inviable, aplicar soluciones de administración electrónica. El Derecho propio andaluz es decisivo para hacer realidad la administración electrónica en la Administración de la Junta de Andalucía, así como para permitir a la ciudadanía el ejercicio de los derechos que le reconoce la Ley. Por ejemplo, la identificación de los funcionarios públicos que puedan intervenir en los procedimientos en nombre de los ciudadanos cuando éstos carezcan de medios electrónicos, o la determinación de los grupos profesionales que puedan actuar como representantes suyos. La creación de sedes electrónicas con todos sus requisitos y efectos legales. Y tantos otros aspectos que iremos destacando a lo largo del trabajo. Por ello, la inactividad normativa que presenta Andalucía en esta materia, cuatro años después de aprobarse la Ley 11/2007, resulta especialmente reprochable, y además, no resiste la menor comparación con lo que han hecho ya otras Comunidades Autónomas, como veremos un poco más tarde.

B. En particular, el derecho de acceso electrónico a los servicios públicos. Los *servicios básicos* de administración electrónica.

Una última cuestión debe indicarse en relación con el reparto competencial en esta materia: el régimen de aplicación del derecho de acceso que la Ley

11/2007 proclama en su art. 6. Según este precepto, “Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos”. No es el momento ahora de comentar el contenido de este trascendental precepto¹¹, sino el modo en que la disposición final tercera de la Ley 11/2007 modula su ejercicio en vigor, a saber:

- En el momento de entrada en vigor de la Ley, el derecho solo podrá ejercerse en relación con los procedimientos y actuaciones ya adaptados. Cada Administración deberá publicar y mantener actualizada una relación de tales procedimientos y actuaciones.
- En relación con la *Administración del Estado* (tanto general como entes especializados), el plazo de adaptación es el *31 de diciembre de 2009*: por tanto, el 1 de enero de 2010 los ciudadanos podrán ejercer plenamente el derecho de acceso (o al menos eso pretendía la Ley 11/2007 cuando se dictó), previéndose además la aprobación por el Consejo de Ministros de un calendario de adaptación gradual. La Ley no establece consecuencia alguna al incumplimiento de estas obligaciones de adaptación.
- En cuanto al *resto de Administraciones públicas* (Comunidades Autónomas y Entidades Locales), se fija el mismo plazo de adaptación *siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias*. Esta última previsión podría privar de todo sentido la proclamación del derecho de acceso en el art. 6, pero debemos rechazar que se utilice por las Comunidades autónomas y las Entidades locales como un pretexto para no implicarse activamente en la adaptación de procedimientos y en la progresiva consecución del objetivo de garantizar la plena realización del derecho.

A lo largo del trabajo analizaré, por una parte, el modo en que la Comunidad Autónoma de Andalucía ha ejercido su competencia normativa en materia de administración electrónica de acuerdo con las bases estatales; y de otro lado, las acciones ejecutivas que ha emprendido para contribuir al impulso de la administración electrónica y a la realización efectiva del derecho de acceso electrónico. En este momento, únicamente formulo un comentario general acerca de la escasa oportunidad de esta disposición final.

¹¹ Un amplísimo y minucioso comentario del mismo en COTINO HUESO, L.: “Derechos del ciudadano”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica*, op. cit., págs. 177 y sigs.

Por lo que se refiere a la Administración General del Estado, el precepto resulta excesivamente ambicioso: la magnitud de la tarea a emprender hizo imposible cumplir el objetivo de que todos los procedimientos administrativos estén adaptados a la Ley 11/2007 a finales de 2009. Pero en contrapartida, el pronóstico que realiza la disposición final tercera en relación con la adaptación de los procedimientos en el resto de Administraciones públicas, y por lo que aquí nos interesa, en las Comunidades Autónomas, es completamente insatisfactorio. La cláusula en examen puede interpretarse perfectamente como una excusa para eludir la adaptación de procedimientos, escudándose en la falta de recursos económicos como pretexto para no abordar esta empresa con la debida seriedad. En términos generales, éste no es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, fuertemente comprometida con el impulso de la administración electrónica y con la progresiva adaptación de los procedimientos administrativos a los postulados de la Ley 11/2007, como se verá a lo largo de este trabajo. Pero también cabe reclamar al legislador estatal una mayor finura en sus previsiones, adoptando determinaciones más ponderadas y realistas. A mi modo de ver, el proceso de adaptación a la Ley 11/2007 hubiera quedado mejor diseñado si, en lugar de su redacción actual, esta disposición final hubiera obligado a todas las Administraciones públicas a diseñar y aprobar un plan de adaptación de los procedimientos administrativos (la disposición adicional segunda impone la aprobación de un plan de medios, pero solo a la Administración General del Estado), y correlativamente, fijara el objetivo necesario de proceder cada año a la adaptación efectiva de un determinado porcentaje de procedimientos: por ejemplo, el 20%, de tal manera que, de forma progresiva, y en un plazo total de 5 años, todos los procedimientos administrativos quedarían adaptados a la Ley. Esa cifra porcentual, al constituir una magnitud relativa (exigible para cada Administración según su propio volumen de procedimientos administrativos) y no absoluta, resulta a mi juicio mucho más equitativa, realista y atendible que la fórmula legal vigente.

En este sentido, según el grado de prioridad que cada Administración autonómica o local haya conferido a sus desarrollos de administración electrónica, sus ciudadanos se encontrarán en una posición mejor o peor en su relación jurídico-administrativa, aspecto que resulta absolutamente chocante en cuestiones elementales –básicas– como pueden ser la puesta en servicio de registros electrónicos o de plataformas de notificaciones. Para reequilibrar la situación, deberían articularse otros instrumentos jurídicos adicionales que contribuyan a la consecución de un nivel mínimo y homogéneo de servicios de administración electrónica por parte de *todas* las Administraciones públicas.

En este sentido, conviene reparar en la existencia de una serie de servicios, plataformas o herramientas que revisten un carácter estratégico para el

impulso de la administración electrónica, al reunir las siguientes características: 1) Constituyen herramientas, aplicaciones o servicios horizontales, utilizables en una extraordinaria variedad de procedimientos o relaciones administrativas; 2) Su implantación no entraña grandes costes, sobre todo en relación con el valor añadido que aportan; y 3) Mejoran sensiblemente la posición de la ciudadanía, evitando la realización de trámites presenciales que consumen tiempo y recursos en desplazamientos y horas de trabajo. Los servicios, plataformas y herramientas que reúnen estas características deberían ser formalmente declarados como básicos por la legislación estatal, de tal manera que todas las administraciones públicas deberían prestarlos, sin quedar su implantación entregada al criterio de sus gestores o a sus disponibilidades presupuestarias. A mi juicio, la siguiente relación responde al carácter de servicios básicos de administración electrónica:

- a) La *sede electrónica*, en tanto que centro de relaciones electrónicas seguras entre la Administración pública y la ciudadanía.
- b) El *registro electrónico*, como lugar válido para la presentación de documentos; alternativamente a la calificación de su creación como servicio básico de administración electrónica, podría modificarse el art. 24 LAE para permitir que los registros electrónicos de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, puedan recibir los documentos electrónicos dirigidos a cualquier Administración pública (como sucede con los registros presenciales conforme al art. 38 LRJPAC), y reexpedirlos después a su Administración destinataria (bien en soporte papel, bien mediante un sistema seguro de interconexión a través de la red SARA).
- c) La *plataforma de pagos electrónicos*, en la medida que muchos trámites administrativos exigen el pago de alguna suma, y la carencia de este servicio imposibilita directamente la relación electrónica integral en todos esos procedimientos.
- d) La *plataforma de notificaciones electrónicas*, por cuanto que, en cualquier procedimiento administrativo, incluso los no digitalizados, se puede proceder, de hecho, a la práctica de notificaciones electrónicas, por el sencillo método de digitalizar la imagen del texto escrito mediante un escáner y convertir el archivo a formato pdf, tecnologías ambas que, por su bajo coste, se encuentran a plena disposición de todas las Administraciones públicas.

La proclamación del carácter básico de estos servicios, y su incorporación a la Ley, supondría acrecerla con una visión complementaria a su estructura

subyacente sin violentarla en modo alguno, pues tan sólo pondría de manifiesto algo perfectamente obvio: que el reconocimiento de un derecho de naturaleza prestacional exige de manera correlativa e ineludible la puesta en marcha de una determinada actividad o servicio por parte de la Administración pública. De otro lado, en ausencia de mandatos estrictamente vinculantes por parte de la Ley 11/2007 en cuanto a la materialización efectiva del derecho de acceso electrónico, las Administraciones públicas deberían priorizar sus acciones en materia de administración electrónica procediendo, en primer lugar, a la puesta en marcha de estas plataformas, herramientas y servicios horizontales que presentan un carácter estratégico para todas las Administraciones públicas. A lo largo de estas páginas se revisará hasta qué punto han sido implantados por la Administración de la Junta de Andalucía.

II. EL MODELO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

Andalucía viene siendo un referente a nivel nacional y europeo en el impulso de la administración electrónica, como evidencian los datos existentes¹².

¹² El estudio más reciente al respecto es el *Estudio Comparativo 2009 de los Servicios Públicos on-line en las CC AA* (Fundación Orange–Capgemini Consulting) integrado en el informe *eEspaña 2009. Informe anual sobre el desarrollo de la sociedad de la información*, de la Fundación Orange, accesible en http://www.fundacionorange.es/areas/25_publicaciones/e2009.pdf. Aunque aplique la discutible metodología seguida por la Unión Europea para medir el grado de implantación de los servicios de administración electrónica, que toma como referencia tan sólo 26 servicios públicos, debe destacarse que Andalucía siempre ha ocupado desde 2007 (primero en que se realizó este estudio a las CCAA) los primeros puestos del ranking, encontrándose actualmente en la segunda posición (junto con País Vasco), sólo aventajada por Asturias.

También puede consultarse el *III Estudio sobre e-administración autonómica (2009)*, elaborado por Adeces y la Asociación de Internautas, y accesible en <http://www.adeces.org/administracion%20electronica%202009.pdf>. En este estudio, realizado con indicadores más exhaustivos, la primera posición viene ocupada por Madrid, que ofrece 419 servicios interactivos de administración electrónica, en tanto que Andalucía ocupa la tercera posición, con un total de 390 servicios; si bien Andalucía es la primera en cuanto a prestaciones orientadas a ciudadanos (no a empresas), con 195 servicios; y en el ranking general, el estudio sitúa a Andalucía en la primera posición, con 45 puntos sobre 5, empatada con Madrid.

Una exposición de los esfuerzos realizados por las CCAA en materia de administración electrónica en CRIADO GRANDE, J.I. (2009): *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas. Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las Administraciones públicas*, INAP, Madrid, págs. 235 y sigs.

Pero además de lo que puedan confirmar las estadísticas, las realizaciones más brillantes han venido sin duda de la mano de los desarrollos tecnológicos generados en Andalucía, y por andaluces, para crear herramientas, plataformas y sistemas de administración electrónica. Estas creaciones han deslumbrado al resto de operadores del sector, dentro y fuera de nuestras fronteras, revelando la capacidad de innovación tecnológica y el carácter pionero de las políticas andaluzas de administración electrónica¹³. Esta excelencia en materia de administración electrónica también se manifestó inicialmente en la aprobación de normas jurídicas que regulasen la materia, pero este último plano ha quedado postergado en la actualidad, como veremos seguidamente.

1. Normativa autonómica en materia de administración electrónica: el inexplicable letargo andaluz

Aunque el Estatuto de Autonomía para Andalucía¹⁴ (EAA) contiene algunas menciones a las tecnologías de la información y la comunicación, no hacen específica referencia a la administración electrónica, sino al impulso general de la Sociedad de la Información. Por ejemplo, en el art. 10.12 EAA incluye como objetivo básico de la Comunidad Autónoma “La incorporación del pueblo andaluz a la Sociedad del Conocimiento”. En el artículo 34, enclavado en el Capítulo II del Título I EAA, relativo a los derechos y deberes, “Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca”. El art. 37.15 EAA, encuadrado en los principios rectores de las políticas públicas, se proclama como tal “El acceso a la sociedad del conocimiento con el impulso de la formación y el fomento de la utilización de infraestructuras tecnológicas”. Ninguno de estos preceptos acoge un mandato o proposición normativa específicamente relativo a la administración electrónica. Como señala AGUDO, la principal aportación que suponen los preceptos estatutarios en examen es la ausencia de antecedentes relativos a la Sociedad de la Información en el Estatuto anterior, e incluso en la propia Constitución española, lo que revela la emergencia de este nuevo foco de interés por parte de los poderes públicos y supone, de suyo, una

¹³ Una presentación general de todos ellos puede verse en el portal técnico de administración electrónica mantenido por la Consejería de Justicia y Administración Pública, accesible en <https://ws024.juntadeandalucia.es/pluton/index.jsp>.

¹⁴ Aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

destacable novedad del Estatuto de Autonomía¹⁵. En este sentido, es de significar la temprana atención que prestó la Comunidad Autónoma a esta cuestión mediante disposiciones orientadas a promover el desarrollo de la Sociedad de la Información¹⁶, e incluso mediante la creación de todo un Departamento entre cuyas principales funciones se cuenta precisamente ese propósito: la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa¹⁷. En lo que nos conciernen, los preceptos estatutarios citados insisten en resaltar el cambio de mentalidad y de usos sociales al que me refería en el primer apartado de este trabajo, y ponen indirectamente de relieve la necesidad de que las Administraciones públicas sean actores en este proceso de cambio y promuevan tanto la generalización de las tecnologías de la información y la comunicación en la sociedad, como la implantación de esas mismas soluciones en su esfera de actividad, generalizando la administración electrónica.

Siguiendo el análisis normativo hemos de centrarnos a continuación en las dos disposiciones legales que constituyen el núcleo principal de la Administración de la Junta de Andalucía: la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LGA); y la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA).

En cuanto a la primera, las referencias a la administración electrónica son muy esporádicas, centrándose en la previsión contenida en el art. 33 LGA sobre la utilización de medios telemáticos en el funcionamiento del Consejo de Gobierno. Remito a un momento posterior (§ 9) el análisis de este innovador precepto.

La Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, por el contrario, contiene diversas previsiones referentes a la administración electrónica, cuya

¹⁵ Véase AGUDO ZAMORA, M.J. (2008): “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pág. 289.

¹⁶ Es el destacable caso del Decreto 166/2001, de 10 de julio, sobre coordinación de actuaciones para el impulso de la Sociedad de la Información.

¹⁷ Creada por el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, de reestructuración de Consejerías, como una iniciativa absolutamente novedosa en el panorama comparado. Asume el grueso de las competencias en materia de impulso de la Sociedad de la Información, que se suma a otras materias (universidades e investigación, incentivos a empresas de base tecnológica, etc.), con las que se pretenden crear sinergias. Tras la adopción del Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, estos mismos comentarios son predicables de la actual Consejería de Economía, Innovación y Ciencia.

puesta en valor lleva a cabo la propia Exposición de Motivos¹⁸. Los contenidos relativos a la administración electrónica se incorporan al texto de la Ley sin solución de continuidad, al hilo de las diferentes materias que son objeto de regulación, y sin reunir todas estas previsiones en una unidad sistemática (Título o Capítulo) propia. Debe repararse, por otra parte, en el importante hecho de que, cuando se aprobó la Ley autonómica 9/2007, aún no se había dictado la Ley estatal 11/2007, por lo que los contenidos de la Ley andaluza siguen tomando como referente estatal básico los escasos antecedentes en materia de administración electrónica incluidos en la Ley 30/1992: los arts. 45, 38.4 y 59.3 LJPAC, ahora mayormente derogados: esta percepción hace peculiarmente valiosos los preceptos de la Ley andaluza dirigidos a regular esta cuestión. Los principales preceptos que regulan materias relativas a la administración electrónica, y que serán objeto de comentario a lo largo de este trabajo son los siguientes:

- El art. 7 LAJA, que establece los principios y el régimen general de la administración electrónica en la Administración de la Junta de Andalucía.
- El art. 83 LAJA, referente a los registros electrónicos.
- El art. 86.3 LAJA, que hace mención al derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos almacenados por medios o en soportes electrónicos.
- El art. 111.3 y 4 LAJA, relativo a los documentos en soporte electrónico y a la regulación de la tramitación telemática de los procedimientos.

Como se puede comprobar, este cuadro de preceptos representa una mínima ordenación de la administración electrónica en Andalucía, pero insufi-

¹⁸ Al afirmar que “la Ley toma plena conciencia del imparable desarrollo tecnológico, iniciado en las últimas décadas, que ha planteado nuevos retos a las Administraciones Públicas en su funcionamiento y en el tratamiento de la información, al tiempo que propicia nuevas formas y vías de relación entre la Administración y la ciudadanía. (...) La Ley incorpora ahora los principios que han de regir las relaciones de los órganos de la Junta de Andalucía con la ciudadanía y con otras Administraciones a través de redes abiertas de comunicación y da cobertura legal a las particulares exigencias jurídicas que reclama la plena implantación de la Administración electrónica como vía alternativa para canalizar relaciones entre Administraciones y ciudadanía, sin olvidar que en la regulación de esta materia se hallan comprometidos importantes derechos fundamentales y que la mayor agilidad y flexibilidad para entablar relaciones jurídicas que brindan las nuevas tecnologías son valores que han de armonizarse necesariamente con el respeto a las garantías propias del procedimiento administrativo”.

ciente para abordar el marco legal de la materia en el ámbito competencial de que dispone la Comunidad Autónoma. En este sentido, la situación existente en Andalucía no resiste la menor comparación con el resto de CCAA, a cuyo efecto puede acudir a la reciente y minuciosa aportación de CERRILLO¹⁹.

Es especialmente destacable el hecho de que algunas CCAA han optado por regular esta cuestión en normas con rango de Ley: es el caso de Navarra, cuya Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, de administración electrónica, se encontraba plenamente justificada al momento de dictarse, por cuanto que todavía no se había aprobado la Ley estatal, y la materia requería de tratamiento en ese rango normativo para salvar las reservas de ley²⁰. Otras dos CCAA han dictado normas legales: la Ley 3/2010, de 5 de mayo, de la Generalitat, de Administración Electrónica de la Comunidad Valenciana; y la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña. En estos casos, el rango de ley viene exigido por el ámbito de aplicación de las normas, que no se contraen a las respectivas Administraciones autonómicas, sino que se extienden también a las entidades locales, universidades, corporaciones de Derecho público, y todo tipo de entidades instrumentales o dependientes de las anteriores, radicadas en la Comunidad Autónoma, estableciendo un marco normativo común a todas ellas. Pero además, el rango legal de estas disposiciones reafirma la importancia que sus correspondientes CCAA asignan a la materia, poniéndola en valor, e identificándola como una de las prioridades del Gobierno. Otras CCAA, sin llegar a dictar normas de rango legal, han aprobado no obstante importantes desarrollos reglamentarios que rebasan en calidad y vanguardismo a la normativa andaluza vigente²¹.

¹⁹ Véase CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2010): “La administración electrónica en el Derecho autonómico comparado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 86, 2010, págs. 15 y sigs. El autor lleva a cabo un minucioso estudio de todas las disposiciones autonómicas en la materia, y si bien comenta que todavía queda mucho camino por recorrer (pág. 16), también resalta el importante cuerpo normativo dictado por algunas CCAA.

²⁰ Se trata, por tanto, de una Ley pionera, oportuna y además técnicamente muy acertada. Sobre sus contenidos debe consultarse la excelente obra colectiva ALLI ARANGUREN, J.C.; ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. (dirs.): *La administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2008.

²¹ A modo de ejemplo se puede citar el excelente Decreto vasco 232/2007, de 18 de diciembre, por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos; pero también, el Decreto 113/2010 de 5 de noviembre, de acceso electrónico a los servicios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de

Retomando el discurso relativo a Andalucía, es preciso dictar normas reglamentarias de desarrollo de la Ley 11/2007, que son imprescindibles para su oportuna aplicación: materias como la actuación de funcionarios habilitados, los colectivos profesionales que pueden actuar en representación de la ciudadanía, los tabloneros de anuncios y las sedes electrónicas, por ofrecer tan solo algunos ejemplos, no pueden verdaderamente aplicarse en defecto de tales normas de desarrollo. Actualmente no existe un Decreto general de administración electrónica en la Junta de Andalucía que desarrolle estas materias de forma unitaria. Entre tanto, son de aplicación otras disposiciones, entre las que cabe destacar el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet), en lo sucesivo DME.

El Decreto 183/2003 es claro exponente del vanguardismo demostrado por Andalucía en sus políticas de administración electrónica, y de la inquietud que tuvo en su día por conceder a esta cuestión el necesario tratamiento normativo: fue una norma pionera²², pero además, su ámbito material es mucho más amplio de lo que su título induce a pensar, regulando una variedad de aspectos necesarios para la implantación de la administración electrónica en la Administración de la Junta de Andalucía, y que iremos comentando a lo largo de este trabajo. Pero es insuficiente para cubrir todas las revisiones normativa de la Ley 11/2007.

En cuanto a los aspectos organizativos y competenciales, es de notar que, según el Decreto 134/2010, de 13 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, la compe-

las Illes Balears; el Decreto 12/2010, de 16 de marzo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; el Decreto 198/2010, de 2 de diciembre, por el que se regula el desarrollo de la Administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes; e incluso el Decreto 75/2010, de 18 de marzo, por el que se crea la Sede Electrónica Corporativa, se regulan determinados aspectos relativos a la identificación y autenticación electrónica y se establecen medidas para la copia electrónica de documentos en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

²² Solo otras dos Comunidades Autónomas habían dictado decretos específicos sobre administración electrónica: Cataluña, el Decreto 324/2001, de 4 de diciembre, relativo a las relaciones entre los ciudadanos y la Administración de la Generalidad de Cataluña a través de Internet; y Madrid, el Decreto 175/2002, de 14 de noviembre, por el que se regula la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración de la Comunidad de Madrid.

tencia para el impulso de la administración electrónica en la Administración de la Junta de Andalucía corresponde a dicha Consejería –art. 1.3.d)–, que la ejerce mediante la Dirección General de Tecnologías para Hacienda y la Administración Electrónica (en dependencia directa de la Viceconsejería), a la que, además de otras funciones en materia de administración electrónica del específico interés de la Consejería, se le encomiendan otras de alcance general, y en particular –art. 9.c)–: La propuesta, impulso, dirección, desarrollo y gestión de las infraestructuras informáticas comunes de la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

A efectos de coordinación, debe mencionarse igualmente la existencia de dos órganos horizontales: el Consejo Interdepartamental de Informática, regulado en el Decreto 104/1992, de 9 de junio, sobre coordinación de la elaboración y desarrollo de la política informática de la Junta de Andalucía y en el art. 19 DME; y la Comisión Interdepartamental para la Sociedad de la Información, creada por Decreto 166/2001, de 10 de julio, sobre coordinación de actuaciones para el desarrollo de la Sociedad de la Información.

Por último, es de significar una materia sectorial que dispone de un régimen normativo propio: el ámbito económico, financiero, de ingresos y gastos públicos y de contratación administrativa, principalmente regulado, en lo que aquí nos interesa, por la Orden de 18 de diciembre de 2010, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se definen las competencias de aplicación de la política informática de la Consejería en la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía; y por la Orden de 10 de junio de 2005, por la que se regula el Registro Telemático Tributario dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda y las notificaciones, certificados y transmisiones telemáticos en el ámbito de la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía. En su lugar oportuno rendiremos cuenta de estas disposiciones.

2. Principios propios del modelo andaluz de administración electrónica. En particular, el principio de horizontalidad y la creación de herramientas, plataformas, aplicaciones y sistemas comunes de administración electrónica

Como se desprende claramente de la exposición anterior, el precepto de cabecera en materia de administración electrónica en el ordenamiento jurídico andaluz es el art. 7 LAJA, cuyos dos primeros apartados disponen: “1. La aplicación de las tecnologías de la información a la Administración estará orientada a mejorar su eficacia, aproximarla a la ciudadanía y agilizar la gestión administrativa. 2. Los principios que rigen las relaciones que mantenga la Admi-

nistración de la Junta de Andalucía con la ciudadanía y con otras Administraciones Públicas a través de redes abiertas de telecomunicación son los de simplificación y agilización de trámites, libre acceso, accesibilidad universal y confidencialidad en el tratamiento de la información, y de seguridad y autenticidad en orden a la identificación de las partes y el objeto de la comunicación”²³. Es importante notar que, cuando la Ley andaluza proclama estos principios, aún no se había aprobado la Ley 11/2007, que los amplía y regula con mayor extensión en su art. 4.

Se observa en el precepto andaluz una doble finalidad. En primer término, pone de manifiesto la ambivalencia de la administración electrónica como un instrumento idóneo para mejorar la gestión administrativa y como un medio para prestar mejores servicios a los ciudadanos. Con esto último se pone en valor la orientación a la ciudadanía que subyace también en las políticas de modernización administrativa a que hago referencia en el párrafo siguiente, en las que ocupa siempre un lugar preferente como principio, valor o fin principal de la Administración de la Junta de Andalucía²⁴.

Por otra parte, el art. 7 LAJA evidencia que, desde la óptica autonómica, el tránsito a la administración electrónica se percibe como una oportunidad para acometer un proceso más profundo –integral–, de simplificación y modernización administrativa. No es la primera vez que este propósito trasciende en las normas reguladoras de la administración electrónica en Andalucía, pues también el art. 5.4 DME proclamaba el mismo objetivo²⁵, que viene a coincidir con el que más tarde ha acogido el art. 34 LAE, si bien con carácter no básico. En este sentido, es absolutamente inevitable destacar el importante esfuerzo que la Administración de la Junta de Andalucía viene realizando en orden a la simplificación de procedimientos, agilización de trámites y modernización administrativa, mediante instrumentos de carácter operativo que todavía no han aflorado a disposiciones de naturaleza reglamentaria, pero que deben ser cuidado-

²³ El apartado 2 del art. 7 LAJA encuentra su antecedente inmediato en el art. 5.1 DME, del que es copia literal.

²⁴ Véanse, por ejemplo, los objetivos de la Estrategia de Modernización que cito más adelante, entre los que la orientación a la ciudadanía ocupa el primer y destacado lugar.

²⁵ Afirmando que “Las Consejerías, organismos y entidades, incluidas en el ámbito de aplicación de este Decreto, competentes para la gestión de procedimientos administrativos deberán promover la aplicación del principio de simplificación en la presentación de escritos y documentos y en la tramitación de los expedientes que se realicen a través de redes abiertas de telecomunicación”.

samente resaltados. Me refiero, concretamente, al Plan Director de Organización para la Calidad de los Servicios (PLADOCS 2002–05), elaborado por la Consejería de Justicia y Administración Pública y aprobado por el Consejo de Gobierno en julio de 2002, alrededor del cual se han ordenado las políticas autonómicas referidas. El PLADOCS ha sido un instrumento absolutamente decisivo en el importante empeño de afrontar la simplificación administrativa, agilización de trámites y modernización administrativa como un proceso integral, uno de cuyos pilares es la administración electrónica, que no se valora como una pieza o nota suelta del entramado, sino como un elemento integrante del proceso en su conjunto; no podemos exponer con detalle sus determinaciones²⁶, pero conviene destacar, al menos, las que han presentado mayor impacto en orden al impulso de la administración electrónica. Por ejemplo, la clasificación de los procedimientos administrativos de la Junta de Andalucía en 19 familias (algunas de ellas compuestas por diferentes subfamilias), lo que evidencia una visión integral de la materia que ha permitido diseñar herramientas, plataformas, servicios y aplicaciones comunes de administración electrónica con el consiguiente ahorro de esfuerzos humanos, técnicos y económicos. O también, la aprobación en su día del Decreto 183/2003, sobre el que ha descansado el régimen de la administración electrónica en la Junta de Andalucía desde su aprobación. Este Plan tuvo su continuación en la Estrategia de Modernización de los Servicios Públicos de la Junta de Andalucía 2006/10²⁷.

En conexión con todo ello, es oportuno mencionar ahora el art. 17 DME, con el que se pretende racionalizar el tránsito a la administración electrónica mediante unas determinaciones comunes sobre la adaptación de los procedimientos administrativos a su tramitación por medios electrónicos. Este precepto dispone:

²⁶ Lamentablemente, el PLADOCS no fue publicado en el BOJA, ni el servidor de la Consejería de Justicia y Administración Pública lo conserva ya en línea; para conocer su contenido en mayor profundidad puede acudir al trabajo de quien fuera Secretario General para la Administración Pública de la Junta de Andalucía en el momento de su aprobación: PÉREZ GONZÁLEZ-TORUÑO, P.: “El modelo de administración electrónica en la Junta de Andalucía: el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos a través de redes abiertas de telecomunicación (Internet)”, *Nuevas Políticas Públicas*, n.º.1, 2005, págs. 9 a 15, dedicadas íntegramente a la exposición del PLADOCS. De manera más telegráfica también se trata la cuestión en LÓPEZ LÓPEZ, C.: *La administración electrónica en Andalucía*, CEMCI–Diputación de Granada, Granada, 2007, págs. 104 y sigs.

²⁷ Aprobada mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de junio de 2006, *BOJA* n.º 127, de 4 de julio.

Artículo 17. Relación de procedimientos administrativos electrónicos.

1. Las Órdenes de las Consejerías a las que se refiere el artículo anterior [mediante las que se regule la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos], que serán publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, determinarán los procedimientos administrativos de su competencia, o de los organismos y entidades a ellas adscritos, que se incorporen al sistema regulado por el presente Decreto, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta.
2. Dichas disposiciones indicarán el plazo máximo para resolver y notificar la resolución de cada procedimiento y los efectos del silencio, que no podrán ser distintos a los establecidos para su tramitación ordinaria.
3. Además de las previsiones del artículo anterior, dichas Órdenes especificarán en cada caso, y en relación con cada uno de los procedimientos contemplados, los trámites susceptibles de ser cumplimentados telemáticamente y los que no pueden serlo y la posibilidad, en su caso, de satisfacer el pago de las tasas o exacciones que correspondan por vía electrónica.
4. La Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía coordinará el proceso de incorporación de procedimientos al sistema contemplado en el presente Decreto mediante la evacuación del informe preceptivo al que se refiere el artículo 2.c) del Decreto 260/1988, de 2 de agosto, por el que se desarrollan atribuciones para la racionalización administrativa de la Junta de Andalucía, y asimismo, establecerá los estándares de obligado cumplimiento para homogeneizar la aplicación de dicho sistema.

Es de destacar el último apartado, mediante el que se confía a la Consejería de Justicia y Administración Pública (ahora, Hacienda y Administración Pública) la importante función de coordinar todo el proceso de implantación de la administración electrónica a los procedimientos administrativos, y le apodera con los instrumentos para lograrlo: un informe preceptivo que debe emitir sobre cualquier nueva disposición reglamentaria que vaya a aprobarse, y el establecimiento de estándares generales de obligado cumplimiento para homogeneizar la aplicación de la tramitación electrónica.

Todo ello permite identificar en el ordenamiento jurídico andaluz un principio de carácter metalegal, no explicitado en la Ley 9/2007, pero generalizadamente implantado en las políticas de administración electrónica de la Junta de Andalucía: la horizontalidad. Su máximo exponente normativo se en-

cuentra en el art. 18.1 DME, que dispone: “Las aplicaciones y programas informáticos que constituyan las infraestructuras básicas, así como los medios y soportes electrónicos que se homologuen y reconozcan en el ámbito de aplicación de este Decreto tenderán a ser comunes para todas las personas, órganos, organismos y entidades comprendidos en dicho ámbito”. Convendría que, en el necesario desarrollo de la Ley 11/2007 para la acomodación del marco legal al Derecho propio de Andalucía, se proclamara explícitamente este principio, que tan buenos frutos ha deparado en el impulso de la administración electrónica de Andalucía. Así, es de señalar el desarrollo común de elementos nucleares de la administración electrónica, como por ejemplo el registro electrónico único *@ries*, la plataforma de notificaciones administrativas *Notific@*, la plataforma de verificación de firmas *@firma*, y tantos otros exponentes de herramientas, plataformas, servicios y aplicaciones comunes de administración electrónica²⁸, algunos de los cuales expondremos a lo largo de este trabajo.

Un efecto derivado del principio anterior ha sido la consecución de un alto nivel de interoperabilidad en el conjunto de sistemas de administración electrónica de la Junta de Andalucía. La interoperabilidad es la capacidad de los sistemas de información y, por ende, de los procedimientos a que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos: se trata, en definitiva, de un proceso de normalización técnica relativo tanto al *hardware* como al *software*, que permite que los sistemas de información puedan cruzarse datos²⁹. El hecho de que se diseñen herramientas, plataformas y aplicaciones comunes es un factor esencial para promover la interoperabilidad, pues facilita la integración en el sistema de los distintos componentes que se le vayan agregando. Para ello ha sido crucial el art. 18 DME³⁰, cuyo contenido se revela como una decisión estratégica que sitúa a Andalucía en una posición de privilegio en el contexto nacional e internacional, al alcanzar un elevado nivel de interoperabilidad con esfuerzo comparativamente pequeño de medios, aunque haya sido a costa de grandes renuncias políticas.

²⁸ Una completa relación de todos ellos, con útiles descripciones de sus funcionalidades, puede verse en la URL <https://ws024.juntadeandalucia.es/pluton/index.jsp>

²⁹ Sobre la interoperabilidad véase mi trabajo GAMERO CASADO, E.: “Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor”, *Revista de Administración Pública*, n° 179, 2009, págs. 291 y sigs.

³⁰ Además del apartado 1, ya citado, conviene transcribir los dos siguientes, igualmente decisivos: “2. Tales aplicaciones, programas, medios y soportes serán homologados y aprobados por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía previo informe del

Por otra parte, el art. 7.3 LAJA³¹ proclama un principio de respeto a la intimidad y a la legislación de protección de datos, más expresivo que el que figura en el art. 4.a) LAE, pero que en ambos casos tan sólo juega como recordatorio o reiteración de la necesidad de respetar la legislación de protección de datos. Un recordatorio que se explica por los mayores riesgos de uso malintencionado que pueden darse en los datos de carácter personal cuando se procesan o comunican por medios electrónicos³². Una manifestación más pormenorizada de este principio se contiene en el art. 4 DME³³.

Consejo Interdepartamental de Informática y sin perjuicio de las competencias de la Consejería de la Presidencia. Dicho Consejo evaluará, al menos, los siguientes aspectos:

a) Adecuación de los medios, soportes, programas y aplicaciones a la finalidad perseguida en cada caso.

b) Evaluación de la seguridad de la aplicación.

c) Especificaciones técnicas sobre códigos y formatos.

d) Condiciones de conservación de los soportes.

e) Régimen de actualización de las aplicaciones.

3. Las aplicaciones y programas que se aprueben u homologuen en el ámbito de aplicación del Decreto habrán de garantizar, en todo caso, la normalización y la compatibilidad de los medios, códigos y formatos de acceso”

³¹ Su contenido es el siguiente: “La prestación de servicios administrativos y las relaciones entre la Administración de la Junta de Andalucía y la ciudadanía a través de redes abiertas de comunicación se desarrollarán de conformidad con la normativa que regula el tratamiento electrónico de la información y, en particular, con respeto a las normas sobre intimidad y confidencialidad de las relaciones, en los términos establecidos por la normativa sobre protección de datos y derechos de autoría, así como la relativa a los servicios de la sociedad de la información”.

³² No es posible profundizar aquí en estas cuestiones. Para ello pueden verse principalmente, sobre el concreto objeto en comentario, VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2006): “Protección de datos personales y administración electrónica”, *Revista Española de Protección de datos*, nº 1, págs. 115 y sigs.; y los trabajos de Antoni ROIG BATALLA, Ramón MIRALLES, Emilio GUICHOT REINA, Samuel PARRA y Jorge CAMPANILLAS incluidos en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (2010): *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-Gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 729 y sigs.; y sobre la protección de datos en las Administraciones públicas, GUICHOT REINA, E. (2005): *Datos personales y Administración pública*, Civitas, Madrid; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2003): *La protección de los datos personales en las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid; y DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. (2007): *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).

³³ Que dispone: “1. La prestación de los servicios y las relaciones que mantengan los órganos, unidades y entidades a las que se refiere el artículo 1 a través de redes abiertas de telecomunicación se desarrollará de conformidad con la legislación que regula el tratamiento automatizado

III. LAS SEDES ELECTRÓNICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y LAS RELACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA CON LA CIUDADANÍA

1. Las sedes electrónicas

Los arts.10 a 12 LAE afrontan una regulación general de las sedes electrónicas, concediendo carta de naturaleza a este medio de información y comunicación. El Derecho propio de Andalucía no acoge una formulación general de esta nueva categoría jurídica, ni en la Ley 9/2007, ni en el resto de las disposiciones que hemos referido anteriormente. En cualquier caso, el régimen de las sedes electrónicas previsto por la Ley 11/2007 tiene carácter básico y, por consiguiente, también es de aplicación a la Administración de la Junta de Andalucía³⁴. El sentido principal de la regulación estatal es imputar al titular de la sede electrónica la responsabilidad respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a que pueda accederse a través de la misma (art. 10.2 LAE), remitiendo al desarrollo reglamentario de cada Administración pública la determinación de las condiciones e instrumentos de creación de sus propias sedes electrónicas, con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad (art. 10.3 LAE).

Lo cierto es que la Junta de Andalucía no ha desarrollado reglamentariamente los requisitos de sus sedes electrónicas, con lo que, siguiendo a la más

de la información y, en especial, con respeto a las normas sobre intimidad y confidencialidad de las relaciones en los términos establecidos por la legislación sobre protección de datos y derechos sobre la propiedad intelectual, así como la relativa a los servicios de la sociedad de la información. 2. Los datos de carácter personal que la Administración obtenga por el solo hecho de que los ciudadanos realicen consultas o reciban información a través de redes abiertas de telecomunicación no podrán formar parte de un fichero o base de datos administrativa, salvo autorización expresa del interesado, sin perjuicio de que se puedan utilizar datos que no tengan carácter personal con fines estadísticos”.

³⁴ Para conocer en pormenor el régimen general de las sedes electrónicas véanse VALERO TORRIJOS, J.: “Acceso a los servicios y difusión de la información por medios electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *Comentarios a la Ley de administración electrónica*, *op. cit.*, págs. 235 y sigs.; PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa...*, *op. cit.*, págs. 125 y sigs.; MARTÍN DELGADO, I.: “Concepto y régimen jurídico de la sede (administrativa) electrónica”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (2010): *Administración electrónica...*, *op. cit.*, págs. 501 y sigs.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: “El desarrollo reglamentario de la sede electrónica: contenido mínimo de las sedes electrónicas”, en esa misma obra, págs. 525 y sigs.; y RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La regulación de la sede y registros electrónicos: ámbito nacional y autonómico”, también en la misma obra, págs. 545 y sigs.

autorizada doctrina en la materia, no se puede decir que haya procedido a crearlas. La única disposición andaluza relativa a la sede electrónica tan solo la define a efectos de notificaciones administrativas³⁵. Es más, el todavía vigente art. 6 DME podría inducir a error como identificador de la sede electrónica de la Junta de Andalucía, evocando un portal que posteriormente se ha abandonado³⁶. Actualmente, el portal institucional de la Junta de Andalucía se encuentra en la URL <http://www.juntadeandalucia.es>, prestando diferentes servicios de administración electrónica, como es el caso de la Plataforma de Relación con la Ciudadanía Andaluza o el Sistema de Notificaciones Telemáticas Seguras (ambos se describen más tarde). Urge pues la aprobación de una disposición que clarifique este escenario y permita identificar de manera inequívoca la sede o sedes electrónicas de la Administración de la Junta de Andalucía. También es exigible que la Junta de Andalucía retire de sus portales los avisos o cláusulas de exoneración de responsabilidad, al resultar diametralmente opuestos al art. 10.3 LAE³⁷.

³⁵ Se trata del Decreto 68/2008, de 26 de febrero, por el que se suprime la aportación de la fotocopia de los documentos identificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y se establece la sede electrónica para la práctica de la notificación electrónica.

³⁶ Ese precepto, bajo la rúbrica "Portal www.andaluciajunta.es", dispone: "El acceso a todos los servicios contemplados en el presente Decreto se realizará a través del portal de la Administración de la Junta de Andalucía <http://www.andaluciajunta.es>, en el que se ubicarán a su vez los accesos a las páginas de las distintas Consejerías, organismos y entidades comprendidos en el ámbito de aplicación de esta disposición".

³⁷ Por ejemplo, en el portal securizado mediante el que se accede a la Plataforma de Relación con la Ciudadanía se puede leer el siguiente "aviso legal":

«Los derechos de todos los contenidos de este portal pertenecen a la Junta de Andalucía, por lo que quedan prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos de esta Web sin autorización previa. El acceso a este material no supondrá en forma alguna, licencia para su reproducción y/o distribución que, en todo caso, estará prohibida salvo consentimiento de la Junta de Andalucía.

«La información disponible en este portal tiene que ser entendida como una guía sin propósito de validez legal. La información administrativa facilitada a través del mismo no sustituye la publicidad legal de las leyes, de las disposiciones generales y de los actos que tengan que ser publicados formalmente a los diarios oficiales de las administraciones públicas. En el caso de cualquier discrepancia entre la versión de documentos e información obtenida en éste portal y la versión considerada oficial, la versión oficial de las administraciones es la única legalmente válida.

«Tanto el acceso al portal, como el uso que pueda hacerse de la información contenida en el mismo son de la exclusiva responsabilidad de quien lo realiza. La Junta de Andalucía no responderá de ninguna consecuencia, daño o perjuicio que pudieran derivarse de dicho acceso o uso de información, con excepción de todas aquellas actuaciones que resulten de la aplicación de las disposiciones legales a las que deba someterse en el estricto ejercicio de sus competencias.»

Por otra parte, el art. 5.5 DME establece que “Las distintas Consejerías, organismos y entidades comprendidas en la presente disposición deberán actualizar permanentemente la información puesta a disposición del público a través de redes abiertas de telecomunicación, con expresa indicación de la última fecha de actualización en cada caso”, lo que permite identificar al responsable del cumplimiento de los deberes proclamados en el art. 10.3 LAE, ya citado.

Con arreglo al art. 10.5 LAE, las sedes electrónicas deben disponer de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias. No existe una previsión normativa específica sobre esta cuestión en el Derecho propio de Andalucía, pero en la práctica, en algunos segmentos particularmente sensibles (notificaciones, pagos), la Administración de la Junta de Andalucía está utilizando un certificado electrónico emitido para estos propósitos por la FNMT.

Para concluir este punto, una asignatura pendiente en nuestro Derecho propio es la aprobación de disposiciones y la puesta en marcha de sistemas que permitan conferir la condición de auténtico a la edición electrónica del *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* haciendo desaparecer su versión en papel, como ha llevado a cabo la Administración del Estado mediante el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial “Boletín Oficial del Estado”, dictado en aplicación del art. 11 LAE.

2. La información a la ciudadanía por medios electrónicos.

El art. 80.1 LAJA proclama el derecho de los ciudadanos a recibir información, articulando en el apartado 2 del mismo artículo los siguientes deberes de la Administración de la Junta de Andalucía, orientados a la realización efectiva de ese derecho:

- b) Ofrecer información general sobre los procedimientos vigentes de la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía, utilizando especialmente para ello las vías electrónicas que permitan un acceso rápido y eficaz a dicha información.
- c) Adoptar las estrategias multicanales de atención a la ciudadanía al objeto de ampliar e integrar las vías de información entre la Administración y la ciudadanía.

La primera de estas previsiones no encuentra paralelo en la Ley 11/2007 (al menos en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas), ni en la Ley 30/1992, que obliga a publicar una relación de los procedimientos adminis-

trativos, pero no a hacerlo por vía telemática: se trata, por tanto, de un mandato oportuno y complementario de los que derivan del Derecho estatal básico. En cuanto al principio de multicanalidad, sí se encuentra proclamado con carácter básico por el art. 8.1 LAE. Supone la necesidad de ofrecer la información por canales diferentes, de manera que el ciudadano pueda optar por el que prefiera, ya sea presencial o telemático, y dentro de este último, por sus diferentes variantes³⁸.

El art. 7 DME resulta complementario del anterior, añadiendo a los deberes derivados de la LAJA otros adicionales: dispone este precepto que la información puesta a disposición por la Administración de la Junta de Andalucía por medios telemáticos

“...comprenderá, como mínimo, la relativa a la organización, competencias y actividades de las Consejerías, organismos y entidades de la Administración de la Junta de Andalucía; las guías de funciones y cartas de servicios que se aprueben en el ámbito de las competencias de dichos órganos y entidades; la normativa que se publique en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, con la posibilidad de su descarga a través de la red; y la información de interés general que se considere oportuna, ya sea de carácter ocasional o permanente, referida, esta última, a determinados sectores de la actividad administrativa de especial incidencia social en el ámbito de la sanidad, la educación o la cultura.

Asimismo, la información puesta a disposición del público comprenderá la relativa a los procedimientos administrativos que se tramitan por la Administración de la Junta de Andalucía, con indicación del plazo de resolución y del sentido del silencio; los principales formularios que en los mismos sean de aplicación y de cuáles de esos procedimientos, y qué fases de los mismos, pueden tramitarse a través de la red; así como la

³⁸ En aplicación de este principio, el art. 7.1 DME puntualiza que “La información y documentación puesta a disposición del público por la Administración de la Junta de Andalucía a través de redes abiertas de telecomunicación, para cuyo acceso no será preciso utilizar ninguna modalidad de firma electrónica, no implica sustitución ni detrimento de la atención personalizada a prestar en las oficinas públicas dependientes de la Junta de Andalucía, o por cualquier otro medio, que continuará rigiéndose en todo lo no dispuesto en la presente norma por lo establecido en el Decreto 204/1995, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas organizativas para los servicios administrativos de atención directa a los ciudadanos”.

información sobre contratación administrativa en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, con inclusión de los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, generales y particulares, y de los anuncios de licitación que se produzcan”.

Se observará hasta qué punto detalla este artículo el contenido del deber de información. Por desgracia, no ha sido llevado a puro y debido efecto, sobre todo en relación con los contenidos incluidos en el parágrafo segundo, cuyo grado de cumplimiento deja mucho que desear incluso hoy en día, cuando otras disposiciones de mayor rango (por ejemplo, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público) han incorporado esos mismos deberes de información.

3. Las relaciones de la Administración autonómica con la ciudadanía por medios electrónicos

Ningún precepto de la LAJA hace referencia a esta concreta cuestión. Sin embargo, el art. 27 LAE la regula pormenorizadamente³⁹, de acuerdo con las siguientes coordenadas generales: *a)* Reservando a la Ley la imposición del canal telemático con desaparición del soporte papel; *b)* Admitiendo la posibilidad de imponer el canal telemático por vía reglamentaria, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos; *c)* Admitiendo, asimismo, que la Administración utilice los medios electrónicos cuando los ciudadanos lo consientan expresamente; *d)* El derecho del ciudadano a modificar su elección del medio de comunicación en cualquier momento.

Es evidente que estas previsiones merecen un mínimo desarrollo en el Derecho propio de Andalucía. El art. 12.1 DME atiende parcialmente esta necesidad, admitiendo que se puedan mantener comunicaciones por medios electrónicos siempre que se garanticen los siguientes requisitos generales: *a)* la garantía de la disponibilidad y acceso de los referidos medios y soportes y de las aplicaciones informáticas en las condiciones que en cada caso se establezcan; *b)* la compatibilidad técnica de los medios, aplicaciones y soportes utilizados

³⁹ Para el estudio detallado del precepto, véanse principalmente VALERO TORRIJOS, J.. *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 47 y sigs.; REGO BLANCO, M.D.: “Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords): *La ley de administración electrónica*, *op. cit.*, págs. 391 y sigs.; y mi aportación en esa misma obra, “Objeto, ámbito de aplicación...”, *op. cit.*, págs. 93 y sig.

por el emisor y el destinatario; y, c) la existencia de medidas de seguridad que eviten el que se intercepten y alteren las comunicaciones, así como los accesos no autorizados. El art. 12.4 DME añade lo siguiente: “La Administración velará para que el funcionamiento de los sistemas se realice de acuerdo a unas políticas adecuadas de seguridad, de autenticación, de firma electrónica, emisión de sellos de tiempo y recibos electrónicos. Igualmente, los servidores informáticos funcionarán bajo el uso de un certificado de componente emitido por un proveedor de servicios de certificación electrónica habilitado de conformidad con el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica”.

Los apartados 2 y 3 del mismo artículo amplían progresivamente los requisitos según se trate de comunicaciones en las que se solicite información personalizada sobre documentos que no obren en poder del público (en cuyo caso se exige, entre otras cosas, que se identifique fidedignamente al emisor y al receptor de la información), y cuando la relación tenga lugar en el marco de un procedimiento administrativo (en cuyo caso es preceptivo el uso de una firma electrónica avanzada y de un dispositivo de consignación de fecha y hora). Queda huérfana de regulación, sin embargo, una cuestión capital: el modo en que los ciudadanos podrán ejercer su derecho a modificar el canal de comunicación, evitando que el repetido ejercicio de esta opción dé lugar a abusos⁴⁰.

4. La Plataforma de Relación con la Ciudadanía Andaluza (Clara)

Para concluir este apartado relativo a las comunicaciones entre la Administración de la Junta de Andalucía y la ciudadanía es inevitable referirse a *Clara*, la Plataforma de Relación con la Ciudadanía Andaluza que se encuentra abocada a convertirse en un importante interfaz entre la Administración y la ciudadanía. Su primera característica es la multicanalidad: Clara atiende al ciudadano telefónicamente (902 505 505), por correo electrónico (información@juntadeandalucia.es) o a través de un portal de Internet⁴¹, del que conviene reproducir su página de acceso:

⁴⁰ En el proyecto de Decreto de desarrollo general de la Ley 11/2007 (aplicable en exclusiva a la Administración del Estado), se regula la cuestión modulando el ejercicio del derecho y sometiéndolo en todo caso a la presentación de una solicitud motivada.

⁴¹ Accesible en la URL <http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/clara/portada.html> (última visita: 30 de enero de 2011). Nótese que no ha migrado la ubicación tras la reestructuración de Consejerías acometida en 2010.



En cuanto a sus funcionalidades, Clara incluye, principalmente:

- El catálogo de procedimientos de la Administración de la Junta de Andalucía, con sus oportunas indicaciones de plazos de resolución, órgano competente para la tramitación, sentido del silencio administrativo, etc. Esta información es de libre acceso.
- El directorio (direcciones y teléfonos) de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, con aportación de la carta de servicios de cada uno de ellos, y con específica mención de la ubicación de los registros administrativos. Esta información también es de libre acceso.
- Una interesantísima zona personal en la que cada ciudadano, previa acreditación mediante una firma electrónica reconocida, puede acceder a su buzón de notificaciones administrativas, consultar los expedientes tramitados en soporte electrónico en los que ostente la condición de interesado, articular la presentación telemática de solicitudes o documentos que le sean requeridos, así como consultar las cesiones de datos personales que la Administración de la Junta de Andalucía haya hecho a otras entidades.
- El acceso al formulario de presentación electrónica de escritos de propósito general⁴².

⁴² Esto es, un registro electrónico apto para recibir toda clase de escritos y documentos que no exijan la presentación de un formulario específico, materia sobre la que volveré más tarde, al analizar el registro electrónico.

Las potencialidades de Clara son enormes y sin duda la ciudadanía andaluza pronto se familiarizará con su funcionamiento y sus contenidos, pues su diseño es simple e intuitivo y constituirá un importante factor para la realización efectiva del derecho de acceso electrónico proclamado en el art. 6 LAE.

IV. LA IDENTIFICACIÓN ELECTRÓNICA.

Como es sabido, la Ley 11/2007 es muy versátil en la regulación de los sistemas de identificación o firma electrónica, cuestión que regula en sus arts. 13 a 23 y en la que no entramos aquí⁴³. La principal tarea que corresponde al Derecho autonómico en esta materia es la concreción, por vía reglamentaria, de los sistemas de firma electrónica que pueden utilizar tanto la ciudadanía como los empleados públicos.

La principal previsión que contiene el Derecho autonómico en esta materia aparece en el art. 7.5 LAJA, conforme al cual, “A fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos expresados en el apartado anterior, la Administración de la Junta de Andalucía facilitará a la ciudadanía que así lo solicite el acceso y obtención de un dispositivo de firma electrónica”. Con posterioridad a esta previsión, el art. 13.2.a) LAE impone a todas las Administraciones públicas la admisión del Documento Nacional de Identidad electrónico (DNIe) como medio de identificación. En línea de principio, bastaría pues con que la

⁴³ La bibliografía sobre la firma electrónica en general y sobre la regulación de esta materia en la Ley 11/2007 es sumamente amplia. No obstante, resultan especialmente valiosas las aportaciones de LINARES GIL, M.: “Identificación y autenticación de las Administraciones Públicas”, y de MARTÍN DELGADO, I.: “Identificación y autenticación de los ciudadanos”, ambos en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords): *La Ley de administración electrónica*, *op. cit.*, págs. 415 y sigs., y 463 y sigs., respectivamente; PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa...*, *op. cit.*, págs. 128 y sigs.; así como ALAMILLO, I. y URÍOS, X.: “El nuevo régimen legal de gestión de la identidad y firma electrónica por las Administraciones públicas”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (2010): *Administración electrónica...*, *op. cit.*, págs. 657 y sigs.; MAGÁN PERALES, J.M.: “La nueva Administración pública electrónica. Las relaciones electrónicas entre la Administración y el ciudadano. Especial referencia a la firma electrónica”, en PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 94 y sigs.; y AA.VV.: *Firma digital y Administración pública*, INAP, Madrid, 2003. Con carácter general, sobre la firma electrónica debe verse MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comentarios a la Ley 59/2003, de firma electrónica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004.

Administración de la Junta de Andalucía se asegurase de que todos los ciudadanos disponen del DNIe para el cumplimiento de su propio compromiso.

Sin embargo, la política de identidad digital de la Administración de la Junta de Andalucía se basó tempranamente en el uso del certificado emitido por la FNMT en ejercicio de la habilitación que se expuso en el apartado 1.2 de este trabajo. A tal efecto, el 26 de julio de 2002 se suscribió un convenio de colaboración entre la Junta de Andalucía y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, que contempla la implantación del certificado clase 2 CA de la FNMT en la Administración de la Junta de Andalucía, habilitándolo tanto para los empleados públicos como para todos los ciudadanos andaluces, y contemplándose además la posibilidad de que otras Administraciones o poderes públicos andaluces se adhieran al convenio y puedan intervenir como fedatarios en el proceso de expedición de los certificados, asumiendo los costes de los certificados la Administración de la Junta de Andalucía⁴⁴. Se trata de una apuesta de elevado coste económico, pero también de indudable pragmatismo, que ha generalizado el uso de este medio de identificación electrónica, promoviendo de este modo la interoperabilidad entre todas las Administraciones públicas⁴⁵.

⁴⁴ El texto del convenio se puede obtener en la sección relativa a “Normativa” del portal técnico de administración electrónica de la Junta de Andalucía, accesible en <https://ws024.junta-deandalucia.es/pluton/index.jsp>; y la extensa relación de entidades adheridas puede asimismo consultarse en un enlace disponible en el costado izquierdo de la página principal de dicho portal.

⁴⁵ Este orden de cosas hace inútil el art. 13 DME, cuyo contenido, en cualquier caso, conviene consignar aquí. Este precepto, bajo la rúbrica “Firma electrónica avanzada”, dispone:

«1. Para entablar alguna de las relaciones a las que se refiere el apartado 3 del artículo 12 de este Decreto las partes intervinientes tendrán que disponer de un certificado

reconocido de usuario que les habilite para utilizar una firma electrónica avanzada. De conformidad con lo previsto en el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y en el Real Decreto 1317/2001, de 30 de noviembre, que desarrolla dicho precepto, los interesados podrán solicitar dichos certificados siguiendo el procedimiento establecido en el Anexo III del Decreto. No obstante, los certificados que pueden expedirse por la entidad acreditada en dicho Anexo no excluye que los servicios de certificación y expedición de firmas electrónicas avanzadas sean prestados por cualquier otro proveedor de servicios de certificación electrónica habilitado de conformidad con el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

«2. Previo informe favorable del Consejo Interdepartamental de Informática, la Consejería de Justicia y Administración Pública publicará mediante Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el portal al que se refiere el artículo 6 de este Decreto la relación de entidades

En este momento se encuentran pendientes de implantar certificados de la FNMT que contengan atributos específicos y permitan completar las previsiones de la Ley 11/2007 en dos sentidos distintos: *primero*, identificando a los empleados públicos de la Junta de Andalucía de manera diferenciada a su condición personal de ciudadanos; y *segundo*, habilitando técnicas de representación por medios de identificación electrónica que eviten una perversa práctica actual, consistente en que los representados ceden sus certificados con sus correspondientes claves a sus representantes, lo que puede dar lugar a indudables abusos, muy difíciles de enmendar. En efecto, un importante aspecto que está pendiente de regulación en Andalucía es el desarrollo reglamentario de los arts. 22 y 23 LAE, que permiten a los ciudadanos actuar mediante funcionario público cuando carezcan de los correspondientes medios de identificación electrónica, o conferir su representación electrónica a un tercero para que actúe en su nombre. Son aspectos esenciales para el impulso de la administración electrónica cuya regulación expresa no se puede demorar.

En otro orden de consideraciones, un importante logro de la Junta de Andalucía en materia de firma electrónica es la plataforma *@firma*, es decir, la plataforma corporativa de la Junta de Andalucía para autenticación y firma electrónica. Gracias a *@firma*, las aplicaciones de la Junta de Andalucía pueden incorporar procesos de autenticación y firmado digital mediante el uso de certificados digitales, independientemente del entorno de desarrollo en que hayan sido programadas. *@firma* es una potente y versátil herramienta de validación de certificados electrónicos con altas dosis de interoperabilidad, que fue dise-

acreditadas para la prestación de servicios de certificación en el ámbito de aplicación de la presente norma y, asimismo, hará público los procedimientos de obtención, renovación y revocación de dichos certificados.

«3. En los documentos electrónicos producidos por la Administración de la Junta de Andalucía que se acompañen de una firma electrónica avanzada se garantizará, mediante el oportuno sistema de protección de códigos, que dicha firma sólo pueda ser empleada por los signatarios o sistemas debidamente autorizados en razón de sus competencias o funciones.

«4. La Consejería de Justicia y Administración Pública, previo informe del Consejo Interdepartamental de Informática, podrá aprobar las condiciones adicionales que se consideren necesarias para salvaguardar las garantías de cada procedimiento administrativo en el que se utilice la firma electrónica avanzada, así como el régimen o los regímenes especiales de utilización de la firma en las relaciones que afecten a la seguridad pública. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, dichas condiciones serán objetivas, razonables y no discriminatorias, y no obstaculizarán la prestación de servicios a los ciudadanos cuando en dicha prestación intervengan distintas Administraciones Públicas, nacionales o extranjeras.»

ñada por la Junta de Andalucía y cedida después al entonces Ministerio de Administraciones Públicas mediante un convenio suscrito el 2 de febrero de 2006, con un compromiso de evolución conjunta; poco más tarde recibió el prestigioso reconocimiento del *Good Practice Label 2007*, y todo apunta a que sus desarrollos posteriores acabarán convirtiéndose en una plataforma europea de validación de certificados electrónicos.

Para concluir este apartado, conviene al menos reseñar la Orden de 27 de diciembre de 2006, por la que se regula la utilización de medios electrónicos a aplicativos de gestión en la Consejería de Justicia y Administración Pública (*BOJA* de 27 de octubre). Esta norma regula el aplicativo conocido como *Port@firmas*, que gestiona los procesos de firma electrónica que deba llevar a cabo cada usuario, erigiéndose en una herramienta de extraordinaria potencialidad en punto a agilizar la gestión administrativa interna.

V. EL REGISTRO ELECTRÓNICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Los registros electrónicos son una de las cuestiones más extensamente tratadas por la Ley 11/2007, que los regula en sus arts. 24 a 26, sucesores del ahora derogado art. 38.4 LRJPAC: como expuse más arriba (§ 1.2), una de las primeras regulaciones generales de la administración electrónica en nuestro Derecho, con la que guarda algunas semejanzas y también ciertas diferencias⁴⁶. En cualquier caso, no podemos entrar aquí en detalle en la regulación estatal, centrándonos en el modo en que esta materia ha sido regulada por el Derecho autonómico. En este sentido, se dispone de un mínimo desarrollo normativo en el art. 83 LAJA (anterior a la Ley 11/2007), que dispone:

Artículo 83. Registros telemáticos.

1. Los registros telemáticos dependientes de la Junta de Andalucía estarán habilitados para la recepción o transmisión de documentos electrónicos relativos a los procedimientos, las actividades o los servicios contemplados en las disposiciones autonómicas que establezcan la tramitación telemática de los mismos y permitirán la entrada y salida de documentos electrónicos a través de cualquier soporte reconocido.

⁴⁶ Para el estudio de la ordenación de los registros telemáticos en la LAE debe acudir a VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 84 y sigs.; y REGO BLANCO, M.D.: "Registros...", *op. cit.*, págs. 371 y sigs. Asimismo, debe verse el trabajo de RAMÓN FERNÁNDEZ, F. "La incorporación...", *op. cit.*, págs. 545 y sigs.

2. Los registros telemáticos permitirán la entrada de documentos electrónicos a través de redes abiertas de telecomunicación todos los días del año durante las veinticuatro horas del día.
3. Reglamentariamente se regulará el funcionamiento de los registros telemáticos.
4. En todo caso, los medios o soportes en que se almacenen los documentos electrónicos contarán con las medidas de seguridad que garanticen la integridad, protección y conservación de los documentos almacenados, así como la identificación de las personas usuarias y el control de acceso de los mismos.

A pesar de la repetida mención a los “registros telemáticos” existentes en la Administración de la Junta de Andalucía, en realidad el principio de horizontalidad (que he enunciado más arriba, en el § 2.2) ha determinado que, en la práctica, solo existan dos: el Registro Telemático Tributario, en cuyo régimen específico no voy a entrar aquí⁴⁷; y el Registro telemático único regulado por el art. 9 DME, que dispone:

Artículo 9. Creación, gestión y régimen general de funcionamiento del Registro telemático.

1. Para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en esta norma y la prestación de los servicios que en ella se contemplan se crea un Registro telemático único, sin perjuicio de lo establecido en la Disposición adicional tercera. Dicho Registro sólo estará habilitado para la recepción o transmisión de documentos electrónicos relativos a las actividades, servicios o procedimientos contemplados en la presente disposición y permitirá la entrada y salida de documentos electrónicos a través de cualquier soporte reconocido según lo previsto en el artículo 18.

2. La administración de usuarios y el mantenimiento de los medios técnicos correspondientes al servidor central del Registro telemático es competencia de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Las cuestiones relativas a las dudas o discrepancias que se produzcan

⁴⁷ Véase la Orden de 10 de junio de 2005, por la que se regula el Registro Telemático Tributario dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda y las notificaciones, certificados y transmisiones telemáticos en el ámbito de la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía (BOJA n° 120, de 22 de junio); y algunos aspectos complementarios, contenidos en la Orden de 18 de diciembre de 2010, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se definen las competencias de aplicación de la política informática de la Consejería en la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía (BOJA n° 248, de 22 de diciembre).

acerca de la emisión o recepción de documentos electrónicos en este Registro las resolverá el órgano, organismo o entidad competente para la tramitación del documento electrónico de que se trate.

3. El Registro telemático permitirá la entrada de documentos electrónicos a través de redes abiertas de telecomunicación todos los días del año durante las veinticuatro horas. La fecha de entrada o salida de los documentos electrónicos en el Registro se acreditará mediante un servicio de consignación electrónica de fecha y hora. Dicha fecha producirá los efectos que la legislación sobre procedimiento administrativo común le atribuya en orden al cómputo de los términos y plazos en el seno del procedimiento administrativo. A efectos del cómputo de dichos términos y plazos, se entenderá que la recepción de documentos electrónicos en un día inhábil en el ámbito territorial del órgano competente para tramitarlo surtirá sus efectos el primer día hábil siguiente, siendo ésta la fecha en la que el documento ha tenido entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación.

4. La recepción de documentos electrónicos en el Registro telemático se producirá automáticamente. Los asientos de entrada practicados en el Registro telemático especificarán, para cada documento electrónico, un número de referencia, el asunto al que se refiere, la fecha de recepción del documento, el epígrafe expresivo de la naturaleza, órgano administrativo al que se dirige, hora de presentación y una descripción sucinta del asunto. Asimismo, si el interesado hubiese elegido la notificación electrónica como medio de notificación preferente, se realizará el correspondiente asiento de salida en la misma forma.

5. El Registro telemático emitirá automáticamente un justificante de la recepción de los documentos electrónicos presentados por los interesados en el que se dará constancia del asiento de entrada que se asigne al documento. Dicho justificante se hará llegar al destinatario a la dirección electrónica que éste haya indicado en el momento inmediatamente posterior al que tenga lugar el asiento del documento recibido.

6. Los documentos electrónicos transmitidos a través del Registro telemático serán válidos a todos los efectos legales siempre que quede acreditada su autenticidad, integridad, conservación, identidad del autor y, en su caso, la recepción por el interesado, en la forma prevista para cada caso o tipo de actuación en el artículo 12 de este Decreto.

Las determinaciones que contiene este precepto son perfectamente compatibles con el régimen general de la materia que establece la LAE, para cuyo estudio remito a las obras anteriormente citadas. Solo un par de cuestiones merecen comentario específico.

En primer lugar, conviene destacar nuevamente la decidida apuesta de la Administración de la Junta de Andalucía por la existencia de un único registro general, que ha sido desarrollado mediante el proyecto @ries⁴⁸, y presenta las siguientes características generales:

- Interconexión informática entre los registro de Entrada/Salida de todos los organismos: Comunicación entre el registro por el que entra el documento y el registro o registros del órgano resolutor.
- Implantación de un sistema intercomunicado de registros entre la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local. (PISTA).
- Interconexión y transmisión de asientos registrales y, en su caso, de documentos completos entre los distintos Registros.
- Acceso desde cualquier punto remoto a las bases de datos públicas y a otras informaciones de interés para los ciudadanos que proceda de cualquiera de las Administraciones Públicas.
- Posibilidad de realización de trámites administrativos desde el hogar del ciudadano (con los mecanismos de seguridad y certificación adecuados).

Una llamativa característica de este proyecto es que no dispone de una concreta sede o dirección electrónica unificada mediante la que acceder al registro, sino que son los diferentes programas o aplicativos que se desarrollan sectorialmente para la implantación de servicios de administración electrónica (por ejemplo, para la presentación de solicitudes de incentivos en una concreta convocatoria) los que habilitan formularios en línea cuyos campos se van completando por el ciudadano y que culminan en una operación de presentación a registro articulada mediante la propia aplicación informática.

En este punto es preciso detenerse en otro de los aspectos que merece tratarse de manera específica: la existencia preceptiva en cada Administración pública de al menos un registro electrónico suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración pública (art. 24.3 LAE). El modelo de funcionamiento de @ries no casa bien con esta previsión. La solución pasa por la articulación de punto un acceso genérico al

⁴⁸ Para conocer en detalle sus características puede verse <https://ws024.juntadeandalucia.es/pluton/adminelec/ArTec/aries.jsp>

registro electrónico, en una sede electrónica de la Administración de la Junta de Andalucía. A la vista de las circunstancias, el lugar idóneo para articular este acceso es la Plataforma de Relación con la Ciudadanía Andaluza (*Clara*)⁴⁹, cuya página de acceso dispone, en efecto, del oportuno enlace.

Por otra parte, también merece alguna consideración el art. 25.5 LAE, que regula la presentación en el registro telemático de documentación complementaria⁵⁰. Esta materia no se encuentra regulada en el Derecho propio de Andalucía. Para concluir, existen otros aspectos que también merecen ser tratados en un desarrollo normativo específico: por ejemplo, qué sucede cuando se aborta la presentación de un documento al registro por un fallo informático; cómo se restablecen los plazos de presentación cuando el registro no se encuentra disponible por un determinado período de tiempo; qué régimen se aplica a documentos presentados a registro que contengan códigos maliciosos (virus); etc. Todas estas cuestiones deben ser objeto de tratamiento normativo específico para despejar las dudas que actualmente plantean en la práctica.

VI. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Las notificaciones electrónicas son una manifestación específica de las comunicaciones electrónicas entre la Administración de la Junta de Andalucía, materia que ya fue tratada anteriormente (§ 3.3) y en la que no abundamos ahora. Centrándonos pues en el concreto tema de las notificaciones, la Ley 11/2007 aborda la cuestión en su art. 28, claramente tributario del derogado art. 59.3 LRJPAC⁵¹. En el Derecho propio de Andalucía, el régimen de las notificaciones electrónicas se establece en el art. 113 LAJA⁵², que dispone:

⁴⁹ Expuesta en el § 3.4 de este trabajo.

⁵⁰ Sobre esta específica cuestión, véase especialmente VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 100 y sigs.

⁵¹ Sobre el régimen de las notificaciones electrónicas debe consultarse MARTÍN DELGADO, I. (2009): *Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo*, tirant lo Blanch, Valencia, *passim*; GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas*, Bosch, Barcelona, 2005, en particular, págs. 105 y sigs.; VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 133 y sigs.; REGO BLANCO, M.D.: “Registros...”, *op. cit.*, págs. 395 y sigs.; PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad...*, *op. cit.*, págs. 156 y sigs.; y BAUZÁ MARTORELL, F.J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, *op. cit.*, *passim*.

⁵² Este precepto guarda identidad sustancial con el art. 15 DME, en el que se inspira claramente y que, por tanto, resulta superfluo comentar.

Artículo 113. Notificación de los actos administrativos.

1. Las resoluciones y actos que afecten a los derechos e intereses de la ciudadanía, sean definitivos o de trámite, serán notificados o publicados de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre procedimiento administrativo común.

2. Para que las notificaciones administrativas puedan llevarse a cabo mediante medios o soportes informáticos y electrónicos, será preciso que el sujeto interesado haya señalado o consentido expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación de una dirección electrónica al efecto. Dicha manifestación podrá producirse tanto en el momento de iniciación del procedimiento como en cualquier otra fase de tramitación del mismo. Asimismo, el sujeto interesado podrá, en cualquier momento, revocar su consentimiento para que las notificaciones se efectúen por vía electrónica, en cuyo caso deberá comunicarlo así al órgano competente e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

La notificación telemática se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica señalada, transcurrieran diez días naturales sin que el sujeto destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en la normativa básica estatal, salvo que de oficio o a instancias del sujeto destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

La principal característica de esta normación es que no resuelve los problemas de interpretación a que da lugar el Derecho estatal referente a las notificaciones electrónicas, respecto del que apenas representa alguna particularidad específica⁵³. Si conviene mencionar que el desarrollo funcional de que ha sido objeto esta cuestión es la puesta en marcha de un Sistema de Notificaciones Telemáticas (*Notific@*), actualmente accesible a través de la zona personal de la Plataforma de Relación con la Ciudadanía Andaluza (véase nuevamente § 3.4 de este trabajo), aunque también se encuentra disponible mediante un punto de acceso electrónico específico⁵⁴. Configurado a imagen y seme-

⁵³ He desarrollado esta cuestión en mi trabajo GAMERO CASADO, E.: "El correo electrónico como medio de notificación en el Derecho propio de Andalucía", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 57, 2005, págs. 103 y sigs.

⁵⁴ En la URL <https://ws020.juntadeandalucia.es/notificaciones/snja/index.jsp> DEbe notarse que, conforme al art. 4 del Decreto 68/2008, de 26 de febrero (citado), el portal de acceso

janza del Sistema de Notificaciones Telemáticas Seguras que Correos y Telégrafos presta a la Administración del Estado, se puso en marcha en abril de 2005. El ciudadano que lo desee, puede darse de alta en el sistema (para lo que se requiere el certificado electrónico reconocido emitido por la FNMT), con lo que se le crea una dirección electrónica única en la que recibir todas las notificaciones de los diferentes órganos y agencias de la Administración de la Junta de Andalucía. Una vez dado de alta en el sistema, ha de suscribirse a los concretos procedimientos en que desee ser notificado por este medio. Ahora bien, en los procedimientos en que es preceptivo el medio electrónico de comunicación, se procede de oficio a la creación de la dirección electrónica única y a la práctica de las notificaciones electrónicas sin necesidad de proceder al alta general. El sistema está disponible 7 días a la semana, 24 horas al día.

Una vez puestas a disposición del usuario las notificaciones en su buzón electrónico personal, éste podrá, entre otros aspectos y por un período limitado de tiempo:

- Leer el contenido de las notificaciones, generándose un acuse de recibo firmado y fechado electrónicamente que se remitirá al emisor de la notificación.
- Rechazar una notificación antes de abrirla. El rechazo genera un acuse firmado y fechado y un procedimiento de seguimiento y gestión de rechazados, estipulados en la normativa vigente o en los procedimientos de la Administración emisora.
- Visualizar la lista de notificaciones de cada carpeta y de su estado: recibidos, leídos, rechazados y caducados.
- Consultar los acuses de recibo, de lectura y de rechazo, firmados y fechados asociados a cada notificación.
- Borrar de su vista personalizada del buzón una notificación o documento ya leído o rechazado.
- Obtener una copia impresa del mensaje que está viendo en su pantalla a través de su navegador, así como del fichero adjunto, en el caso de que lo hubiera.

al servicio de notificaciones estará ubicado en la URL <http://www.andaluciajunta.es/notificaciones> Cuando se intenta acceder a esa página (última visita: 30 de enero de 2011), el servidor redirige hacia la otra, en la que se encuentra actualmente, cumpliendo los requisitos materiales de la sede electrónica establecidos por la Ley 11/2007.

VII. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO. LOS ACTOS Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO

La regulación del procedimiento administrativo electrónico es uno de los aspectos en que la Ley 11/2007 resulta más deficiente, pues no llega a articular unas reglas generales suficientemente expresivas. Los arts. 33 a 39 LAE regulan la gestión electrónica del procedimiento⁵⁵, pero solo los arts. 35, 37.1 y 38 tienen carácter básico. La Ley de la Administración de la Junta de Andalucía no resulta más satisfactoria que el texto estatal: su art. 111.4 se limita a disponer que: “La regulación de la tramitación telemática de procedimientos administrativos contemplará las garantías necesarias para salvaguardar los derechos de la ciudadanía. Dichas condiciones serán objetivas, razonables y no discriminatorias, y no obstaculizarán la prestación de servicios a la ciudadanía cuando en dicha prestación intervengan distintas Administraciones Públicas. Para entablar relaciones jurídicas por vía telemática las partes intervinientes tendrán que disponer de un certificado reconocido de usuario que les habilite para utilizar una firma electrónica en los casos y con las condiciones establecidas reglamentariamente”. Su contenido material más evidente es una mera remisión reglamentaria, cuya ejecución todavía no ha tenido lugar, si bien algunas disposiciones previas cubren parcialmente esta laguna.

Así, el art. 16 DME, dedicado a regular la iniciación y tramitación de los procedimientos electrónicos, dispone:

Artículo 16. Iniciación y tramitación de procedimientos administrativos electrónicos.

1. Las solicitudes de los procedimientos administrativos que se tramiten a través de redes abiertas de telecomunicación se cursarán por los interesados al Registro telemático regulado en esta disposición. Dichas solicitudes deberán cumplir con los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 12 de la misma. Se entenderá que el documento que incluya la firma electrónica avanzada, siempre que ésta esté basada en un certificado reconocido en la forma descrita en el artículo 13 del presente Decreto producirá, respecto a los datos y documentos consignados de forma electrónica, los mismos efectos jurí-

⁵⁵ Sobre tales preceptos, véanse PALOMAR OLMEDA, A.: “Gestión electrónica de los procedimientos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica...*, *op. cit.*, págs. 597 y sigs.; y VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, págs. 181 y sigs.

dicos que las solicitudes formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Cualquier otro trámite evacuado por el interesado, así como las resoluciones que dicte la Administración en un procedimiento tramitado electrónicamente, requerirán igualmente de los mismos requisitos de firma electrónica avanzada y de su emisión o recepción a través del Registro telemático único.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta, las Ordenes de las respectivas Consejerías mediante las cuales se establezca la tramitación telemática de los distintos procedimientos arbitrarán los medios necesarios para avanzar en la reducción y simplificación de su tramitación. A tal efecto, evitarán a los interesados la aportación de documentos que obren en poder de la Administración de la Junta de Andalucía o de otras Administraciones Públicas. A tal fin, dichas Ordenes podrán prever la obtención de datos de los órganos administrativos en que se hallasen previo consentimiento del interesado, a cuyo efecto se suscribirán los Convenios necesarios con las demás Administraciones para el acceso y consulta de sus bases de datos. Asimismo, propiciarán la sustitución de la aportación de documentos acreditativos del cumplimiento de requisitos por una declaración responsable del interesado que exprese la concurrencia de dichos requisitos y el compromiso de aportar los justificantes a requerimiento de la Administración, todo ello en la medida en que lo permitan las disposiciones reguladoras de los respectivos procedimientos.

3. La norma que establezca la tramitación telemática de un procedimiento deberá señalar la posibilidad de que el interesado, una vez iniciado un procedimiento bajo un concreto sistema, pueda practicar actuaciones o trámites a través de otro distinto. En todo caso, en el momento de la aportación de documentos o datos en los Registros deberá indicarse expresamente si la iniciación del procedimiento o alguno de los trámites del mismo se ha efectuado en forma electrónica o telemática.

4. Las Ordenes mencionadas en el apartado 2 de este artículo deberán prever, asimismo, el modo y forma en que los interesados puedan obtener información personalizada por vía telemática del estado de tramitación del procedimiento y, en general, para el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como se observa, también este precepto articula una remisión normativa a otras disposiciones de desarrollo. Las escasas previsiones vinculantes que establece al efecto han sido objeto de comentario con anterioridad y no merecen ahora mayor análisis. En definitiva, se percibe en el Derecho autonómico an-

daluz la ausencia de normas generales referentes a la gestión electrónica de los procedimientos administrativos, confiándose esta cuestión a los desarrollos sectoriales de que sea objeto la materia en las concretas normas reglamentarias que regulen los procedimientos administrativos específicos. Conviene recordar, en cualquier caso, el comprometido esfuerzo que la Administración de la Junta de Andalucía viene demostrando para racionalizar la transición a la administración electrónica en el marco de su política general de simplificación y modernización, que fue expuesta en el § 2.2 de este trabajo.

En otro orden de consideraciones, los arts. 24 a 32 LAE regulan los documentos y los archivos electrónicos; en este caso, solo los arts. 29.3 y 31 carecen del carácter de básicos. Estos preceptos son de extraordinaria importancia para el impulso de la administración electrónica, por cuanto que reconocen pleno valor jurídico a los actos administrativos dictados directamente en soporte electrónico, a las copias electrónicas de los documentos originalmente emitidos en soporte electrónico y en papel (estos últimos, mediante su digitalización), así como las copias realizadas en soporte papel de documentos electrónicos⁵⁶. A todos estos preceptos debe añadirse el art. 45.5 LRJPAC, cuyo contenido no se ha incorporado a la Ley 11/2007 por razones incomprensibles, y sigue encontrándose vigente.

La única referencia que encontramos en la LAJA a estas cuestiones reside en su art. 86 LAJA, relativo al acceso a archivos y registros, que dispone: “(...) La emisión de copias y certificados en forma de documentos o soportes electrónicos deberá contar, para su validez, con la firma electrónica del órgano que las expide. 3. El acceso a los documentos almacenados por medios o en soportes electrónicos o informáticos, ya se encuentren archivados en los registros telemáticos de la Administración de la Junta de Andalucía, ya en los registros generales o auxiliares de cada Consejería o agencia administrativa, se regirá por lo dispuesto en la legislación básica estatal sobre la materia y por la legislación de protección de datos de carácter personal”. La primera de estas pre-

⁵⁶ Sobre estos preceptos, véanse SANZ LARRUGA, J.: “Documentos y archivos electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica, op. cit.*, págs. 455 y sigs.; BARRIUSO RUIZ, C.: “El documento electrónico: especial referencia a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (2010): *Administración electrónica...*, *op. cit.*, págs. 623 y sigs.; y VELASCO RICO, C.: “Archivo y conservación de los documentos administrativos electrónicos. Especial consideración a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”, en la misma obra, págs. 603 y sigs.

visiones fue útil hasta la aprobación de la Ley 11/2007, que ya contempla ese mismo requisito; en tanto que la segunda previsión carece verdaderamente de contenido, pues se reduce a ser una remisión a la legislación básica estatal. Algo semejante viene a ocurrir con el art. 14 DME, referente a actos y documentos electrónicos⁵⁷. Mayor interés suscita la Orden de 11 de octubre de 2006, por la que se establece la utilización de medios electrónicos para la expedición de copias autenticadas (*BOJA* de 27 de octubre); su art. 3.1 dispone:

“La copia autenticada electrónica de los documentos originales en soporte papel se realizará produciendo un fichero en un formato que permita mostrar en la pantalla del ordenador la imagen obtenida y exacta del documento original a cotejar. Una vez efectuado el citado cotejo se procederá, por los órganos competentes a que se refiere el artículo 4, a la firma de la copia electrónica mediante la utilización, por éstos, de la firma electrónica reconocida, en los términos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. La copia autenticada electrónica deberá contener un código de verificación que permita comprobar la integridad y autenticidad de la misma, accediendo por medios telemáticos al documento archivado en el sistema”.

El art. 4 de la Orden determina los órganos competentes para emitir copias autenticadas electrónicamente, y el art. 5 regula el contenido mínimo de la diligencia de autenticación. En cuanto a la expedición y validez de copias de documentos electrónicos, el art. 8.1 de la misma Orden dispone: “De los documentos originales producidos en procedimientos electrónicos se podrán emitir copias en soporte papel o electrónicas. Estas deberán incluir un código seguro de verificación que permita comprobar la integridad y autenticidad de las mismas, mediante el acceso por medios telemáticos al documento archivado en el sistema”.

Para concluir, es pertinente indicar una vez más los aspectos en que se echa en falta una regulación específica en el Derecho autonómico. En este

⁵⁷ Que dispone: Artículo 14. *Validez y eficacia de los actos y escritos electrónicos o informáticos*. 1. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos o informáticos por los órganos, organismos o entidades incluidas en el ámbito de aplicación de este Decreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, serán válidos siempre que garanticen su autenticidad, integridad, conservación y demás garantías y requisitos exigidos por la normativa aplicable. Desplegarán su eficacia cuando sean recibidos por sus destinatarios. 2. Serán igualmente válidas las copias de documentos originales almacenados por dichos medios siempre que se cumplan los requisitos relacionados en el apartado anterior.

marco se sitúa el régimen de transmisión o cruce de datos entre administraciones públicas, que aparece regulado en el art. 9 LAE, remitiendo a cada Administración la determinación de las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios, sin que esta cuestión haya sido objeto todavía de desarrollo en Andalucía (con excepción de la materia tributaria⁵⁸), aunque se hayan suscrito con algunos organismos convenios que regulan la cuestión y que vienen a suplir la falta de normas de derecho positivo. Este tema presenta un enorme interés, toda vez que el art. 6.2 b) LAE incluye en el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos el de no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones públicas, lo que supone una clara ampliación del derecho proclamado en el art. 35 LRJPAC, a no aportar datos y documentos que obren en poder de la propia Administración con la que el ciudadano concretamente se esté relacionando⁵⁹.

VIII. LOS PAGOS TELEMÁTICOS

La importancia que entraña tratar esta cuestión reside en el hecho de que el art. 6.1 LAE incorpora la posibilidad de efectuar pagos entre los componentes del derecho de acceso electrónico. Aunque la Ley 9/2007 no regule esta materia, el Derecho andaluz ya se encuentra plenamente adaptado a la Ley 11/2007 y ha articulado un mecanismo general de pago de todo tipo de deudas mediante la Orden de 10 de junio de 2005, por la que se regula el procedimiento general para el pago y presentación telemáticos de declaraciones y autoliquidaciones de tributos y otros ingresos gestionados por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, así como el régimen de las actuaciones en representación de terceros realizadas por medios telemáticos (*BOJA* núm. 120, de 22 de junio)⁶⁰.

⁵⁸ Regulada en este sentido por la Orden de 10 de junio de 2005, por la que se regula el Registro Telemático Tributario dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda y las notificaciones, certificados y transmisiones telemáticos en el ámbito de la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía.

⁵⁹ Véase sobre esta relevante cuestión COTINO HUESO, L.: "Derechos del ciudadano", *op. cit.*, págs. 280 y sigs.

⁶⁰ Esta disposición ha sido desarrollada posteriormente por la Resolución de 2 de marzo de 2006, conjunta de las Direcciones Generales de Sistemas de Información Económica-Financiera, de Tributos e Inspección Tributaria, y de Tesorería y Deuda Pública, por la que se declara el procedimiento de autorización a los empleados públicos para efectuar el pago telemático de tasas, precios públicos, sanciones y otros ingresos, en nombre de terceros, mediante la utilización del modelo 046.

Esta disposición ha permitido la puesta en marcha de una Plataforma de Pago por parte de la Consejería de Economía y Hacienda⁶¹, mediante la que los ciudadanos pueden abonar el importe de cualquier deuda líquida que tengan pendiente ante la Administración de la Junta de Andalucía.

IX. REUNIONES VIRTUALES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS. EN PARTICULAR, EL CONSEJO DE GOBIERNO

Para concluir este recorrido por las principales normas reguladoras de la administración electrónica en Andalucía es oportuno referirse a la disposición adicional primera de la Ley 11/2007, que confiere carta de naturaleza a las reuniones de órganos colegiados por medios electrónicos. En este sentido, el art. 33 de la Ley del Gobierno, regula la utilización de medios electrónicos por el Consejo de Gobierno en los siguientes términos:

Artículo 33. Utilización de medios telemáticos.

1. El Consejo de Gobierno podrá utilizar redes de comunicación a distancia o medios telemáticos para su funcionamiento. A tal fin, se establecerán los mecanismos necesarios que permitan garantizar la identidad de los comunicantes y la autenticidad de los mensajes, informaciones y manifestaciones verbales o escritas transmitidas.

2. En la celebración de las reuniones en las que no estén presentes en un mismo lugar quienes integran el Consejo de Gobierno, la persona titular de la Secretaría del Consejo de Gobierno hará constar esta circunstancia en el acta de la sesión, y verificará el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley para la válida constitución del órgano y para la adopción de sus acuerdos.

3. La transmisión al Consejo de Gobierno de información y documentación podrá realizarse, igualmente, por medios telemáticos de comunicación. Tales sistemas también podrán utilizarse para la remisión de las decisiones y certificaciones de los acuerdos del Consejo de Gobierno a los órganos destinatarios de las mismas.

⁶¹ Accesible en

<http://www.juntadeandalucia.es/economiayhacienda/ov/tributos/pagos/pagos.htm> (última visita: 30 de enero de 2011; tampoco en este caso ha cambiado la URL tras la reestructuración de Consejerías de 2010).

Esta previsión de la Ley del Gobierno se adelantó al Derecho estatal, que todavía no había regulado la reunión de órganos colegiados por medios electrónicos, y acogió una solución cuya oportunidad había destacado previamente la doctrina⁶². El precepto autonómico no precisa de mayor desarrollo normativo, bastando con la implantación efectiva de un sistema que reúna los requisitos estipulados en la Ley estatal y en la autonómica para que pueda procederse materialmente a celebrar reuniones virtuales de este órgano colegiado.

Lo que sí está falto de regulación es el régimen aplicable a las reuniones por medios electrónicos de otros órganos colegiados distintos del Consejo de Gobierno. En este sentido, llama la atención que la LAJA no se haya hecho eco de la cuestión. Es perfectamente posible acometer la tarea mediante normas de rango reglamentario, tomando como cobertura la disposición adicional primera de la Ley 11/2007; en cualquier caso, debe notarse que solo el apartado primero de dicha disposición adicional ostenta el carácter de básico.

El desarrollo de esta cuestión, y sobre todo su aplicación práctica, puede generar un gran ahorro de tiempo y de dinero, sobre todo en relación con los órganos interdepartamentales de coordinación, que obligan a desplazamientos y gastos que de este modo podrían evitarse.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009): *La administración electrónica y el servicio a los ciudadanos*, Ministerio de Economía y Hacienda–Real Casa de la Moneda FNMT, Madrid.
- AA.VV. (2008): *E–Gobierno para un mejor gobierno*, INAP–OCDE, Madrid.
- AA.VV. (2004): *Administración electrónica y procedimiento administrativo*, Ministerio de Economía, Madrid.
- AA.VV. (2009): *Estado de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración Local*, Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información–Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid.
- AA.VV. (2003): *Firma digital y Administración pública*, INAP, Madrid.
- AA.VV. (2007): *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

⁶² Véase CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *Órganos colegiados electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006. En cuanto al régimen aplicable a esta materia tras la Ley 11/2007, véase, del mismo autor, “Órganos colegiados electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica, op. cit.*, págs. 811 y sigs.

- AGUDO ZAMORA, M.J. (2008): “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- ÁLAMO GONZÁLEZ, N. (2007): “La utilización de las nuevas tecnologías entre las Administraciones públicas y los ciudadanos”, *REDA*, nº 133.
- ALLI ARANGUREN, J.C.; ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. (dirs.) (2008): La administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, Gobierno de Navarra, Pamplona.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.; CHINCHILLA MARÍN, C. (2001): “El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones públicas”, *REDA*, nº.109.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2002): *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2000): “Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento”, *RAAP*, nº 40.
- BARRIUSO RUIZ, C. (2007): *Administración electrónica*, Dykinson, Madrid.
- BELLO PAREDES, S.; CARO MUÑOZ, ANA I. (dirs.) (2009): *La administración electrónica y la protección de datos: encuentro nacional sobre transparencia en la gestión universitaria*, Universidad de Burgos, Burgos.
- BERNADÍ GIL, X. (ed.) (2006): *Administracions públiques i Internet*, Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona.
- “Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica”, *Nuevas Políticas Públicas*, nº 1.
- BLASCO DÍAZ, J.L. (2007): “Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 136.
- BLASCO DÍAZ, J.L. y FABRA VALLS, M. (2008): *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Universitat Jaume I, Castellón.
- (2007) *Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Castellón.
- CASTELLS, M. (2002): *La era de la información. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2010): “La administración electrónica en el Derecho autonómico comparado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 86.
- (2006) “La regulación de la Administración electrónica local: el caso del Ayuntamiento de Barcelona”. *Anuario del Gobierno local 2006*. Madrid-Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local–Institut de Dret Public.

- (2006) *Órganos colegiados electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2008) *e-Administración*, editorial UOC, Barcelona.
- CIERCO SEIRA, C. (2008): “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 19.
- COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (2010): *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-Gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CRIADO GRANDE, J.I. (2009): *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas. Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las Administraciones públicas*, INAP, Madrid.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (1993): “El documento electrónico en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *RAP*, nº 131.
- DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. (2007): *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2003): *La protección de los datos personales en las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid.
- GAMERO CASADO, E. (2005): *Notificaciones telemáticas. Y otros medios de notificación en el procedimiento administrativo común*, Bosch, Barcelona.
- (2009) “Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor”, *Revista de Administración Pública*, nº 179.
- (2005) “El correo electrónico como medio de notificación en el Derecho propio de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 57.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2010): *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid.
- GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.) (2010): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley de Acceso electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA RUBIO, F. (2003): *Las nuevas tecnologías ante el Derecho y la organización administrativa*, INAP–MAP, Madrid.
- GÓMEZ PUENTE, M. (2007): “La Administración electrónica”, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GUICHOT REINA, E. (2005): *Datos personales y Administración pública*, Civitas, Madrid.
- LÓPEZ LÓPEZ, C. (2007): *La administración electrónica en Andalucía*, CEMCI–Diputación de Granada, Granada.

- LLANEZA GONZÁLEZ, P. (2000): *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Bosch, Barcelona.
- MARTÍN DELGADO, I. (2009): *Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2009): *Administración pública electrónica*, Civitas, Madrid.
- (2007) “Administración Electrónica: origen, definición institucional y contexto actual”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 14.
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2004): *Comentarios a la Ley 59/2003, de firma electrónica*, Thomson–Civitas, Cizur Menor.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2000): *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid.
- OCHOA MONZÓ, J. (2000): “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al prof. Dr. Ramón Martín Mateo*, vol.1, Tirant lo Blanch–Generalitat Valenciana–Universidad de Alicante, Valencia.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (1998): “El valor probatorio del documento firmado en forma digital”, *La Lei de Catalunya*, n° 216.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2007): *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (1995) “La utilización de las nuevas tecnologías en la actuación administrativa”, *REDA*, n° 87.
- PÉREZ GONZÁLEZ–TORUÑO, P. (2005): “El modelo de administración electrónica en la Junta de Andalucía: el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos a través de redes abiertas de telecomunicación (Internet)”, *Nuevas Políticas Públicas*, n° 1.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (2007): “Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración pública”, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.) (2005): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid.
- SANCHO ROYO, D. (2005): *Sociedad de la información y gobierno*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- TEROL BECERRA, M.J. (Dir.) (2005): *Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías*, n° 1 de la revista *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- VALERO TORRIJOS, J. (2007): *Régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada.

- (2007) “La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración, electrónica?”, *Revista catalana de dret públic*, nº 35.
- VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2006): “Protección de datos personales y administración electrónica”, *Revista Española de Protección de datos*, nº 1.
- ZATARAÍN DEL VALLE, R. (2004): “Recepción jurídica de la Administración electrónica en España. Estrategias para su desarrollo”, en *Administración electrónica y procedimiento administrativo*, Ministerio de Economía, Madrid.

A vueltas con el control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico. Aportaciones para el debate

Mercedes Silva López

Doctora en Derecho.

Profesora del Área de Derecho Administrativo del Centro Universitario de Estudios Superiores de Algeciras.

SUMARIO: I. SOBRE EL AMPLIO CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA ACTIVIDAD DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. II. TÉCNICAS DE CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y LÍMITES URBANÍSTICOS AL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. 1. Fiscalización del acto administrativo discrecional a través de los elementos reglados. A. Competencia: La delimitación del ámbito competencial de la administración municipal y autonómica en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico. B. Procedimiento: La exigencia de nueva información pública en el supuesto de modificaciones sustanciales como garantía frente a la discrecionalidad de los planes. C. Fin: La desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad del planeamiento: la necesidad de prueba. 2. Teoría de los hechos determinantes: Los hechos son tal como la realidad los exterioriza. 3. Cumplimiento de las exigencias de los principios generales del Derecho: El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: racionalidad y motivación de las decisiones urbanísticas discrecionales. 4. Otros límites: límites genuinamente urbanísticos y límites urbanísticos ambientales. A. Carácter reglado de la licencia urbanística. B. Clasificación reglada del suelo urbano: la fuerza normativa de lo fáctico. C. Los límites urbanísticos de carácter ambiental. III. CONTROL JURISDICCIONAL Y POSIBILIDADES DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ EN LA ELECCIÓN DEL MODELO DE CIUDAD.

RESUMEN:

El objeto de éste trabajo es analizar, desde un punto de vista urbanístico, las técnicas de control de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico a través del análisis de la doctrina dictada en los últimos veinte años por nuestra jurisprudencia. Partiendo del estudio del amplio carácter discrecional de la potestad de planeamiento urbanístico, se abordan las distintas técnicas orquestadas para ejercer un efectivo control jurisdiccional de su ejercicio. El estudio finaliza con el examen del alcance de la propia actividad jurisdiccional de control.

Palabras claves:

Discrecionalidad, planeamiento urbanístico, técnicas de control, control de los elementos reglados, teoría de los hechos determinantes, principios generales del derecho, límites urbanísticos ambientales, alcance del control jurisdiccional.

ABSTRACT:

The purpose of this study is to analyze, from the point of view of town-planning, the techniques for the town planning discretionary authority through the analysis of the doctrine developed by our jurisprudence during the last twenty years. Based on the study of the broad discretionary power in town-planning, this article discusses the various techniques orchestrated in order to achieve the effective judicial review of its use. This study concludes with the examination of the scope of the activity jurisdictional control itself.

Keywords:

Discretion, town-planning, control techniques, control of the regulated elements, theory of the determining factors, general principles of law, environmental urban limits, scope of judicial review

I. SOBRE EL AMPLIO CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA ACTIVIDAD DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

Como nos demuestran reiteradamente las normas que han conformado y conforman en la actualidad el armazón de nuestro Derecho Urbanístico, la propia Ley del Suelo se remite a los planes reconociendo inicialmente su incapacidad para concretar al detalle el estatuto jurídico de la propiedad del suelo de todas y cada una de las parcelas que integran la globalidad del territorio, se remite a los Planes de Ordenación a los que encomienda la labor de concreción material del derecho de propiedad.

Entendida la actividad urbanística como la determinación de un modelo de ciudad para el concreto espacio ordenado, se entenderá que esta actividad sea imposible de concretar de forma abstracta por la propia Ley para todas y cada una de las superficies que integran la generalidad del territorio. Esta circunstancia ha obligado a dotar al ordenamiento urbanístico de una estructura bifásica, enunciada hoy en los artículos 3, 7 y concordantes del TRLS 2008, y en su día por los artículos 61 y 70.1 de la LS 56, artículos 76 y 87 del TRLS 76, artículo 8 de la TRLS 92, o el artículo 2.1 de la LS 98, al establecer, que las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, “*en virtud de ellas*”, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios, como nos diría el TRLS 76, o en términos actuales, como nos dice el TRLS 2008, la ordenación urbanística “*organiza y define*” el uso del territorio y del suelo “*de acuerdo con el interés general*”, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste, o el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es “*estatutario*” y resulta de su vinculación a distintos destinos, “*en los términos dispuestos*” por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”¹. El ordenamiento jurídico urbanís-

¹ Este papel integrador de los Planes de Ordenación ha sido reconocido reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo que en más de una ocasión ha afirmado que los planes urbanísticos son instrumentos aptos para determinar el contenido del derecho de propiedad, sin vulneración constitucional, pues el artículo 33.2 de la Constitución advierte que la función social de la propiedad delimitará su contenido, no por medio de la Ley, sino “*de acuerdo con las leyes*”, y los planes se dictan en virtud de la remisión que la Ley les hace. Así, entre otras muchas, SSTs de 2 de Febrero de 1987 (RJ 1987/2043), de 16 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4170) y de 15 de Noviembre de 1995 (RJ 1995/8333). A partir del artículo 33.2 de la Constitución no sólo la Ley, sino también los productos normativos de la Administración y más concretamente los Planes, pueden contribuir a determinar el contenido del derecho de propiedad, y más específicamente las facultades urbanísticas que lo integran. En sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 1990 (RJ 1990/3614) se articula con precisión la relación del planeamiento urbanístico con la propia Ley, al definir los Planes como “*auténtico sistema normativo gradual y coordinado de integración y desarrollo de la Ley del Suelo, particularizándola a supuestos espaciales concretos, de forma que los Planes están subordinados a dicha Ley y no pueden rebasar los criterios mínimos inderogables*” (FJ 4º). Si bien, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., en “*Lecciones de Derecho Urbanístico*”, Ed. Civitas 1979, no debemos olvidar que en virtud de la propia regulación legal, opera una primacía del planeamiento sobre las determinaciones legales que se reduce al mínimo de la regulación indispensable, lo que redundará en que el ámbito de remisión normativa del plan sea muy amplio (página 183). Por su parte, la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia reproducen estos criterios, pudiendo citarse, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de Junio de 2004 (JUR 2004/300732), y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, Castilla y León de 11 de Enero de 2002 (RJCA

tico tiene así una estructura bifásica, constituida por un lado por la Ley y sus Reglamentos de desarrollo y, de otro, por el planeamiento, que siempre operará sin detrimento alguno de una clara subordinación jerárquica a la regulación general contenida en la normativa primaria referida.

Es precisamente desde esta doble perspectiva, desde la que se comprende la importancia del Plan como instrumento prefigurador del futuro modelo de desarrollo urbano y como elemento de concreción del estatuto de la propiedad del suelo, siendo en el ámbito de las funciones que integran ambas facetas,—enunciadas con detalle en el artículo 3 TRLS 76 al desglosar las facultades que integran la competencia urbanística concerniente al planeamiento, y en el ámbito andaluz en el artículo 3.2 de la LOUA, al definir los fines específicos de la actividad urbanística y, en concreto, el objeto de la ordenación urbanística establecida en los instrumentos de planeamiento, en el marco de la ordenación del territorio—, desde el que se evidencia la profunda discrecionalidad del planeamiento urbanístico.

La potestad administrativa del planeamiento urbanístico es, fundamentalmente, discrecional, de manera que, con seguimiento del procedimiento establecido, que incluye una abierta participación ciudadana, la Administración configura el modelo territorial que servirá de marco a la vida de los administrados².

La amplia relación de competencias urbanísticas relativas al planeamiento,—emplazamiento de los centros de producción y residencia, división del territorio municipal en áreas de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, establecimiento de zonas de diferentes utilización y fijación de las construcciones concretas a realizar en ellas, formulación del trazado de las vías pú-

2002/16) y de 22 de Julio de 2004 (RJCA 2004/573), delimitando éstas últimas el alcance de dicha habilitación legal a los contenidos urbanísticos del derecho de propiedad “*que no se extienden a otras limitaciones distintas como son las del régimen especial de viviendas de protección pública que afectan a la construcción, financiación, enajenación y uso arrendaticio del inmueble construido al amparo de dicho régimen, que tiende a favorecer la promoción de aquel tipo de viviendas, y que en nuestro ordenamiento discurre por el cauce de las actividades de fomento y no por el de la técnica urbanística*”.(FJ Tercero y Quinto, respectivamente).

² SSTS de 12 de Marzo de 1991 (RJ 1991/1985), de 20 de Enero, 13 de Febrero y 18 de Mayo de 1992 (RJ 1992/715, 1992/2828, y 1992/4219), y de 23 de Junio de 1994 (RJ 1994/5339), siendo ponente de todas ellas Delgado Barrio, citadas y aplicadas con reiteración por la jurisprudencia posterior y referencia inequívoca para la doctrina elaborada al respecto.

blicas, determinación del sistema de espacios libres y zonas verdes, localización y caracterización de los centros y servicios de interés público, limitación del uso del suelo y de las edificaciones, orientación de la composición arquitectónica de las edificaciones y regulación de sus características estéticas....etc-, nos indica que los contenidos del Plan determinan el diseño del futuro modelo urbano y es preciso tener en cuenta que en la concreta elección del modelo territorial intervienen además de factores estrictamente legales, muchos otros factores extrajurídicos, así factores sociológicos, económicos, ecológicos, históricos, artísticos, etc. Planificar implica elegir, entre una amplísima gama de alternativas posibles, una determinada solución de modelo de desarrollo urbano, lo que obliga a integrar múltiples criterios de selección y un numeroso y variado elenco de factores determinantes. Todo ello dota a la actividad de planeamiento urbanístico de un carácter genuino y ampliamente discrecional³.

³ Como afirmará DELGADO BARRIO, J., en *“El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico”*, Editorial Civitas, S.A., 1993, “Es, pues amplísimo el campo de soluciones entre las que hay que elegir, soluciones estas que además son jurídicamente indiferentes: ¿qué puede decir el Derecho en cuanto a la elección de la orientación turística, agrícola o ganadera del Municipio o respecto de si el desarrollo de la ciudad ha de producirse hacia el norte o hacia el sur, o tendiendo al este o al oeste, o combinando varias de estas posibilidades, etc?. La elección, así, ha de producirse con criterios extrajurídicos –sociológicos, económicos, arquitectónicos, ecológicos, históricos, artísticos, etc.–, lo que evidencia la clara discrecionalidad del planeamiento” (páginas 19 y 20). RIVERO YSERN, J.L., en *“Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el Urbanismo. Breve reseña Jurisprudencial”*, en el libro “Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía”, editado por la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y la Editorial Civitas, S.A. en 1996, afirma con rotundidad que “la actividad de planeamiento conlleva necesariamente un amplio margen de discrecionalidad” (páginas 561–582). Por su parte, como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en el *“Manual de Derecho Urbanístico”*, La Ley–El Consultor, 2007, “La potestad de planeamiento es, por su propia esencia, una potestad ampliamente discrecional. No puede ser de otro modo, evidentemente, ya que se trata de una potestad conformadora, que pretende configurar el espacio territorial al que se refiere y encauzar su desarrollo futuro según un cierto modelo que el legislador, desde la perspectiva abstracta y general que le es propia, no está, lógicamente, en condiciones de formular” (página 111). Este mismo autor, en *“De la arbitrariedad de la Administración”*, Civitas, 1994, ha calificado la discrecionalidad del planeamiento urbanístico como “auténtico paradigma de la discrecionalidad administrativa” (página 199). En este sentido, PÉREZ ANDRÉS, A.A., en *“La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento”*, RDU, núm. 146, 1996, considera que “a pesar de las numerosas potestades administrativas discrecionales que han ido apareciendo en escena en las últimas décadas, la potestad de planeamiento continúa siendo la potestad discrecional por excelencia” (página 61). DESDENTADO DAROCA, E. en *“Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico”*, Editorial Aranzadi, 1999, califica la discrecionalidad del planeamiento urbanístico como “una discrecionalidad fuerte, pues el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración una facultad de innovación, de conformación, y no

Este carácter discrecional de la potestad de planeamiento se reconoce a la Administración tanto para alterar como para modificar, revisar o formular ex novo el planeamiento urbanístico, si bien en ningún caso supone arbitrariedad, siendo doctrina absolutamente consolidada por nuestro más alto Tribunal la de que,

“el ejercicio del ius variandi que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente —que no arbitrariamente— y siempre con observación de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución, de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error; o al margen de la discrecionalidad; o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir; o sin tener en cuenta la función social de la propiedad; o la estabilidad y la seguridad jurídicas; o con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el artículo 12 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976” (FJ Cuarto de la STS de 19 de Mayo de 1998, RJ 1998/3855, ponente Esteban Álamo y más recientemente STS de 21 de Abril de 2009, RJ 2009/1827, ponente Pedro José Yagüe Gil)⁴.

de mera aplicación, consistente en la creación del modelo territorial que se considera más adecuado para la satisfacción del interés público” (página 367). También la Jurisprudencia ha reiterado que la potestad administrativa de planeamiento es *“fundamentalmente discrecional”*, (STSS de 12 de Marzo de 1991, RJ 1991/1985, de 8 de Noviembre de 1995, RJ 1995/8548, y de 20 de Octubre de 1997, RJ 1997/7501, entre otras muchas), resaltando repetidamente la *“profunda discrecionalidad del planeamiento”* (SSTS de 1 de Diciembre de 1986, RJ 1987/415, de 13 de Febrero de 1992, RJ 1992/2828, y de 21 de Enero de 1997, RJ 1997/1865, entre otras muchas), o *“el carácter ampliamente discrecional del planeamiento”* (STSS de 30 de Octubre de 1990 RJ 1990/8428, de 26 de Diciembre de 1991, RJ 1992/378, y de 23 de Junio de 1994, RJ 1994/5339, entre otras muchas), o calificando el acto de aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana, como un acto administrativo *“dotado de notables dosis de discrecionalidad”* (STSS de 7 de Diciembre de 1989, RJ 1989/9115 y de 7 de Septiembre de 1990, RJ 1990/7083). Asimismo, Sentencias de los Tribunales de Justicia de Castilla-La Mancha de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637), de Sevilla de 12 de Junio de 2001 (RJCA 2001/996), del País Vasco de 31 de Mayo de 2002 (RJCA 2002/831), de 16 de Septiembre y 31 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/493 y RJCA 2003/585), y de 29 de Octubre de 2004 (RJCA 2004/1157), así como del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de Mayo de 2004 (RJCA 2004/772), o SSTSJ de Cataluña de 30 de Enero de 2007 (JUR 2007/245300) y de 31 de Julio de 2009 (JUR 2009/147968), y STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de Octubre de 2010 (RJCA 2010/106), entre otras muchas.

⁴ En este sentido, todas ellas conteniendo fallos desestimatorios, SSTS de 9 de Julio de 1991 (RJ 1991/5742), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Tossa del Mar; STS de 30 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/9002), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de

El margen de apreciación que comporta el ejercicio de la potestad de planeamiento la convierte en una potestad esencialmente discrecional, por oposición a las potestades regladas cuyo ejercicio viene agotadoramente predeterminado por la ley⁵, si bien en modo alguno ese grado de indeterminación de

Madrid; STS de 23 de Febrero de 1993 (RJ 1993/543), sobre las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento de Formentera (Baleares); STS de 6 de Marzo de 1993 (RJ 1993/1591), sobre Proyecto e Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Pamplona; STS de 4 de Octubre de 1993 (RJ 1993/7342), sobre aprobación definitiva de la Modificación del Plan Parcial de Puerto Romano en Tarragona; STS de 22 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1461), sobre distintos Planes Parciales de Canarias; STS de 6 de Abril de 1994 (RJ 1994/2805), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Móstoles; STS de 19 de Julio de 1994 (RJ 1994/6382), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana del término de Rivas Vaciamadrid; STS de 7 de Diciembre de 1994 (RJ 1994/9823), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid; STS de 10 de Abril de 1995 (RJ 1995/3021), sobre Plan General de Ordenación Urbana de El Vendrell (Tarragona); STS de 26 de Junio de 1995 (RJ 1995/5030), sobre Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia; STS de 3 de Julio de 1995 (RJ 1995/5848), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Laredo (Cantabria); STS de 15 de Julio de 1995 (RJ 1995/5855), sobre Proyecto de Adaptación y Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Ávila; STS de 17 de Septiembre de 1997 (RJ 1997/6593), sobre Modificación del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Losar de la Vera (Cáceres); STS de 19 de Septiembre de 1997 (RJ 1997/6598), sobre Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Sitges; STS de 21 de Octubre de 1997 (RJ 1997/7626), sobre Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Cabrera del Mar; STS de 11 de Diciembre de 1997 (RJ 1997/9464), sobre Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Mistala (Valencia); STS de 18 de Marzo de 1998 (RJ 1998/2236), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Manises; STS de 16 de Abril de 1998 (RJ 1998/3358), sobre el Plan General de Ordenación Urbana de Camas (Sevilla); STS de 15 de Octubre de 1999 (RJ 1999/7965), sobre Plan Especial de Reforma Interior de Alcalá de Henares; STS de 29 de Noviembre de 2006 (RJ 2007/4580), sobre Plan Parcial de Mejora de Elche; STS de 14 de Febrero de 2007 (RJ 2007/1803), sobre Modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Benicarló; STS de 2 de Abril de 2007 (RJ 2007/3151), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid; STS de 13 de Mayo de 2008 (RJ 2008/2056), sobre Plan General de Getxo; STS de 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4512), sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma de Mallorca. Pueden citarse también las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón de 19 y 31 de Enero de 2009 (JUR 2008/87531 y JUR 2009/33171); de Asturias, de 30 de Mayo de 2009 (JUR 2009/18871); Castilla y León de 9 de Febrero de 2006 (JUR 2006/105437) y de Abril de 2009 (JUR 2009/221288); de Cataluña de 19 de Julio de 2002 (RJCA 2002/1076), de 26 de Diciembre de 2008 (RJCA 2009/420), de 26 de Junio y de 29 de Septiembre de 2009 (JUR 2009/426162 y JUR 2009/498209); de Madrid, de 25 de Febrero de 2003 (RJCA 2003/758); de Sevilla, de 24 de Marzo de 1999 (RJCA 1999/3019); y, de Valencia de 2 de Abril y de 20 de Junio de 2004 (RJCA 2004/1055 y RJCA 2004/251).

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en el “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Civitas, Sexta Edición 1993, sintetizan perfectamente esta dife-

la potestad discrecional del planeamiento urbanístico la transforma en una potestad ilimitada e inmune al control judicial. Muy al contrario, la potestad de planeamiento urbanístico está sometida a los límites de toda potestad discrecional y a su revisión jurisdiccional.

rencia al considerar que “El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación (*accertamento*, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente..... Por diferencia con esa manera de actuar, el ejercicio de las potestades discrecionales comporta un elemento sustancialmente diferente: “la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular... la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de las condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo. De este modo, y como certeramente recuerda la Exposición de Motivos de la LJ, la discrecionalidad “surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público” (y también: supone “delegar el ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata”). No hay, pues discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto” (páginas 440 y 441). En el propio ámbito urbanístico, el carácter discrecional del planeamiento se contrapone al carácter estrictamente reglado de las licencias, pues como afirma la STS de 16 de Mayo de 2002 (RJ 2002/4103) “*cosa son las licencias, cuyo carácter reglado es indiscutible, y, otra, bien distinta, el planeamiento, cuyas determinaciones básicas, así como decisiones procedimentales esenciales, iniciación o interrupción del procedimiento, están intensamente teñidas de discrecionalidad*” (FJ Segundo). En otro orden de cosas, siguiendo a estos mismos autores, no ha de confundirse potestad discrecional con concepto jurídico indeterminado ya que “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional” (página 445). Esta doctrina fue recogida en su momento por la jurisprudencia, así STS de 17 de Junio de 1989 (RJ 1989/4730), ponente Delgado Barrio, refiriéndose a la posibilidad de que el Plan extienda su ordenación a las características estéticas de las edificaciones, considera que: “*En relación con las llamadas limitaciones estéticas habrá que recordar que la licencia urbanística tiene carácter rigurosamente reglado –art. 178.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo–. Es pues un acto «debido:*

II. TÉCNICAS DE CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y LÍMITES URBANÍSTICOS AL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

La discrecionalidad del planeamiento no es absoluta sino limitada. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han establecido básicamente tres técnicas para articular el control del ejercicio de las potestades discrecionales que son plenamente aplicables a la potestad discrecional de planeamiento urbanístico⁶: la fiscalización del acto administrativo a través de los elementos reglados, la teoría de los hechos determinantes y el cumplimiento de las exigencias de los principios generales del Derecho.

1. Fiscalización del acto administrativo discrecional a través de los elementos reglados.

Como ya afirmase en su día la Exposición de Motivos de la LJCA 1956, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto sino a alguno o algunos de sus elementos. Es así, que en todo acto discrecional hay elementos reglados como son la competencia, el procedimiento y el fin⁷.

debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se ajuste o no al ordenamiento jurídico. Ello implica que la ordenación urbanística no debe contener al respecto preceptos tan vagos o vaporosos que subrepticamente introduzcan elementos discrecionales en la decisión sobre la licencia. Ciertamente la ordenación urbanística puede alcanzar a las características estéticas –art. 29.1.h) del Reglamento de Planeamiento–, y en este sentido puede resultar imprescindible la utilización de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados: esto es perfectamente lícito pues, a diferencia de lo que no ocurre en la discrecionalidad que implica una «libertad» para elegir entre soluciones igualmente justas, es decir, indiferentes jurídicamente, los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten «una» única solución justa; cabe distinguir en ellos una zona de certeza negativa y una zona de certeza positiva separadas por otra de incertidumbre. Pero no resulta viable que ya en su formulación se abra un espacio de penumbra tan intenso que implique una «libertad» de la Administración para decidir: con ello desaparece la figura del concepto jurídico indeterminado como elemento reglado para abrir el paso a la discrecionalidad” (FJ Séptimo).

⁶ Así las SSTs de 7 de Septiembre de 1990 (RJ 1990/7083), y de 25 de Septiembre de 1991 (RJ 1991/7608), nos dirán que “para articular este control la doctrina y jurisprudencia vienen jugando con cuatro técnicas distintas: la fiscalización del acto administrativo discrecional a través de los elementos reglados que todo acto administrativo lleva incorporada, pues la discrecionalidad absoluta es más una utopía que una realidad; la teoría de los hechos determinantes, que obliga a indagar si en el caso debatido concurre el supuesto de hecho habilitante; el estudio de una posible desviación de poder, definida en el artículo 83.3 de la Ley Contenciosa como “... el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento”; y –finalmente– la quiebra de alguno de los principios fundamentales que informan el Ordenamiento Jurídico” (FJ Cuarto y Séptimo, respectivamente). En el mismo sentido, con posterioridad, entre otras, STS de 27 de Mayo de 1998 (RJ 1998/4374), y STS de 20 de Marzo de 1999 (RJ 1999/2802)

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en op. citada, incorporan como elementos reglados de toda potestad discrecional: “la existencia misma de la po-

A. Competencia: La delimitación del ámbito competencial de la administración municipal y autonómica en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico.

Revisten especial interés aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que delimitan el ámbito competencial tanto de la administración municipal como autonómica, cuando ambas concurren en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico⁸.

No obstante, reconocerse por la doctrina jurisprudencial que la diversidad de intereses presentes en el Urbanismo hacen de la potestad de planeamiento una “*potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas*” (entre otras muchas, SSTS de 29 de Septiembre de 2000, RJ 2000/295; de 27

testad, su extensión, la competencia para actuarla que se referirá a un ente y dentro del mismo a un órgano determinado y, por último, el fin. Junto a estos elementos preceptivamente reglados, puede haber otros en la potestad que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio y fondo parcialmente reglado. Ambos autores concluyen con la afirmación de que “de este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora” (página 442).

⁸ Recuérdese la cita clásica de la STS de 1 de Diciembre de 1987 (RJ 1986/415), de la que fue ponente Delgado Barrio, en la que se afirmaba con rotundidad que “*Una vez que el Urbanismo ha superado el ámbito que la etimología del término sugiere —la ciudad— para extenderse a todo el territorio, es claro que los intereses en juego exigen una confluencia de competencias que no implica detrimento de la autonomía municipal consagrada en el artículo 140 de la Constitución*” (FJ Segundo). Esta doctrina se reproduce en las SSTS de 14 de Noviembre de 1990 (RJ 1990/8930), de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5746), y de 24 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/4433). En este sentido, con anterioridad, la STS de 21 de Julio de 1986 (RJ 1986/5528), de la que fue ponente Del Burgo y Marchán, ya afirmaba que “*si el urbanismo, como su propia terminología denota, está indisolublemente unido a la ordenación de la ciudad, el gobierno de ésta jamás podrá verse privado de un papel relevante, tanto en la ordenación como en la gestión de este tipo de actividad, sin que los problemas que el mismo presenta, supramunicipales, sean suficientes para borrar la reserva de competencia natural y primaria de los municipios. ... si el poder de las Comunidades Autónomas trae origen del nuevo Estado democrático, ese mismo poder no puede anular el poder municipal, por la sencilla razón que la democracia empieza en el Municipio, base de toda sociedad libre*” (FJ Sexto), para concluir con la afirmación de que, “*el propósito del legislador no es otro que el de hacer partícipes, en la obra planificadora urbanística tanto a las Corporaciones Locales como a las Administraciones Públicas estatales o regionales o de las nacionalidades autonómicas; incluso, privando al órgano encargado de la aprobación definitiva de poder otorgarla, si introduce innovaciones sustanciales en ese momento, si antes no suspende el procedimiento para abrir un nuevo período de información pública y concede audiencia a las Corporaciones Locales interesadas conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley del Suelo y en el artículo 132 del repetido Reglamento de Planeamiento*” (FJ Noveno).

de Enero de 2001, RJ 2001/1362; de 16 de Octubre de 2001, RJ 2001/8942; y de 16 de Diciembre de 2004, RJ 2005/813), en la que a la aprobación provisional del Municipio le sucede en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica se pone de relieve a favor de las competencias municipales que *“la condición técnica y jurídica de la formación o modificación del planeamiento, por incidir en ella la discrecionalidad, no convierte sin más a los Ayuntamientos en meros sancionadores de lo proyectado por los profesionales técnicos, sino en órganos decisorios cuyas determinaciones, si únicamente afectan a intereses locales, no pueden ser variadas por los órganos autonómicos en el momento de la aprobación definitiva”* (STS de 19 de Octubre de 1993, RJ 1993/7367, haciendo referencia a la doctrina contenida en SSTs de 13 de Julio de 1990, RJ 1990/6034; de 25 de Febrero de 1992, RJ 1992/2974; y, de 19 mayo 1993, RJ 1993/3499). Partiendo de la base de que *“en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último”* (STC 170/1989, de 19 de Octubre), queda perfectamente justificado que, *“en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no sólo en sus aspectos reglados sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores”* (STS de 8 de Febrero de 1999, RJ 1999/1468; STSJ de Aragón de 30 de octubre de 2003, RJ 2003/716; y, STSJ de Madrid de 2 de Junio de 2004, RJ 2004/958)⁹. Es así que *“la Administración Autonómica sólo puede controlar los aspectos*

⁹ La STS de 14 de Noviembre de 2002 (RJ 2003/1190), sintetiza la doctrina jurisprudencial recaída en la materia, en los siguientes términos: *“Acerca de las facultades de las Comunidades Autónomas en fase de aprobación definitiva de los Planes de urbanismo municipales existe ya una doctrina jurisprudencial consolidada, de la que son muestra las sentencias de 16 de enero de 1998 (RJ 1998/3074), 13 de julio de 1990 (RJ 1990/6034), 30 de enero (RJ 1991/614) y 25 de abril de 1991 (RJ 1991/3430), 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4219), 21 de febrero de 1994 (RJ 1994/1455), 25 de octubre de 1995 (RJ 1995/7711), entre otras muchas. Conforme a este doctrina: “Los artículos 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, vigente a la sazón, y 132 del Reglamento de Planeamiento configuran la aprobación definitiva que corresponde a la Comunidad Autónoma como el resultado del estudio del plan municipal “en todos sus aspectos”, tanto los reglados como los discrecionales o de oportunidad, pero es claro que este criterio preconstitucional ha de ser entendido a la luz de las exigencias de la autonomía municipal –sentencias de 14 de marzo (RJ 1988/2164) y 18 de julio de 1988 (RJ 1988/6082)– proclamada en los artículos 137 y 140 de la Constitución, tal como deriva del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico –art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, principio éste que opera con una especial intensidad respecto de las normas anteriores a la Constitución –sentencias de 24 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10191), 12 de febrero de 1991 (RJ 1991/948), etc.–. Una acomodación del artículo 41 del Texto Refundido al principio constitucional de la autonomía municipal ha de concretar la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos: A) Aspectos reglados del plan: control pleno de la Comunidad con una matización para el supuesto de que entren en juego conceptos jurídicos indeterminados –es bien sabido que éstos admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios re-*

discrecionales del planeamiento municipal cuando incida en intereses supralocales” (STS de 2 de Abril de 2007, RJ 2007/3151). En la medida en que la Comunidad Autónoma en el acuerdo de aprobación definitiva atiende a intereses supralocales cuya gestión le ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico, está actuando una competencia propia, “*lo que la habilita para introducir directamente modificaciones en una norma, el Plan, que, sí, es ante todo una norma municipal pero que es a la vez y también, siquiera sea en menor medida, una norma autonómica*” (SSTS de 22 de Diciembre de 1990, RJ 1990/10183; de 12 de Febrero de 1991, RJ 1991/948; y, de 31 de Enero de 1994, RJ 1994/505). La aprobación definitiva de un Plan por parte de la Administración Autonómica correspondiente significa, efectivamente, la culminación del procedimiento encaminado a la revisión del planeamiento, y en aquélla el órgano decisor ejerce funciones de control de la legalidad urbanística e incluso de la oportunidad o discrecionalidad de la actuación municipal (artículos 41 de la Ley del Suelo y 132 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico), siempre que resulten afectados intereses supralocales, “*todo lo cual no supone una función de tutela que lesione la autonomía municipal ni, menos todavía, que solamente se pueda traducir en la simple y limitada “modificación técnica”, se trata en realidad de un supuesto de competencias compartidas, como reiteradamente ha declarado la doctrina jurisprudencial*” (STS de 24 de Abril de 1992, RJ 1992/3986)¹⁰.

glados-:a) Si la determinación del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implican corresponde a la Administración municipal. b) Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad. B) Aspectos discrecionales. También aquí es necesaria aquella subdistinción: a) Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés autonómico. Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin trascendencia para intereses superiores ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto :a’) Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia –sentencias de 1 (RJ 1987/415) y 15 de diciembre de 1986 (RJ 1987/1052), 19 de mayo (RJ 1987/5818) y 11 de julio de 1987 (RJ 1987/6877), 18 de julio de 1988 (RJ 1988/6082), 23 de enero (RJ 1989/427) y 17 de junio de 1989 (RJ 1989/4730), 20 de marzo (RJ 1990/2246), 30 de abril (RJ 1990/3627) y 4 de mayo de 1990 (RJ 1990/3799), etc.–. b’) No serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad: en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento. b) Determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior: además de lo ya dicho antes en el apartado a’), aquí y dado que “en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último” –sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989 (RTC 1989/170)–, resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación comunitaria. Así lo viene declarando esta Sala reiteradamente –sentencias de 13 de julio de 1990 (RJ 1990/6034), 30 de enero (RJ 1991/614) y 25 de abril de 1991 (RJ 1991/3430), 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4219), etc.–. Hasta aquí la sentencia del TS de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994/1455), reiterada en la de 25 de octubre de 1995 (RJ 1995/7711)” (FJ Séptimo).

¹⁰ Como afirma la STS de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5746), ponente Estebán del Álamo, “*la aprobación definitiva de un Plan es el acto resolutorio que culmina el procedimiento de aprobación de Planes*

Ahora bien, la actuación de la competencia autonómica relativa a la introducción de determinaciones en el planeamiento con criterios de mera oportunidad habrá de ser debidamente justificada y así exigirá, “*en primer término, la invocación del interés supralocal que le sirve de fundamento genérico, para después concretar en qué medida la calificación pretendida por el Municipio entorpecería la atención de aquel interés o en qué sentido le resultaría más favorable la calificación impuesta por la Comunidad Autónoma*” (STS de 25 de Abril de 1991, RJ 1991/3430)¹¹.

En definitiva, el ámbito de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico se delimita, desde una perspectiva estrictamente competencial, en función del alcance de los intereses legalmente protegidos, de forma que cuando estos

de Ordenación Urbana y a través del cual la autoridad y organismo decidente ejerce un doble control, el primero, de legalidad, referente a comprobar si el Plan propuesto se acomoda al ordenamiento urbanístico (Ley, Reglamento, Planes, etc.) tanto en el aspecto jurídico formal (competencia, procedimiento, etc.) unido todo ello, en el segundo aspecto, a un control de oportunidad para garantizar una necesaria coordinación del planeamiento urbanístico abordado con el de otras administraciones públicas (obras públicas y ordenación del territorio, etc.) y es por ello por lo que se declara que quien decide la aprobación definitiva está facultado para examinar el Proyecto de Plan en todos sus aspectos e introducir las rectificaciones oportunas y necesarias” (FJ Segundo). En el mismo sentido, SSTs de 26 de Diciembre de 1991 (RJ 1991/376), y de 8 y 29 de Julio de 1992 (RJ 1992/6155 y RJ 1992/6213).

¹¹ La STSJ de Las Palmas, de 17 de enero de 2000 (RJCA 2000/85), reproduciendo una doctrina establecida con anterioridad por el Tribunal Supremo en el sentido de que la aprobación definitiva por la autoridad autonómica no puede quedar en modo alguno condicionada por los pactos o acuerdos que puedan haber existido entre el Ayuntamiento y los particulares, –entre otras, STS de 25 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2026)–, considera que “*En el plano temporal. La aprobación de los Planes tiene carácter bifásico, en un primer momento lo aprueba el Ayuntamiento y después la Comunidad Autónoma. Así el Tribunal Supremo ha establecido que la aprobación inicial y la aprobación provisional de los instrumentos urbanísticos, al insertarse dentro de un procedimiento preparatorio de la resolución final mediante la remisión del expediente al órgano competente para la aprobación definitiva no son más que actos de trámite, mero iter procedimental, que no vincula en general la decisión que se adopte en la aprobación definitiva (STS de 28 Octubre de 1987 (RJ 1987/9190) y 15 de Diciembre de 1987 (RJ 1987/9498). Ni la Administración ha ido contra sus propios actos ni la naturaleza normativa de los Planes que mira al interés público se aviene o condiciona o vincula con pactos o acuerdos suscritos entre partes más o menos afectadas por los mismos y el órgano creador o elaborador de aquéllos; de manera que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la Administración al confeccionar un Plan, con un pacto anterior con cualquier administrado, no deja abierto a éste otro camino que la reclamación que corresponda con base en el ejercicio de las acciones resolutorias que correspondan (S. de 7 de Febrero de 1990 (RJ 1990/9709). Por ello cuando el Ayuntamiento introdujo modificaciones en los convenios y acuerdos que habían sido objeto de la aprobación inicial, la Comunidad Autónoma los calificó como “propuestas municipales tardías”. Entendemos que la potestad del Ayuntamiento termina con la aprobación provisional, pero una vez que la Comunidad Autónoma, le devuelve el plan para hacer correcciones, es evidente que el Ayuntamiento ha de realizarlas, aunque para ello se vea obligado a alterar, modificar, o anular acuerdos que había suscrito”.* (FJ Quinto).

tienen una dimensión exclusivamente local, las determinaciones del plan no podrán ser alteradas por la autoridad urbanística superior, salvo por razones de estricta legalidad. Sin embargo, cuando los intereses afectados tienen un alcance supralocal, la administración autonómica podrá controlar no sólo los aspectos reglados sino también la dimensión discrecional del propio plan.

B. Procedimiento: La exigencia de nueva información pública en el supuesto de modificaciones sustanciales como garantía frente a la discrecionalidad de los planes

Dada la fundamental significación del planeamiento para la vida ciudadana, se comprenderá, como afirma la doctrina jurisprudencial, la trascendental importancia del procedimiento de elaboración de los planes precisamente para “asegurar su legalidad, acierto y oportunidad”, destacando entre sus trámites “aquellos que tienden a lograr la participación ciudadana, ya prevista en el artículo 4.º 2 del Texto Refundido y ampliada por el Reglamento de Planeamiento”¹², ya que con ella reciben estos la necesaria legitimación democrática y, en su caso, se eliminan y atenúan las tensiones a la hora de su ejecución.

Es precisamente en este contexto en el que adquiere una especial trascendencia el trámite de información pública, especialmente vinculado a las modificaciones sustanciales de los planes¹³ y estrechamente conectado con el control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, ya que como afirma la STSJ de Cataluña de 16 de Diciembre de 1999 (RJCA 1999/4988),

¹² STS de 9 de Julio de 1991 (RJ 1991/5737), ponente Delgado Barrios. Esta doctrina es acogida unánimemente por la jurisprudencia posterior, así SSTS de 26 de Diciembre de 1991 (RJ 1992/376), de 23 de Junio de 1994 (RJ 1994/5339), y de 12 de Noviembre de 1998 (RJ 9597). Asimismo, SSTSJ de Granada de 25 de Noviembre de 1996 (RJCA 1996/2568), de Burgo, Castilla y León de 30 de Abril de 1999 (RJCA 1999/3846), del País Vasco de 26 de Febrero de 2001 (RJCA 2001/1478), y de Galicia de 11 de Mayo de 2004 (RJCA 2004/772).

¹³ El artículo 132.3.b) del RP, en consonancia con el artículo 41 del TRLS 76, exige una nueva información pública cuando las deficiencias señaladas por la autoridad u órgano competente para otorgar la aprobación definitiva obliguen a introducir “modificaciones sustanciales” en el Plan. Es copiosa la doctrina jurisprudencial dictada con ocasión de la exigencia de este trámite procedimental. Por su parte, el artículo 32.1.3º), apartado segundo de la LOUA establece que “En el caso de Planes Generales de Ordenación Urbanística y Planes de Ordenación Intermunicipal, será preceptiva nueva información pública....cuando las modificaciones afecten sustancialmente a determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural....”.

“Dicho de otra manera, no se puede desconocer la profunda discrecionalidad de los Planes que aunque vinculada desde luego al interés público y sometida a limitaciones —estándares urbanísticos y criterios materiales de ordenación contenidos en la Ley—, hace difícil el éxito de los recursos administrativos de ahí que resulte trascendente el nuevo trámite de información pública y actuaciones posteriores en el caso de modificaciones sustanciales puesto que alegaciones de rigurosa y pura oportunidad hechas en los pertinentes trámites pueden dar lugar a que la Administración modifique su criterio y se operen modificaciones en el Plan, en tanto que alegadas en la vía jurisdiccional pueden resultar inoperantes ya que el trámite de información pública trata de proporcionar a la Administración un mayor y mejor número de datos que pueden propiciar una decisión más justa y objetiva, abierta a toda clase de alegaciones y sugerencias” (FJ Tercero, ponente Táboas Bentanachs)¹⁴.

C. Fin: La desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad del planeamiento: la necesidad de prueba

En el ámbito del ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento adquiere especial relevancia el fin cuyo control se realiza mediante la técnica de la desviación de poder, definida por el artículo 83.2 LJCA 1956, —hoy artículo 70.2 LJCA 1998—, como el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico¹⁵. Esta técnica ha sido hoy ampliamente reforzada por el artículo 106.1 de la Constitución al consagrar el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como “*el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”, con sujeción plena a la Ley y al Derecho, ga-

¹⁴ En este sentido, SSTS de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5746), de 24 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/9067), de 2 de Junio de 1993 (RJ 1993/4513), de 5 de Junio de 1995 (RJ 1995/4941), de 12 de Noviembre de 1998 (RJ 1998/9597), y, con anterioridad, SSTS de 15 de Marzo de 1988 (RJ 1988/2230), de 1 de Diciembre de 1986 (RJ 1986/415), de 8 de Octubre de 1986 (RJ 1986/7647) y de 22 de Octubre de 1984 (RJ 1984/5724). DELGADO BARRIO, Javier, en op. citada, afirma al respecto, que “hay alegaciones de mera oportunidad que hechas ante la Administración durante la tramitación del procedimiento podrían tener fuerza convincente bastante para alterar el modelo inicialmente elegido y que, sin embargo, ante una Sala de lo Contencioso-Administrativo resultarán inoperantes dado que esta no puede decidir con criterios de oportunidad” (páginas 58 y 59).

¹⁵ Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en op. cit., “Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad” (página 452). Estas afirmaciones son absolutamente aplicables a la potestad administrativa de planeamiento urbanístico. Recientemente, “*La desviación de Poder en el ámbito urbanístico*”, por Jaume Margarit Caballé, en RDU y Medio Ambiente núm 256, Marzo 210.

rantizando en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁶. Si bien, “consequir el pronunciamiento a que se refiere el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo – hoy, artículo 63 de la LPC 1992–, es decir, la anulación del acto administrativo recurrido, es preciso que quien alegue desviación de poder pruebe cumplidamente el apartamiento del fin del acto en relación con la potestad conferida a la Administración por la Ley” (STS de 24 de Noviembre de 1992, RJ 1992/9067)¹⁷.

¹⁶ Como nos recuerda con precisión la STS de 21 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1455), ponente Delgado Barrios, “el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para actuar atribuyéndole potestades, atribución ésta que se realiza siempre en atención al logro de un determinado fin que explícita o implícitamente dibuja el propio ordenamiento. La idea del fin resulta así elemento absolutamente esencial de las potestades administrativas y por ello nada ha de extrañar que normas del más diferente rango vengán refiriéndose al mismo: artículos 106.1 de la Constitución, 83.3 de la Ley Jurisdiccional, 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 6.º.1 del Reglamento de Servicios, 84.2 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 abril y hoy art. 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y no resultará ocioso destacar la muy cuidada expresión de los textos legales que acaban de citarse. Piénsese en el sentido de los verbos «justificar» –es el que aparece en la Constitución, en el Reglamento de Servicios y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local– y «fijar» –es el que utiliza la Ley Jurisdiccional–. Sólo el fin perseguido «justifica» una actuación administrativa y además ese fin ha de ser precisamente el «fijado» por el ordenamiento jurídico. Sólo en atención a un fin se ha atribuido la potestad. Más allá de ese fin no cabe una válida actuación de aquélla. La necesidad de perseguir justamente ese fin en el actuar administrativo es una «regla psicológica» esencial para la Administración. Es claro así que el fin de las potestades administrativas, «fijado» por el ordenamiento jurídico, integra siempre un elemento reglado de aquéllas de suerte que un control de legalidad puede llegar a la apreciación de la desviación de poder sin extralimitarse pues no implica valoraciones de oportunidad”.(FJ Séptimo).

¹⁷ Como afirma STS de 8 de Julio de 1992 (RJ1992/6155), “aun acudiendo, como invoca el recurrente, a la valoración de la posible existencia de desviación de poder, como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, que en ningún caso puede entrañar arbitrariedad (artículo 9.3 Constitución), lo cierto es que ésta requiere (SSTS 8–5–1981 (RJ 1981/1880), 13–6–1984 (RJ 1984/3621),...) que aun apareciendo el acto administrativo ajustado a la legalidad extrínseca, no obstante se aparte en su motivación interna del interés público que deba presidir su actuación; ahora bien, la presunción de legalidad que protege la actuación de la Administración, desplazará sobre el administrado la carga de probar tal desviación de finalidades, sin que basten para ello meros indicios o conjeturas, sino que se requiere prueba plena –o al menos en términos que, por su alta probabilidad, conduzcan razonablemente a tal convicción–, de que la potestad administrativa se ejerció contra el interés público, o para finalidades distintas de la búsqueda de la mejor ordenación del territorio” (FJ Tercero). Por su parte, la STS de 22 de Abril de 1993 (RJ 1993/2853), confirma que “Vienen declarando reiteradas sentencias de esta Sala –Sentencias, entre otras, de 6–3–1992 (RJ 1992/1759) y 25–2–1993 (RJ 1993/1191)– que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, en relación con el artículo 103 de la Constitución y definido en el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional como ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, precisa, para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones de acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa,

2. Teoría de los hechos determinantes: Los hechos son tal como la realidad los exterioriza

Como afirma el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, “toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser

dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios de moralidad” (FJ Tercero). En el mismo sentido, SSTS de 27 de Abril de 1993 (RJ 1993/2866) y de 14 de Octubre de 1994 (RJ 1994/7944), que recogiendo una doctrina jurisprudencial más atenuada, considera que “*El vicio de desviación de poder consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1 en relación con el artículo 103 de la CE y definido en el artículo 83 de la LJCA como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, supone la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad y que, no obstante, está afectado de invalidez por contravenir en su motivación interna el sentido teleológico de la actividad administrativa, que ha de orientarse siempre a la promoción del interés público y a ineludibles principios de moralidad, habiendo precisado la jurisprudencia de esta Sala –SSTS, entre otras, de 6 marzo 1992 (RJ 1992/1759), 25 febrero, 10 marzo y 12 mayo 1993 (RJ 1993/1191, RJ 1993/1934 y RJ 1993/3585)– que para poder ser apreciado es preciso que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe, no siendo suficiente basarlo en meras presunciones, ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, si bien, en materia de prueba una reciente corriente jurisprudencial ha flexibilizado el rigor de otra anterior, que exigía una prueba absoluta y plena, flexibilización debida a las dificultades que siempre tiene la probanza de motivaciones internas, exigiéndose en esta nueva corriente jurisprudencial tan sólo una acreditación que permita al Tribunal formar su convicción –SSTS 7 marzo 1986 (RJ 1986/1031) y 19 enero 1989 (RJ 1989/212), entre otras–”* (FJ Tercero). Esta doctrina es reproducida en las SSTS de 14 de Julio y 25 de Septiembre de 1995 (RJ 1995/5752 y RJ 1995/6836), sin embargo es rechazada por la STS de 28 de Febrero de 2002 (RJ 2002/4988). No obstante, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, la sigue aplicando reiteradamente, así STSJ de Cataluña de 19 de Mayo de 2006 (JUR 2007/80139); y, SSTSJ Madrid 9 mayo 2002 (JUR 2003/4323), de 6 mayo 2005 (RJCA 2005\328) y de 27 marzo 2008 (JT 2008\544). En concreto, recientemente, en SSTSJ de Cataluña de 21 de Enero y 5 de Junio de 2009 (JUR 2009/388039 y JUR 2009/391749), se insiste en que ante la concurrencia de un modelo urbanístico defendido por el interesado y el ordenado por la Administración, debe prevalecer el criterio de la Administración competente frente a los particulares salvo que se acredite debidamente que la nueva ordenación está incurso en irracionalidad y/o incoherencia o incumple la normativa urbanística. En definitiva, como se afirma en STS de 19 de Febrero de 2008 (RJ 2008/1429) “*Cuando se sostiene que la Administración ha hecho un uso técnicamente incorrecto de su discrecionalidad o ha utilizado desviadamente su potestad de planeamiento, resulta imprescindible, para que puedan prosperar tales motivos de impugnación, que se acredite cumplidamente (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas 27 de abril de 2004 (RJ 2004\3291), 15 de mayo de 2006, 4 de julio de 2006 –recurso de casación 2227/03 (RJ 2006\5149)–, 31 de julio de 2007 –recurso de casación 194/04 (RJ 2007\4897)–, 30 de octubre de 2007 –recurso de casación 5957/03 (RJ 2008\1327)– y 31 de octubre de 2007 –recurso de casación 6498/03 (RJ 2008\1330)–”* (FJ Segundo).

y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra”¹⁸. Esta doctrina ha sido recogida por nuestra jurisprudencia que, de forma reiterada, ha mantenido que:

“La potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional: con seguimiento del procedimiento establecido –que incluye una intensa participación ciudadana– la Administración configura el modelo territorial que servirá de marco a la vida de los administrados. Tal discrecionalidad no excluye en modo alguno un control jurisdiccional de la actuación de dicha potestad de planeamiento, control éste que, además de recaer sobre los elementos reglados que siempre existen incluso en los supuestos de discrecionalidad, ha de llevarse a cabo a través de diversas técnicas, una de las cuales se refiere precisamente al control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Independientemente de que la Administración tenga discrecionalidad para valorar los hechos o por mejor decir, con carácter previo a tal valoración, éstos han de existir, como presupuesto imprescindible de la coherencia siempre exigible entre tales hechos y el pronunciamiento administrativo que sobre su base se realiza. Todo ello, en lo que ahora importa, implica que la realidad física en la que se basa el planteamiento urbanístico ha de tener una existencia real para justificar las determinaciones de aquél” (FJ Segundo de la STS de de 22 de Septiembre de 1986 (RJ 1986/6078), ponente Delgado Barrio)¹⁹.

“Los hechos son tal como la realidad los exterioriza”, de forma que *“no le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su apreciación”*, afirma de manera constante la jurisprudencia²⁰.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“La lucha contra las inmunidades del poder”*, Cuadernos Civitas, 1989, redundando en esta afirmación, mantendrá que *“La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”* (páginas 31 y 32).

¹⁹ Refiriéndose al concreto supuesto de hecho contemplado, la citada Sentencia formulará la siguiente consideración: *“En el supuesto litigioso se discute si determinado terreno, calificado como “patio a conservar”, merece o no esta consideración. Y el examen de la realidad de los hechos, como con acierto advierte la sentencia apelada, pone de relieve que dicho terreno –folios 37 y siguientes– ni guarda conexión con el edificio sito en la Calle General Prim, ni por sí solo, dados sus tamaños, ubicación y contenido, tiene interés como espacio verde. Así las cosas, la realidad física no justifica en modo alguno la calificación urbanística discutida –faltan los hechos que podrían servir de base–, sin que la posible existencia de una infracción urbanística pueda merecer otra valoración que la hecha por la sentencia apelada”* (FJ Tercero).

²⁰ Esta doctrina es plenamente aplicable en el ámbito de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico y se encuentra expresamente recogida en los siguientes pronunciamientos: A). Con

3. Cumplimiento de las exigencias de los principios generales del Derecho: El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: racionalidad y motivación de las decisiones urbanísticas discrecionales

El carácter informador de los principios generales del Derecho condiciona, igualmente, el ejercicio de la actividad discrecional de la Administración. Los principios generales del derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.4 del Código Civil, informan todo el Ordenamiento Jurídico y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, lo que obliga a que la actuación de ésta haya de ajustarse a las exigencias de aquellos,

anulación de la determinación urbanística por falta de coherencia de los hechos con la realidad en la que se apoyan: STS de 20 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2246), que anula edificabilidad de suelo litigioso que habrá de concretarse atendiendo a la nueva anchura de las calles que resulta de la Modificación del Plan General Metropolitano de Barcelona; STS de 8 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7842), que anula la calificación de los terrenos como rústico protegido dado que la realidad de los hechos, por un lado y la coherencia necesaria en el desarrollo de los criterios de planificación, por otro, determinan la conclusión de que la calificación litigiosa no se ajusta a las exigencias de la racionalidad en la actuación administrativa; STS de 2 de Abril de 1991 (RJ 1991/3278), que anula los actos impugnados que califica de forma diferente dos partes de una misma finca, de actividades en suelo no urbanizable y de agrícola complementario, dado que la contraposición de ambos conceptos, precisamente al mismo nivel, hace necesario por razones de coherencia mantener para todo el ámbito superficial de la citada finca la calificación de “actividades especiales en suelo no urbanizable”, que ha de entenderse como una atribución a la totalidad de la finca como elemento complementario; STS de 15 de Marzo de 1993 (RJ 1993/2523), que anula la calificación de “verde privado de interés especial” otorgada a la finca núm. 47 de la calle Bisbe Grivé de Granollers por no ser conforme a derecho sin perjuicio de la calificación que a la misma le otorgue la Administración con arreglo a Derecho y a salvo las vías impugnatorias contra esa calificación; y, STS de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), que anula la calificación como equipamiento cultural del Teatro Fíguro de Madrid, a fin de que con una completa motivación se dicte la resolución procedente en Derecho; STS de 21 de Enero de 1997 (RJ 1997/1865), que aprecia la existencia de desviación de poder en nuevo suelo industrial de terrenos clasificados con anterioridad como no urbanizables, agrícola protegidos; STS de 11 de Marzo de 1997 (RJ 1997/1870), que anula clasificación de suelo no urbanizable de terrenos clasificados con anterioridad como suelo urbanizable de uso industrial. B). Por su parte, contienen pronunciamientos favorables a la decisión planificadora, no apreciándose irracionalidad o incoherencia en la solución adoptada: STS de 11 de Julio de 1987 (RJ 1987/6877), que mantiene la clasificación de suelo no urbanizable al no haberse probado datos de hecho que permitan pensar que la ordenación resulte irracional, arbitraria o incoherente; STS de 30 de Abril de 1990 (RJ 1990/3627), que mantiene la calificación de los terrenos al considerar que el problema planteado sobre ordenación de parcela litigiosa con alteración de zonas verdes, es desde luego un problema respecto de cuya solución caben opiniones distintas, tratándose del núcleo de oportu-

ya que la Administración no sólo está sometida a la Ley sino también al Derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 CE. Estas consideraciones, en el ámbito de la discrecionalidad urbanística, son recogidas, reproduciendo doctrina anterior del Tribunal Supremo, por la STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2673), en los siguientes términos:

tividad que integra la esencia misma de la discrecionalidad, caracterizada por la posibilidad de elegir entre soluciones jurídicamente indiferentes, no advirtiendo la Sala dentro de la decisión adoptada irracionalidad alguna que habilite un pronunciamiento anulatorio; STS de 22 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/10183), que mantiene la clasificación y calificación de los terrenos al considerar que la concepción de la fachada marítima como una unidad de altura constante o como la sucesión de dos zonas con corte diferenciador, implica una opción que entra dentro del núcleo mismo de oportunidad propio de la discrecionalidad del planeamiento, afecta a la estética del paisaje ciudadano, cuestión esta perfectamente opinable, debiendo prevalecer el criterio ordenador de los representantes de la comunidad ciudadana, al no apreciarse en la desigualdad estudiada una irracionalidad que la vicie de arbitrariedad; STS de 24 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/10191), que mantiene la clasificación y calificación de los terrenos como verde existente al no apreciarse irracionalidad alguna en la actuación de la potestad de planeamiento impugnada; STS de 11 de Febrero de 1991 (RJ 1991/784), que mantiene la clasificación y calificación de los terrenos al destacarse que la racionalidad del planeamiento no se circunscribe a la exigencia de una ordenación con criterios puramente funcionales con proyección de futuro sino que alcanza también a la conservación de los elementos que reflejan la historia de la ciudad y con ello la determinación discutida aparece revestida en su fundamentación de una racionalidad bastante para excluir la vulneración de las exigencias de los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad; STS de 27 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2223) que mantiene clasificación y calificación de los terrenos al no apreciarse irracionalidad alguna en la determinación impugnada y si en cambio aparece una justificación, por razones de protección del paisaje; STS de 20 de Enero de 1992 (RJ 1992/715), que mantiene la calificación de terrenos como zona ajardinada, al aparecer racionalmente fundada con una motivación que no ha sido desvirtuada con la adecuada base pericial; STS de 17 de Marzo de 1992 (RJ 1992/3283), que mantiene determinación de anchura de vial por ser conforme con los límites de la potestad de planeamiento, al no apreciarse ninguna irracionalidad que pueda determinar un pronunciamiento anulatorio; STS de 14 de Abril de 1992 (RJ 1992/4038), que mantiene clasificación de suelo no urbanizable, zona forestal de conservación, al no apreciarse ninguna irracionalidad en la misma; STS de 8 de Junio de 1992 (RJ 1992/5148), que mantiene calificación de terreno como zona verde y aparcamiento al no existir ninguna base para pensar en una irracionalidad de la calificación impugnada; STS de 9 de Febrero de 1994 (1994/1443), que mantiene la clasificación como suelo no urbanizable especialmente protegido al no apreciarse en el caso ninguna discordancia de la clasificación impugnada con la realidad de hecho a que se refiere; STS de 20 de Abril de 1998 (RJ 1998/3095), que confirma la posibilidad de alteración de la calificación urbanística con destino de parcela propiedad del Estado para espacio libre en el Plan General de Ordenación Urbana de Suances; STS de 27 de Mayo de 1998 (RJ 1998/4374), que revoca sentencia de instancia, confirmando clasificación de suelo urbanizable de terreno en que se halla masa arbórea al no acreditarse suficientemente que fuese irrazonable o injustificada, debiendo prevalecer la voluntad planifica-

“...potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional; con seguimiento del procedimiento establecido que incluye una abierta participación ciudadana, lo cierto es que es la Administración quien configura el modelo territorial que servirá de marco a la vida de los administrados. Pero tal discrecionalidad no excluye, en modo alguno, un control jurisdiccional de la actuación de dicha potestad de planeamiento, control

dora del Ayuntamiento; STS de 20 de Marzo de 1999 (RJ 1999/2802), por la que se rescinde parcialmente sentencia de instancia manteniéndose la procedencia de revisión y adaptación del Plan de Ourense que reordena manzana con alteración del fondo de solar edificable; STS de 4 de Marzo de 2000 (RJ 2000/2457), por la que se confirma la viabilidad de Plan Especial de Reforma Interior en desarrollo de plan superior sin que lo vulnere que tiene como finalidad actuaciones de rehabilitación y renovación de viviendas en cumplimiento de legislación sectorial; STS de 10 de Marzo de 2004 (RJ 2004/2744), que mantiene determinaciones relativas clasificación y calificación de suelo contenidas en Normas Subsidiarias Municipales; y, STS de 16 de Diciembre de 2004 (RJ 2005/813), que mantiene la superficie mínima de parcela en 1.600 m² al aparecer la urbanización de referencia consolidada en más de un ochenta y cinco por ciento con parcelas edificadas de más de 1.600 m² de superficie, por lo que, de permitirse por el nuevo planeamiento una parcela mínima de 400 m², además de modificarse la imagen de la urbanización, se crearían problemas de infraestructura y servicios, razón por la que resulta razonable y acorde con los hechos, que sirven de presupuesto a la discrecionalidad, fijar como superficie de la parcela mínima en el ámbito de dicha urbanización la de 1600 m²; STS de 3 de Julio de 2007 (RJ 2007/3753), por la que se confirma el cambio de clasificación de suelo como suelo no urbanizable de especial protección en relación con Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid; STS de 25 de Febrero de 2008 (RJ 2008/260), por la que se confirma ubicación de grandes superficies comerciales en la zona afectada por el Plan Parcial; STS de 13 de Mayo de 2008 (RJ 2008/2056), que declara ha lugar al recurso planteado contra el PGOU de Getxo, en las determinaciones a que se contrae este recurso relativas a la clasificación del suelo como urbano y suelo urbanizable residencial de baja densidad a la calificación de uso terciario; STS de 24 de Julio de 2008 (RJ 2008/4443), por la que se desestima recurso contra la aprobación definitiva de la revisión del Plan General Municipal de Ordenación de Sant Quirze del Vallès, en relación con cambio de clasificación de suelo como suelo no urbanizable por inadecuación para el desarrollo urbano; STS de 15 de Enero de 2010 (JUR 2010/42281), por la que se confirma clasificación de suelo como no urbanizable de protección contenida en Normas Subsidiarias del Planeamiento del municipio de El Sauzal (Tenerife). Asimismo, no aprecian arbitrariedad ni desviación de poder en base a la teoría de los hechos determinantes las SSTSJ de Cantabria, de 18 de Enero de 2000 (RJCA 2000/461); de Granada, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/1956); de Madrid, de 22 de Noviembre de 2002 (RJCA 2002/32), de 5 de Abril de 2007 (JUR 2007/168583), de 19 de Septiembre de 2007 (RJCA 2007/31), y de 14 de Noviembre de 2007 (RJCA 2007/349); y del País Vasco, de 31 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/585); de 7 de Julio de 2005 (RJCA 2005/190); de Valladolid, Castilla y León, de 20 de Julio de 2006 (RJCA 2006/948); de Burgos, Castilla y León, de 6 de Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); del País Vasco, de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); de la Comunidad Valenciana, de 6 de Abril de 2007 (RJCA 2007/164); de Murcia de de 14 de Julio de 2007 (RJCA 2007/375) y de 26 de Octubre de 2008 (RJCA 2008/107); de las Islas Baleares, de 17 de Enero

que, además de recaer sobre los elementos reglados que siempre existen, incluso en los supuestos de discrecionalidad, ha de llevarse a cabo a través de diversas técnicas, una de las cuales se refiere al control de los hechos determinantes de la actualidad administrativa; y en segundo lugar mediante el enjuiciamiento de esa actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho artículo 1.4 del Código Civil que, al informar todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, imponen que la actuación de ésta se ajuste a las exigencias de esos principios por cuanto la Administración no sólo está sometida a la Ley sino también al Derecho, a tenor del artículo 103 de la Constitución. En definitiva, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo lugar, a valorar si la acción planificadora discrecional guarda coherencia y racionalidad con aquéllos, de suerte que cuando sea clara la falta de lógica, de coherencia, de racionalidad, de la solución adoptada con la realidad que es su presupuesto fundamental, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico e incluso el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9 de la Constitución, y por ello debe rechazarse una discrecionalidad que se ha convertido en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna. En resumen, la actividad potestativa de la Administración para alterar, modificar o revisar o formular «ex novo» un planeamiento urbanístico, debe estar suficientemente justificada, armonizada y apoyada en datos objetivos exentos de error, para no dar lugar a que la impropiedad en el ejercicio del «ius variandi» atente a los límites racionales y naturales de sus facultades discrecionales, dirigidas a la satisfacción del interés público, tal y como, casuísticamente, se expresa en el artículo 3 Ley del Suelo” (FJ Segundo)²¹.

de 2008 (RJCA 2008/138); de la Comunidad Valenciana, de 25 de Enero de 2008 (JUR 2008124596); de las Islas Canarias, Las Palmas, de 3 de Abril de 2008 (JUR 2008/252109); de Aragón, de 26 de Diciembre de 2008 (JUR 2008/139382). Por el contrario, declaran procedente la nulidad de las actuaciones impugnadas, apreciándose desviación de poder en base al control de los hechos determinantes, las SSTs de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2003 (RJCA 2003/264); del País Vasco, de 16 de Septiembre de 2003 (RJCA 2003/493); de Valladolid, Castilla y León, de 13 de Junio de 2007 (JUR 2007/343548); 23 de Junio de 2003 (RJCA 2003/1053) y de 13 de Junio de 2007 (JUR 2007/343548); de la Comunidad Valenciana, de 2 de Abril y de 22 de Diciembre de 2004 (RJCA 2004/1055 y RJCA 2005/2), y 24 de Febrero de 2006 (JUR 2006/227548); del País Vasco, de 29 de Octubre de 2004 (RJCA 2004/1157); de Burgos, Castilla y León, de 13 de Enero de 2006 (JUR 2006/98567); de Madrid de 19 de Enero de 2007 (RJCA 2007/638); de Murcia, de 25 de Mayo de 2007 (RJCA 2007/788); de Cantabria de 29 de Marzo de 2007 (RJCA 2007/275) y 26 de Junio de 2007 (RJCA 2007/656); de Extremadura, de 27 de Septiembre de 2008 (RJCA 2008/53).

²¹ Doctrina recogida inicialmente, entre otras muchas, en las SSTs de 5 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/9730), de 5 de Febrero de 1991 (RJ 1991/772), de 12 de Marzo de 1991 (RJ 1991/1985), de 16 de Noviembre de 1992 (RJ 1992/8986), y, de 21 de Enero de 1997 (RJ 1997/1865).

En este sentido, es clásica la doctrina que reproduce la STSJ del País Vasco de 29 de Octubre de 2004 (RJCA 2004/1157), al recordar que:

“Ciertamente la discrecionalidad del planeamiento se manifiesta muy destacadamente en el momento de la calificación del suelo, pero ello no elimina su revisión por los Tribunales. El “genio expansivo” del Estado de derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el artículo 106.1 CE, se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto: A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios –artículo 1.4 título preliminar del Código civil– informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos –la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al derecho, artículo 103.1 CE–. Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –artículo 9.3 CE– que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas. Existe a este respecto una frondosa jurisprudencia –SS. 22 septiembre (RJ 1986/6078) y 15 diciembre 1986 (RJ 1987/1139), 19 mayo (RJ 1987/6877) y 21 diciembre 1987, 18 julio 1988, 23 enero y 17 junio 1989, 20 marzo (RJ 1990/2246) y 22 diciembre 1990 (RJ 1990/10183), 11 febrero 1991 (RJ 1991/784) etc.–. Vemos las pautas del ejercicio de la potestad discrecional del planificador y las pautas de control de dicha actividad, que como se viene reiterando son en esencia determinar si concurren los hechos determinantes de la decisión; si se da la arbitrariedad, si se infringen los principios generales del derecho y si se da desviación de poder” (FJ Décimo.5)²².

²² En el mismo sentido, las SSTSJ de Granada, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/1950); del País Vasco de 16 de Mayo de 2001 (RJCA 2001/1296), de 27 de Septiembre de 2002 (RJCA

Es así que adquiere especial trascendencia el *principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*²³, consagrado en el artículo 9.3 CE, como principio general que condiciona de manera determinante el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento, ya que como ha quedado reflejado en la jurisprudencia citada anteriormente, “cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –artículo 9.3 de la Constitución– que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas...”²⁴.

2002/169), y de 31 de mayo y 31 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/831 y RJCA 2003/585); de Madrid, de 22 de Noviembre de 2002 (RJCA 2002/32); de Burgos y Castilla–León, de 11 de Enero de 2002 (RJCA 2002/293); de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2003 (2003/264); de Burgos, Castilla y León, de 13 de Enero de 2006 (JUR 2006/98567); del País Vasco, de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); y, de Cantabria, de 26 de Junio de 2007 (RJCA 2007/656).

²³ Sin perjuicio de que nos centremos en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como advierte el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en su obra “*La lucha contra las inmunidades de poder*”, Cuadernos Civitas 1983, “las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de iniquidad manifiesta, o el de irracionalidad, o el de buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas, etcétera. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad, “cornerstone of administrative justice”, y en general todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales (en el sentido de Carl Schmitt) y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y de las instituciones, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico” (página 47 y 48).

²⁴ En este sentido, además de la reseñada en el párrafo anterior, entre otras muchas, SSTS de 23 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4269); de 2 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7828); de 23 de Noviembre de 1998 (RJ 1998/9603); y, de 16 de Diciembre de 2004 (RJ 2005/813), que refiriéndose al concreto supuesto enjuiciado, considera que “cabe, según la doctrina jurisprudencial, el control de los aspectos discrecionales de las potestades administrativas a través del control de los hechos determinantes, pues éstos son como la realidad que los exterioriza, y mediante la contemplación de tal actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho, de manera que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, que integra su presupuesto, o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten jus-

El ejercicio del *ius variandi*, tanto por vía de modificación como de revisión, aunque teñido de una profunda discrecionalidad, no puede producirse arbitrariamente, pues está siempre sometido a las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la CE²⁵. De tal forma que, como afirma la STS de 19 de Febrero de 1997 (RJ 1997/1150),

tificadas, y en el caso enjuiciado, con la estimación del recurso de reposición, la Administración autonómica, con la anuencia del Ayuntamiento, llevó a cabo la perfecta congruencia y correlación entre los hechos determinantes y la decisión de elevar la parcela mínima de 400 m2 a 1.600 m2, ya que la urbanización, con independencia de la normativa anterior, se había consolidado en la práctica con parcelas superiores a 1.600 m2, por lo que, como está perfectamente acreditado en los autos, resultaba coherente y dentro de la lógica que el criterio inicial de mantener la parcela mínima en 400 m2 se rectificase en la aprobación definitiva del planeamiento, pues, por vía de recurso, el órgano competente retiene las mismas facultades que en el acto de aprobación, y, por consiguiente, la actuación administrativa se ha guiado por lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley del Suelo de 1976, y así la Sala de instancia no ha extraído de la sentencias que cita la consecuencias para el control del recto ejercicio de la discrecionalidad por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes” (FJ Sexto). Por su parte, la STS de 9 de Marzo de 2004 (RJ 2004/2805), que desestima recurso interpuesto contra aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de San Bartolomé de Tirajana, en relación con calificación de terrenos como sistema general parque urbano que antes tenían la calificación de residencial, afirma que “...el interés particular en la oposición a la determinaciones urbanísticas del planeamiento no puede prevalecer frente a la potestad planificadora de la Administración que se proyecta sobre un realidad física que debe ser racionalmente disciplinada, adoptando, al efecto, precisos criterios urbanísticos conducentes a dibujar el modelo territorial que se entiende, dentro de lo hacedero, más adecuado para el desarrollo de la personalidad y la convivencia: la ciudad es de todos y por tanto es el interés de la comunidad—representada por la Administración— y no el de unos pocos, el que ha de determinar la configuración de la misma; siempre, naturalmente, que tal configuración no infrinja el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos—artículo 9.3 CE (RCL 1978\2836)— que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resulten justificadas, ya que el planeamiento se traza pensando, en primer término, en la ciudad y sus habitantes y no en los propietarios de los terrenos, dado que la utilización del suelo ha de regularse de acuerdo con el interés general, pues así viene impuesto por el artículo 47 de la Constitución Española” (FJ Segundo). Más recientemente, STSJ de Las Palmas, Canarias, de 2 de Marzo de 2006 (RJCA 2006/425); SSTSJ de la Comunidad Valenciana, 24 de Febrero de 2006 (JUR 2006/227548), de 16 de Junio de 2006 (RJCA 2006/774), y 23 de Junio de 2007 (JUR 2007/41242); STSJ de Burgos, Castilla y León, de 6 de Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); STSJ del País Vasco, de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); STSJ de Cantabria, de 26 de Junio de 2007 (RJCA 2007/656).

²⁵ Entre otras muchas, Sentencias de 14 abril y 12 mayo 1992 (RJ 1992/3422 y RJ 1992/4146), de 15 marzo y 21 septiembre 1993 (RJ 1993/2523), de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), de 28 de Enero de 1994 (RJ 1994/501), 15 de Julio de 1996 (RJ 1996/7381), de 6 de Mayo de 1997 (RJ 1997/4051), y de 10 de Junio de 2003 (RJ 2003/5627). Asimismo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de Abril de 1995 (RJCA 1995/170) y de 6 de Abril de 2007 (RJCA 2007/164); de Baleares, de 26 de Julio de 1996 (RJCA 1996/1958); y, de Castilla-La Mancha, de 2 de Julio de 1999 (RJCA 1999/4907); de Burgos, Castilla y León, de 6 de

“En definitiva, por mucho margen de discrecionalidad que existe en la potestad urbanística, la decisión administrativa habrá de ser anulada si no guarda coherencia con los hechos o no resulta racionalmente justificada, pues así lo exige el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –artículo 9.3 de la Constitución Española–, y así lo hemos declarado reiteradamente (por ejemplo, en Sentencias de 13 y 20 marzo, 30 abril, 4 mayo y 18 septiembre 1990 (RfJ 1990/1964, RfJ 1990/2246, RfJ 1990/3627, RfJ 1990/3799 y RfJ 1990/7094)” (FJ Séptimo).

Precisamente, respecto a la “racionalidad” que debe guiar la actuación administrativa discrecional, nos dirá una jurisprudencia muy consolidada recogida en la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2003 (RJCA 2003/264), que

“...ha de señalarse que de la racionalidad en la actuación administrativa deriva una necesidad de coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación (STS de 8 de Octubre de 1990, RfJ 1990/7842), pues, siendo presumible que las reglas generales del plan obedecen a un diseño racional, apartarse de él supone una incoherencia si tal desviación no aparece respaldada por una justificación suficiente (STS de 20 de Marzo de 1990, RfJ 1990/2246)”²⁶.

Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); de Cantabria, de 28 de Mayo de 2007 (RJCA 2007/591); de Murcia de 24 de Febrero de 2007 (JUR 2007/4481); de 15 de Junio de 2007 (RJCA 2007/672) y de 3 de Noviembre de 2007 (JUR 2007/182721)..

²⁶ En este sentido, STS de 15 de Marzo de 1993 (RJ 1993/2523), precursora de esta teoría y de la que fuera ponente Delgado Barrio, estimando parcialmente la demanda articulada contra aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Granollers, anula la calificación de “verde privado de interés especial” otorgada a la finca de los recurrentes por no ser conforme a derecho sin perjuicio de la calificación que a la misma le otorgue la Administración con arreglo a Derecho y a salvo las vías impugnatorias contra esa calificación. Sentada la doctrina jurisprudencial, la citada sentencia se centra en el análisis del supuesto de hecho contemplado, considerando que *“el plan litigioso ha establecido en su artículo 119 los criterios conducentes a la calificación de un terreno como verde privado de interés especial, es claro que ante todo ha de examinarse si las características del suelo al que se refieren estos autos justificaban, en coherencia con aquellos criterios, la calificación hecha. El ya citado artículo 119 –folio 138 de la pieza segunda del expediente–, siguiendo la traducción que hace la Generalitat en su primer escrito de alegaciones, prescribe la calificación de “verde privado de interés especial” para “aquellos espacios no edificados con una vegetación que conviene proteger o integrarla en un ambiente o entorno a preservar”. Dos son pues los criterios esenciales: la existencia de una vegetación a proteger o su integración en el entorno ... En definitiva, el perito procesal, Jefe del Departamento de Jardines Históricos del Ayuntamiento de Barcelona, concluye indicando que el planificador no ha tenido en cuenta las circunstancias y factores que acaban de señalarse y que “condicionan de manera absoluta el huerto jardín de autos” –folio 167–. Y sobre la base de este dictamen pericial, la Sala entiende que no existía en el terreno litigioso una vegetación apta para provocar la subsunción en el artículo 119 de las Normas del Plan impugnado” (FJ Tercero y Cuarto).* En la misma línea, pueden consultarse las SSTS de 15 de Marzo

A lo que añadirá, siguiendo la doctrina ya expresada por nuestro Tribunal Supremo, que:

“...Y esta coherencia del Plan, exigencia racional imprescindible salvo causa justificada, implica una importante reducción de la discrecionalidad, discrecionalidad esta profunda en el momento inicial de la redacción y atenuada a medida que se va produciendo su concreto desarrollo. En efecto, sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a ciertos «objetivos» se contemplan y «analizan» las «distintas alternativas posibles» ha de producirse la «elección» de un determinado modelo territorial que además ha de «justificarse»; éste es el momento de máxima discrecionalidad pues son posibles varias –incluso muchas– soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los «criterios de la ordenación» propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión –“elección”– del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia –así, SS. 2–4–1991 (RJ 1991/3278), 15–3–1993, etc.–. Es claro pues que la propia dinámica de la redacción del planeamiento lleva consigo una reducción progresiva de su característica discrecionalidad” (FJ Tercero)²⁷.

Todo ello, conforme a una doctrina jurisprudencial muy reiterada, que nos recuerda la STS de 4 de Febrero de 2004 (RJ 2004/2196), *“el ejercicio de la potestad de planeamiento implica llevar a cabo una actividad jurídica reglada, que viene sometida a normas formales o materiales de obligada observancia, y una actividad de oportunidad técnica o discrecional, en la que se elige entre varias alternativas una determinada solución del modelo global y orgánico del territorio, que se concreta, en relación con el uso del suelo, en la asignación de un destino a cada terreno, según el criterio técnico de los redactores del Plan”*²⁸.

de 1993 (RJ 1993/6623) y de 3 de Enero de 1996 (RJ 1996/1788). Asimismo, las SSTSJ de Las Palmas, de 22 de Mayo de 1998 (RJCA 1998/2551); de Cantabria, de 16 de Marzo de 1999, 26 de Abril de 1999 y de 26 de Junio de 2007 (RJCA 1999/565, RJCA 1999/1127 y RJCA 2007/656); del País Vasco de 8 de Octubre de 1999 (RJCA 1999/3593) y de 8 de Marzo de 2007 (JUR 2007/137483); y, de Burgos, Castilla y León, de 16 de Octubre de 2002 (JUR 2002/249531).

²⁷ En concreto, reproduce la doctrina recogida en la STS de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), ponente Delgado Barrio.

²⁸ Doctrina inicialmente formulada, entre otras, en la STS de 2 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7828), ponente García Ramos Iturralde, que continúa señalando *“cuya discrecionalidad viene limitada por la congruencia de esas soluciones concretas elegidas con las líneas directrices que diseñan el planeamiento, su respeto a los estándares legales acogidos en el mismo y su adecuación a los datos objetivos en que se*

Pero, discrecionalidad no es arbitrariedad²⁹. La actividad de planificación urbanística, como ya hemos tenido ocasión de comentar, se debe ejercer siempre con estricta observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la CE. y es precisamente la motivación la que permite conocer las causas de la decisión administrativa discrecional. La discrecionalidad del planeamiento exige la motivación de las opciones elegidas por el Plan, para evitar que el resultado de la discrecionalidad sea una arbitrariedad³⁰.

apoya, siendo condición esencial para el éxito de una pretensión de nulidad del Plan o de algunas de sus determinaciones singularizadas la de que se constate la infracción de una norma legal, o se acredite disconformidad o incongruencia con los hechos determinantes de la decisión, de tal forma que la propuesta del demandante resulte más acorde con los criterios racionales de técnica y oportunidad que deben gobernar el planeamiento urbanístico discrecional” (FJ Segundo). En el mismo sentido, SSTS de 17 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4171), de 23 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4269), de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2011), de 1 de Octubre de 1991 (RJ 1991/7714), de 20 de Mayo de 1992 (RJ 1992/4286), y de 21 de Enero de 1997 (RJ 1997/1865). Asimismo, SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637); de Valladolid, de 23 de Junio de 2003 (RJCA 2003/1053); de la Comunidad Valenciana, de 7 de Octubre y de 22 de Diciembre de 2004 (RJCA 2004/1062 y RJCA 2005/2), y de 24 de Febrero (JUR 2006/227548).

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en *“Curso de Derecho Administrativo”*, op. citada página 463, y, entre otras muchas, SSTS de 8 de Octubre de 1991 (RJ 1991/7604); de 15 de Julio y 15 de Noviembre de 1995 (RJ 1995/5855 y 1995/8549), de 19 de Septiembre de 1997 (RJ 1997/6598), y de 25 de Julio de 2006 (RJ 2006/5136). Asimismo, SSTSJ de Murcia, de 25 de Enero de 2002 (JUR 2002/88017); de Burgos, Castilla y León, de 28 de Junio de 2002 (RJCA 2002/804); de Cataluña, de 19 de Julio de 2002 (RJCA 2002/1076); de Las Palmas, de 17 de Septiembre de 2002 (JUR 2002/79053); Extremadura, de 14 de Octubre de 2003 (RJCA 2003/1058); de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de Enero de 2004 (RJCA 2004/71095); y de Granada, de 24 de Noviembre de 2004 (JUR 2004/28240), de la Comunidad Valenciana de 28 de 2006 (JUR 2006/223874), de Sevilla de 10 de Enero de 2006 (JUR 2006/90604) y de 31 de Enero de 2008 (RJCA 2008/168); y, de Las Palmas, Canarias, de 3 de Abril de 2007 (RJCA 2007/808).

³⁰ El TC ha afirmado que *“... la facultad legalmente atribuida a un órgano para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión firmemente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma, en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el artículo 9.3 CE”* (STC 224/1992, de 14 de diciembre). Por citar algunos ejemplos, en la jurisprudencia más reciente consultada, correspondiente a los cuatro últimos años, se estima procedente la impugnación planteada por falta de motivación suficiente declarándose la nulidad de las actuaciones, en los siguientes casos: SSTS de 21 de Junio de 2006 (RJ 2006/5965); de 25 de Julio de 2006 (RJ 2006/5136); de 5 de Febrero de 2008 (RJ 2008/592); de 24 y 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4443 y RJ 2008/4511); y SSTSJ de Navarra, de 8 de Junio de 2006 (JUR 236339), y de Madrid de 8

Es así como la motivación se convierte en elemento clave para distinguir entre una decisión discrecional y una decisión arbitraria³¹. La Administración goza de una amplia discrecionalidad, que no arbitrariedad, para adoptar las soluciones más idóneas para la búsqueda del interés general en el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico, debiendo quedar debidamente reflejado en la documentación del Plan, en concreto, en la Memoria del Plan, como documento de especial relevancia a estos efectos, la justificación del modelo elegido.

de Noviembre de 2008 (RJCA 2007/350). Por el contrario, se desestiman los recursos presentados al considerarse suficiente la motivación planteada, declarándose improcedente la nulidad de las actuaciones, en los siguientes casos: SSTS de 19 de Abril de 2006 (RJ 2006/4700); de 14 de Febrero de 2007 (RJ 2007/1803); de 10 de Septiembre de 2007 (RJ 2007/6930); de 13 de Mayo de 2008 (RJ 2008/2056); de 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4512); de 16 de Noviembre de 2009 (JUR 2009/482141); de 4 de Diciembre de 2009 (JUR 2010/3349); de 15 de Enero de 2010 (JUR 2010/42283); y, SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de Febrero de 2006 (JUR 2006/105437) y de 1 de Abril de 2009 (JUR 2009/221288); de la Comunidad Valenciana, de 21 de Febrero de 2006 (RJCA 2006/754), de 28 de Julio de 2008 (JUR 2009/4787), y de 26 de Diciembre de 2008 (RJCA 2009/420); de Castilla y León, Burgos, de 29 de Septiembre de 2006 (RJCA 2007/174); de Cataluña de 30 de Enero de 2007 (JUR 2007/245300); de Madrid, de 24 de Noviembre de 2007 (JUR 2007/164215); de Aragón, de 26 de Diciembre de 2007 (JUR 2008/139382), y de 31 de Enero de 2008 (JUR 2009/33171), y, de Andalucía, Sevilla, de 18 de Septiembre de 2008 (RJCA 2008/411).

³¹ Como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en *“Arbitrariedad y discrecionalidad”*, Cuadernos Cívitas, 1991, “La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Sentencias de 30 de Junio de 1982, 15 de Octubre y 29 de Septiembre de 1985, entre otras ... El poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental” (páginas 106, 107 y 108). Por su parte, como afirma DELGADO BARRIO, J., en op citada, “Dado que las potestades administrativas, y por tanto también las discrecionales, son atribuidas por el ordenamiento jurídico a la Administración para que ésta pueda servir los intereses generales –artículo 103.1 de la Constitución– es claro que la actuación de aquéllas no puede legalmente ser cauce hábil para la arbitrariedad. Y es la motivación de las decisiones discrecionales un importante instrumento a la hora de evitar que el resultado de la discrecionalidad se una arbitrariedad” (página 41).

En este sentido, la jurisprudencia ha destacado la importancia de la Memoria como documento que refleja la “progresiva autolimitación” de la discrecionalidad. Así, en STS de 21 de Septiembre de 1993 (RJ 1993/6623), ponente Delgado Barrio, se manifiesta que,

“... la Memoria resulta ser así un contexto dominante para el resto del plan. Su importancia es manifiesta: A) Desde el punto de vista del interés público, porque viene a asegurar que verdaderamente se va a hacer efectivo en la realidad el modelo territorial justificadamente elegido. B) En el terreno de la garantía del ciudadano, porque con la Memoria podrá conocer la motivación de las determinaciones del plan y por tanto ejercitar con el adecuado fundamento el derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 24.1 de la Constitución– con lo que, además pondrá en marcha el control judicial de la Administración –artículo 106.1 de la Constitución– que demanda también el interés público. Así lo declara la jurisprudencia destacando que la Memoria es ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento. Y esta Memoria no es un documento accidental que pueda existir o no sino una exigencia insoslayable de la Ley –artículo 12.3.a) del Texto Refundido de 1976, a la sazón vigente, y hoy artículo 72.4.a) del Texto Refundido de 26-6-1992–. Las normas en nuestro sistema jurídico pueden tener o no un preámbulo o exposición de motivos. Sin embargo el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa –SS. 7-2-1987 (Rf 1987/2750), 17-10-1988 (Rf 1988/7760), 9-5-1989 (Rf 1989/4114), 6-11-1990 (Rf 1990/8803), 22-5-1991 (Rf 1991/4286), etc.– exige como elemento integrante esencial la Memoria: la profunda discrecionalidad del planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y que pese a ello está habilitado para regular el contenido del derecho de propiedad –artículo 33.2 de la Constitución y SS. 2-2-1987 (Rf 1987/2043), 17-6-1989 (Rf 1989/4732), 28-11-1990 (Rf 1990/9307), 12 febrero, 11 marzo y 22 mayo 1991 (Rf 1991\948, Rf 1991/1982 y Rf 1991\4286), etc.– explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento –SS. 9 julio y 20 diciembre 1991 (Rf 1991\9737 y Rf 1992/314), 15-12-1992 (Rf 1992/9834), etc.–. Va de suyo que las modificaciones que la redacción inicial puede sufrir a lo largo de su tramitación han de estar también motivadas –SS. 25 abril y 9 julio 1991 (Rf 1991/3430 y Rf 1991/5737), 13-2-1992 (Rf 1992/2828), etc.– lo que incluye naturalmente las que se introducen por la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva –SS. 18 mayo y 15 diciembre 1992 (Rf 1992/4219)–”(FJ Cuarto)³².

³² En el mismo sentido, SSTSJ de Las Palmas, de 22 de Mayo de 1998 (RJCA 1998/2551), de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2002 (RJCA 2003/264), y de Santa Cruz de Tenerife, de 31 de Mayo de 2007 (RJCA 2007/895).

La actividad en que se concreta la potestad discrecional de planeamiento debe estar suficientemente justificada³³, y apoyada en datos objetivos, para impedir que la impropiedad en el ejercicio del “ius variandi” atente contra los límites racionales y naturales de la discrecionalidad que se reconoce y se convierte, como reiteradamente se manifiesta por la jurisprudencia, en causa de decisiones que no resulten justificadas³⁴.

³³ La exigencia e intensidad de la motivación y justificación variará en función del nivel o profundidad del cambio que se efectúe, ya que como nos recuerda la STS de 11 de Noviembre de 2004 (RJ 2005/1931), “Como hemos puesto de manifiesto, entre otras muchas en la STS de 17 de abril de 1991 “sabido es que aquélla (revisión del planeamiento) es una reconsideración integral o total del planeamiento anterior para ajustarlo a la realidad que contempla la Revisión”, y, en orden a su necesaria motivación, se señala que la “motivación general es más que suficiente cuando se trata de una Revisión, que no tiene porqué descender al detalle del cambio de clasificación de tal o cual punto concreto del territorio sobre el que se proyecta, lo cual es propio de la Modificación” (FJ Sexto). Por su parte, también es de destacar la doctrina contenida en la STS de 23 de Febrero de 1993 (RJ 1993/543), al afirmar que, “También la doctrina ha dicho que un Plan General no tiene por qué contener una motivación o explicación concreta y minuciosa de los cambios de clasificación o calificación que haya dispuesto referidos a una específica finca de un administrado, sino una motivación lo suficientemente amplia y justificativa de los cambios introducidos, según se infiere del artículo 12 de la Ley. (SS. 5-12-1990 (RJ 1990/9730), 31 julio y 30 octubre 1991 (RJ 1991/6714 y RJ 1991/9178), 20 mayo, 15 y 30 julio y 16 y 30 noviembre 1992 (RJ 1992/4290, RJ 1992/6169, RJ 1992/6216, RJ 1992/9052 y RJ 1992/9002), por no citar sino las más recientes)” (FJ Segundo).

³⁴ En este sentido, STS de 30 de Junio de 1992 (RJ 1992/5534), que desestimó recurso interpuesto contra el Proyecto de Adaptación-Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Alzira (Valencia), que, entre otras, contienen la siguiente consideración “Una adecuada solución de la cuestión planteada exige tener en cuenta la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que el interés particular en la oposición a la revisión de un Plan General de Ordenación Urbana no puede prevalecer frente al «ius variandi» de la Administración que se proyecta sobre un planeamiento urbanístico que debe ser revisado adoptando, al efecto nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del Territorio o de la Clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto, o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación o por el agotamiento de la capacidad del Plan, por lo que nada impide que, a través de tal revisión sufran limitaciones las calificaciones del suelo existente, siempre que tal decisión no infrinja el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos – artículo 9.3 de la Constitución – que, lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas” (FJ Segundo). En parecidos términos, STS de 28 de Enero de 1994 (RJ 1994/501), desestimatoria de recurso interpuesto contra el acto de aprobación del proyecto de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Torrejón de Ardoz (Madrid), y STS de 4 de Febrero de 2004 (RJ 2004/2196), que estimo en parte recurso interpuesto contra la Revisión de las Normas Subsidiarias de Dilar.

Como afirma la STS de 11 de Noviembre de 2004 (RJ 2005/1931),

“potestad de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular ex novo un planeamiento urbanístico, debe centrarse la cuestión en que la actividad en que se concreta esa potestad debe estar suficientemente justificada, y apoyada en datos objetivos, para impedir que la impropiedad en el ejercicio de que el ius variandi, atente a los límites racionales y naturales de la discrecionalidad que se reconoce” (FJ Sexto)³⁵.

En este sentido, la Memoria de los Planes sirve de perfecta motivación y justificación a las determinaciones de los mismos, *“constituyendo una verdadera y real exposición de sus motivos”* (STS de 30 de Junio de 1992, RJ 1992/5539). La motivación de las decisiones discrecionales es un importante instrumento a la hora de evitar que el resultado de la discrecionalidad sea una arbitrariedad: en los actos discrecionales *“al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión”* (STSJ de Sevilla, de 20 de Septiembre de 2001, RJCA 2001/316696)³⁶, de suerte que *“la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad”* (STSJ de Granada, de 4 de Febrero de 2004, RJCA 2004/438)³⁷. Así, en el ámbito que nos ocupa, al tener un grado máximo la discrecionalidad administrativa, la motivación ha de tener también una especial intensidad, y de ahí deriva la excepcional importancia de la Memoria.

³⁵ En el mismo sentido, SSTS de 6 de Febrero, 4 de Abril, 22 de Mayo y 6 de Junio de 1990 (RJ 1990/943, RJ 1990/3587, RJ 1990/4180 y RJ 1990/4823); de 5 de febrero, 12 de Marzo y 1 de Octubre de 1991 (RJ 1991/772, RJ 1991/1985 y RJ 1991/7714), de 21 de Junio de 2006 (RJ 2006/5965), de 14 de Febrero de 2007 (RJ 2007/1803), y de 30 de Julio de 2008 (RJ 2008/4512). Asimismo, STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637); de Burgos, Castilla y León de 6 de Octubre de 2006 (RJCA 2006/949); de Valladolid, Castilla y León, de 13 de Junio de 2007 (JUR 2007/343548); y, de la Comunidad Valenciana, de 25 de Enero de 2008 (JUR 124596).

³⁶ En el mismo sentido, SSTSJ de Murcia, de 25 de Enero de 2002 (RJCA 2002/88017), de Granada, de 4 de Febrero de 2002 (RJCA 2002/438); de Las Palmas, Canarias, de 18 de Abril de 2006 (JUR 2006/236876); de Sevilla, de 31 de Enero de 2008 (RJCA 2008/163). Todas ellas recordando anterior STS de 7 de Febrero de 1987 (RJ 1987/2908).

³⁷ En el mismo sentido, SSTSJ de Galicia, de 28 de Enero de 1999 (RJCA 1999/327); de Valladolid, de 29 de Diciembre de 2000 (RJCA 2001/255); de Murcia, de 25 de Enero de 2002 (JUR 2002/88017); y, de Burgos, Castilla y León, de 15 de Octubre de 2004 (JUR2004/289718). Todas ellas, recordando STS de 11 de Junio de 1991 (RJ 1991/4874).

4. Otros límites: límites genuinamente urbanísticos y límites urbanísticos ambientales

Junto a los límites ya estudiados, podemos apreciar otros límites a la discrecionalidad de la potestad de planeamiento. Entre éstos, cabe a su vez distinguir los que tienen un carácter genuinamente urbanístico y los que tienen un carácter urbanístico-ambiental. Entre los primeros nos encontramos el carácter reglado de la licencia urbanística y la clasificación reglada del suelo urbano y, entre los segundos, nos encontramos las normas de directa aplicación, los estándares urbanísticos y los límites ambientales a la modificación de los planes cuando ésta suponga alteración de las zonas verdes y espacios libres.

A. Carácter reglado de la licencia urbanística

Las licencias urbanísticas son actos reglados que se otorgan o deniegan de conformidad con el ordenamiento urbanístico, sin que puedan emplearse facultades urbanísticas discrecionales de forma alguna³⁸. El acto de otorgamiento o denegación de una licencia es de condición reglada y no cabe aquí la discrecionalidad³⁹. Como afirma la STSJ de Asturias, de 16 de Enero de 2001 (RJCA 2001/272), ponente Gota Losada,

“Es sabido y así lo proclama reiterada Jurisprudencia, cuya reiteración excusa su específica cita que la licencia de edificación no es un acto constitutivo de restricciones discre-

³⁸ De conformidad con lo establecido en el artículo 178.2 del TRLS 76, “Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de esta Ley, de los Planes de ordenación urbana y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento. En el mismo sentido, el artículo 3.1 del RDU incide en el carácter reglado del otorgamiento y denegación de la licencia urbanística. Incluso en el caso de licencias provisionales, la jurisprudencia insiste en el carácter reglado de las licencias al considerar que “tales licencias son el fruto de la actuación de una potestad reglada, ya que el futuro verbal “podrán”, que aparece en el texto del artículo 58.2 (del TRLS 76, relativo a usos y obras provisionales) apunta, no a una discrecionalidad administrativa, sino a una habilitación o atribución de potestad” (Entre otras muchas, SSTs de 21 de Julio de 1994 (RJ 1994/5619), de 7 de Febrero de 1995 (RJ 1995/1073), de 26 de Junio de 1995 (RJ 1995/5031), y de 11 de Noviembre de 1998 (RJ 1998/8125). A lo que añade la STS de 3 de Diciembre de 1991 (RJ 1991/9389), “Ello naturalmente sin perjuicio del margen de apreciación que a la Administración queda en razón del halo de dificultad de los conceptos jurídicos indeterminados que aquel precepto incorpora y que deriva de la existencia de una zona de incertidumbre que media entre las zonas de certeza, positiva y negativa” (FJ Segundo).

³⁹ STS de 14 de Junio de 1994 (RJ 1994/4628), relativa a la denegación de licencia de apertura e instalación de supermercado, considerando el Tribunal que la normativa del Plan General de aplicación es clara y no merece comentarios acerca del contenido de sus postulados.

cionales, constituyendo una especie del género más amplio de las autorizaciones, acto administrativo de los que amplían la esfera jurídica de los particulares, no suponiendo el nacimiento «ex novo» de un derecho, sino que posibilitan el ejercicio de las facultades ínsitas en el derecho de propiedad, no pudiéndose denegar una licencia, si ésta no contraría las normas existentes sobre planeamiento, constituyendo la licencia un acto reglado y debido, no negociado ni discrecional» (FJ Cuarto)⁴⁰.

En concreto, la STSJ de Cataluña, de 14 de Octubre de 2003 (JUR 2003/60889), afirma con rotundidad que:

“En éste control, materializado a través de las licencias urbanísticas, debe desterrarse cualquier atisbo de discrecionalidad, toda vez que como ha reiterado abundante jurisprudencia (SSTS de 26-12-1995 (RJ 1995/1786) y 30-4-1997 (1997/2800)...) el otorgamiento o no de las mismas se incardina en el seno de una competencia municipal (artículo 9 RSCL y artículo 89 de 1995 para el ámbito de Cataluña) absolutamente reglada....” (FJ Segundo).

Este carácter reglado de la licencia de obras alcanza en ocasiones a las propias determinaciones del Plan, así la STS de 8 de Octubre de 1990 (RJ 1990/8129), ponente Delgado Barrio, confirma anulación de denegación de licencia de obras al considerar que la misma debe basarse en normas jurídicas y no en meras recomendaciones, ya que en este caso se pondría en peligro el carácter reglado de las licencias de obras, en los siguientes términos:

“... importa subrayar que la profunda discrecionalidad del planeamiento no puede alterar la naturaleza reglada de la licencia urbanística –Sentencias de 17 de junio de 1989 (RJ 1989/4731) y 6 de junio de 1990 (RJ 1990/4814)–, por lo que este Tribunal anula las determinaciones del plan que por su carácter vago o impreciso pueden poner en peligro aquel carácter típicamente reglado de la licencia. En consecuencia y dado que una mera recomendación no es una norma –éste es el contenido del plan en lo que ahora importa– la Sala estima que el pronunciamiento anulatorio de la sentencia apelada está justificado para no enturbiar las reglas que han de ser tenidas en cuenta a la hora de decidir sobre el otorgamiento o denegación de las licencias –artículo 178.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo–” (FJ Cuarto).

⁴⁰ En el mismo sentido, SSTS de 11 de Diciembre de 1990 (RJ 1990/10039), de 4 de Octubre de 1993 (RJ 1993/7343) y, de 12 de Mayo de 1997 (RJ 1997/3925). Asimismo, STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de Mayo de 1999 (RJCA 1999/1256).

De otro lado, el carácter reglado de la licencia exige en el momento de la redacción inicial del planeamiento, un cierto nivel de concreción que permita conocer los criterios seguidos, para así poder decidir a la hora de conceder o no la licencia. Por su parte, en el momento de ejecución del Plan, si éste está redactado imprecisamente, se exigirá su interpretación sistemática de forma que se tengan en cuenta todos los conceptos indeterminados que estén implícitos en el propio planeamiento⁴¹.

B. Clasificación reglada del suelo urbano: la fuerza normativa de lo fáctico

Uno de los límites de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico radica en la clasificación del suelo urbano, que constituye un imperativo legal que excluye el arbitrio del planificador ya que como nos recuerda la STSJ de Cantabria, de 2 de Noviembre de 2000 (RJCA 2000/2312), ponente Artaza Bilbao,

*“Constante doctrina legal (SSTS de 22-5-1986 (RJ 1986/3604), 30-6-1987 [RJ 1987/6605], etc.) viene declarando que si la discrecionalidad característica del planeamiento se manifiesta también a la hora de clasificar el suelo, tal discrecionalidad opera dentro de un conjunto de límites, de entre los cuales es de destacar el que deriva del carácter reglado del suelo urbano, cuya clasificación como tal depende del hecho físico de la urbanización o consolidación de la edificación, de suerte que la Administración queda vinculada por una realidad que ha de reflejar en sus determinaciones clasificatorias. La definición, con rango legal, del suelo urbano constituye, pues, un límite de la potestad de planeamiento, tanto cuando ésta actúa ‘ex novo’ como cuando opera por vía de revisión o modificación. Se trata, en definitiva, del ‘valor normativo de lo fáctico’, expresión acuñada por la jurisprudencia para destacar que la clasificación de un suelo como urbano no depende del arbitrio del planificador, sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos” (FJ Quinto)*⁴².

La clasificación del suelo urbano depende del hecho físico de su urbanización básica, como ya se afirmaba en la Exposición de Motivos de la LS

⁴¹ A estas conclusiones llega DELGADO BARRIO, J., en op. citada, al analizar la doctrina jurisprudencial recaída al efecto (páginas 31-34).

⁴² En el mismo sentido, SSTS de 23 de Julio y 24 de Septiembre de 1991 (RJ 1991/6287 y RJ 1991/6972), de 10 de Abril de 1995 (RJ 1995/3021), y de 20 de Diciembre de 1996 (RJ 1996/1785). Asimismo, STSJ de Cantabria, de 24 de Julio 2001 (JUR 2001/278033), y de Burgos, Castilla y León, de 15 de Febrero de 2002 (JUR 2002/61932).

75. Así, la STS de 2 de Noviembre de 1994 (RJ 1994/8492), ponente Barrio Iglesias, recogiendo el sentir de una doctrina muy reiterada en cuanto al carácter reglado de la clasificación del suelo urbano, insiste en la necesidad de contar con los correspondientes servicios urbanísticos, que habrán de ser suficientes y estar integrados en la malla urbana, en “...como ya dijimos en nuestras Sentencias de 23 septiembre 1992 (RJ 199/6982), recogiendo doctrina de otras anteriores, 23 marzo 1993 (RJ 1993/2524), 14 abril 1993 (RJ 1993/2607) y 22 febrero 1994 (RJ 1994/1459), ante todo, la clasificación de unos terrenos como suelo urbano, por concurrir en ellos las circunstancias especificadas en los artículos 78 del tan citado Texto Refundido y 21 del Reglamento de Planeamiento, también citado, es de obligado acatamiento para la Administración, ya que aunque respecto de la clasificación del suelo como urbanizable o no urbanizable tiene la misma una potestad discrecional, según el modelo de planeamiento que haya elegido, para determinar el suelo que haya de urbanizarse en el futuro y el que haya de preservarse de toda urbanización, en cuanto a la clasificación del suelo como urbano debe necesariamente partir de su situación real en el momento de planificar, asignando, forzosamente, esta condición a aquellos terrenos en que concurren, de hecho, las circunstancias que indican los antes citados artículos, y además, que tal clasificación exige, no simplemente el que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o haya de construirse, sino también, y sobre lo mismo es ilustrativo el propio artículo 21 y la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 mayo, refundida en el texto de 9 abril 1976, que tales dotaciones las proporcionen los correspondientes servicios y que el suelo esté insertado en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento de que puedan servirse los terrenos, y que éstos, por su situación, no estén completamente desligados del entramado urbanístico ya existente, el suelo del cual constituya sin duda suelo urbano” (FJ Tercero) ⁴³.

⁴³ Recogiendo esta doctrina, entre otras, se pronuncian a favor de la declaración de suelo urbano: SSTS de 5 de Febrero de 1990 (RJ 1990/942); de 19 de Febrero de 1990 (RJ 1990/1322); de 25 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2026); de 11 de Junio de 1992 (RJ 1992/5079); de 2 de Noviembre de 1994 (RJ 1994/8492); de 17 de Julio de 1995 (RJ 1995/6171); de 28 de Abril de 1997 (RJ 1997/3175); de 3 de Marzo de 1999 (RJ 1999/2159); de 19 de Diciembre de 2002 (RJ 2002/53); de 30 de Abril de 2003 (RJ 2003/4549); y SSTSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 27 de Enero de 2006 (JUR 2006/111081); y, de Castilla y León, Burgos, de 19 de Junio de 2009 (RJCA 2009/819). Por el contrario, en base a la misma doctrina, declaran la improcedencia de la clasificación del suelo urbano, por inexistencia de los servicios exigidos: SSTS de 30 de Enero de 1990 (RJ 1990/551); de 24 de Julio de 1990 (RJ 1990/6676); de 26 de Septiembre de 1990 (RJ 1990/9711); de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2006); de 23 de Junio de 1993 (RJ 1993/5312); de 9 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1443); de 6 de Marzo de 1997 (RJ 1997/1664); de 25 de Mayo de 1998 (RJ 1998/4372); de 3 de Febrero de 1999 (RJ 1999/667); STS de 19 de

Por su parte, la STSJ de Las Palmas, de 19 de Mayo de 2000 (RJCA 2000/1955), ponente Gómez Cáceres, recogiendo también el sentir muy reiterado por la jurisprudencia anterior, y redundando en la consideración del carácter reglado del suelo urbano, incide en la consideración de que basta la concurrencia de uno de los requisitos exigidos por la ley para imponer dicha clasificación, y así considerará que: *“Ha de advertirse, a este propósito, que el artículo 78 a) del Texto Refundido de 1976 utiliza dos criterios —urbanización o consolidación de la edificación— que al articularse en un sistema alternativo determinan la consecuencia de que basta con que resulte aplicable uno sólo de ellos para imponer la clasificación urbanística establecida en dicho precepto”* (FJ Primero)⁴⁴.

Vemos pues que la clasificación del suelo urbano limita la discrecionalidad del planeamiento, ya que el planificador queda vinculado por “la fuerza normativa de lo fáctico”, pues como ya afirmaba en su día la STS de 20 de Marzo de 1991 (RJ 1991/2006), ponente García-Rámos Iturralde,

“Ciertamente la potestad innovadora de los Órganos Urbanísticos, respecto del Planeamiento de esta naturaleza que le precede, se halla claramente reconocido por la Jurisprudencia, pero el ejercicio de esa potestad no es absoluto e incondicional y así debe acomodarse teleológicamente al servicio del interés público y del bienestar y conveniencia general a fin de evitar que sin justificación se puedan conculcar legítimos derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de un “status” legal que sirva de adecuada y pertinente cobertura. Además debe señalarse que la discrecionalidad característica del planeamiento se manifiesta también a la hora de clasificar el suelo, (sic) pero igualmente debe operarse dentro de un conjunto de límites entre los cuales debe destacarse a los efectos pretendidos el que deriva del carácter reglado del suelo urbano ya que la definición con rango legal del suelo urbano constituye un límite de la potestad del planeamiento, tanto se actúe “ex novo” o por la vía de la revisión o modificación, es decir, la clasificación de suelo urbano constituye un imperativo legal que no queda al libre arbitrio del planificador y depende del hecho físico de la urbanización o de la consolidación de la edificación de suerte que la Administración queda vinculada por la realidad o por la fuerza normativa de lo fáctico, y que hay que reflejar en las determinaciones clasificatorias —Sentencias Tribunal Supremo Sala 4.ª de 26 de septiembre de 1986 (RJ

Octubre de 2006 (RJ 2007/3074); y SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 13 de Enero de 2006 (JUR 2006/98568); de las Islas Canarias, Las Palmas, de 16 de Junio de 2006 (RJCA 2006/721); y, de las Islas Baleares, de 28 de Marzo de 2007 (JUR 2007/213408).

⁴⁴ En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTS de 23 de Junio de 1992 (RJ 1992/5312), de 9 de Febrero de 1994 (RJ 1994/1443), y de 6 de Junio de 1995 (RJ 1995/4942). Asimismo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de Abril de 2001 (RJCA 2001/1558), y de Baleares, de 22 de Septiembre de 2001 (JUR 2001/291939).

1986/6093), 30 de junio de 1987 (Rf 1987/6605), 14 de diciembre de 1987 (Rf 1987/9482) entre otras—” (FJ Segundo)⁴⁵.

En definitiva, la discrecionalidad característica del planeamiento se manifestará claramente a la hora de configurar el suelo urbanizable y el no urbanizable, pero tal discrecionalidad opera dentro de un conjunto de límites de entre los cuales es de destacar el que se deriva del carácter reglado del suelo urbano⁴⁶.

⁴⁵ Contienen referencia a “la fuerza normativa de lo fáctico”, entre otras, SSTs de 13 de Diciembre de 1989 (Rf 1989/91002); de 20 de Marzo de 1991 (Rf 1991/2006); de 22 de Marzo de 1995 (Rf 1995/3021); de 6 de Mayo de 1997 (Rf 1997/4051); y, más recientemente, de 18 de Marzo de 2003 (Rf 2003/3792). Cabe resaltar igualmente, en cuanto a la desclasificación de suelo urbano en no urbanizable, que precisamente por imperativo de la fuerza de lo fáctico, de no concurrir los requisitos legales no cabe la clasificación de suelo urbano, ya que como afirma la STS de 19 de Diciembre de 2002 (Rf 2003/380), “...la jurisprudencia es muy numerosa en el tratamiento general de la cuestión pero escasa en lo relativo a la desclasificación del suelo urbano en no urbanizable, aunque su estudio permite llegar a una conclusión, desestimatoria de las pretensiones de la demanda. Así, las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1986 (Rf 1986/8124), 21 de septiembre de 1987 (Rf 1987/7162), 29 de febrero de 1988 (Rf 1987/1500), 17 de enero de 1989 (Rf 1989/390), 5 de febrero de 1990 (Rf 1990/942), 13 de marzo de 1991 (Rf 1991/1993), 25 de marzo de 1991 (Rf 1991/2026), y la de 29 de enero de 1992 (Rf 1992/1241) establecen que sin la existencia de los requisitos contemplados en el art. 78 LS no cabe clasificación de suelo urbano, toda vez que la clasificación viene predeterminada legalmente, que los servicios urbanísticos de la citada norma implican unas dotaciones que les permiten insertarse en la malla urbana constituida por las vías perimetrales y las redes generales de suministro, siendo la definición de suelo urbano reglada ante la que no cabe la discrecionalidad de la Administración ni su potestad de ejercitar el “ius variandi”, que se limitaría en esos supuestos a los usos y aprovechamientos. Tal actividad reglada deriva de la realidad fáctica, lo que le permite adquirir la condición de suelo urbano sin posibilidad de alteración “contra legem” (FJ Tercero). Asimismo, recogen la doctrina de “la fuerza normativa de lo fáctico”, entre otras, SSTs de 2 de Noviembre de 2005 (Rf 2005/10101) y de 21 de Julio de 2008 (Rf 2008/4439); y, SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de Marzo de 2000 (RJCA 2000/725); de Castilla-La Mancha, de 24 de Abril de 2000 (RJCA 2000/2637), y de 17 de Junio de 2002 (RJCA 2002/792); de Las Palmas, de 16 de Julio de 2004 (RJCA 2004/717), de 15 de Julio de 2995 (RJCA 2005/745), y de 16 de Junio de 2006 (RJCA 2006/721); de Asturias, de 18 de Noviembre de 2006 (JUR 2006/5466); de Cataluña de 9 de Marzo de 2007 (JUR 2007/49944); de Murcia, de 21 de Julio de 2007 (JUR 2007/185326); y, de Sevilla, Andalucía, de 4 de Abril de 2008 (JUR 2008/304240).

⁴⁶ Para un estudio más detenido de la discrecionalidad administrativa en la clasificación del suelo, nos remitimos a DESDENTADO DAROCA, E., en su obra “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico (Construcción teórica y análisis jurisprudencial)”, Editorial Aranzadi, 1999, páginas 415 a 444.

C. Los límites urbanísticos de carácter ambiental

Por último, se hace necesario para completar el esquema inicialmente esbozado, referirnos a los límites urbanísticos de carácter ambiental a la discrecionalidad del planeamiento, y así:

– **Las Normas de Directa Aplicación:** La potestad discrecional de planeamiento está limitada por las normas de adaptación al ambiente. Estas normas son de aplicación directa exista o no plan y, en todo caso, prevalecen sobre las determinaciones de éste⁴⁷. Básicamente vienen recogidas en el artículo 10.2 de la LS 2008 que dispone que “*Las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos*

⁴⁷ Por todas se cita la STS de 12 de Abril de 1996 (RJ 1996/3259), ponente Pedro Esteban Álamo, en la que se resume la doctrina jurisprudencial al respecto en los siguientes términos: “*Ante todo, a modo de paréntesis, hemos de recordar la constante doctrina jurisprudencial en relación con el artículo 73 del Texto Refundido de 1976 –Sentencias de 31 diciembre 1988 (RJ 1988\10293), 28 marzo, 24 octubre y 8 noviembre 1990 (RJ 1990\2263, RJ 1990\8329 y RJ 1990\8820), 22 mayo, 2 julio y 2 octubre 1991 (RJ 1991\4287, RJ 1991\5722 y RJ 1991\7789), 14 julio 1992 (RJ 1992\6158), 16 junio 1993 (RJ 1993\4884) y 17 octubre 1995 (RJ 1995\7704)– y con el artículo 98 del Reglamento de Planeamiento, según la cual estos preceptos se aplican en todo caso, existan o no Planes de Ordenación o Normas Subsidiarias o Complementaria de Planeamiento; son normas, ambos preceptos, de inexcusable observancia, tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de éste y contradicción con el mismo; su aplicación es directa, es decir, no precisa de desarrollo por otra disposición o acto; de tal modo que cualquier disposición o acto administrativo (plan, general o su ejecución, licencia, permiso, etc) que estuviesen en manifiesta contradicción con tales preceptos, aunque aquella disposición o acto se ajustasen al planeamiento vigente y no infringiesen la concreta norma urbana aplicable, serían anulables si estuvieran en contradicción con esos artículos, que protegen la armonía apreciable o que emana, de un grupo de edificaciones de carácter histórico, arqueológico, artístico o meramente típico o tradicional; o también respecto de edificios aislados que reúnan esas características. También protege el artículo 73, las perspectivas, los campos visuales y en concreto la armonía de los paisajes, de los daños, privaciones o interferencias que puedan producir otros edificios por su situación, masa o altura. Ambos preceptos encierran conceptos jurídicos indeterminados, pero de indudable naturaleza reglada, aunque en su apreciación se introduzca con frecuencia un tanto de discrecionalidad o subjetivismo, en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa (como ha dicho la Sentencia de 31 diciembre 1988 [RJ 1988\10293]). El precepto, cuyo espíritu parece recogido después por el artículo 45 de nuestra Constitución, fija el ámbito espacial en que puede producirse la desarmonía con tales lugares, paisajes o edificios a proteger: son los lugares inmediatos en que se erijan las construcciones no adaptadas en lo básico al ambiente en que estuviesen situadas. Tal protección se mantiene en el Texto Refundido de 26 de junio de 1992 (RCL 1992\1468 y RCL 1993\485), de la Ley del Suelo de 25 julio 1990 (RCL 1990\1550, 1666 y 2611). Sentado lo anterior sólo queda remachar que la aplicabilidad estricta de tales preceptos exige una prueba clara y contundente de los elementos fácticos que en cada caso puedan integrarse en los supuestos de idéntica naturaleza que esos artículos contienen” (FJ Sexto).*

urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo". Por su parte, el artículo 73.a) del TRLS 76, dispone que *"Las construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios de carácter artístico, histórico, arqueológico, típico o tradicional habrán de armonizar con el mismo, o cuando, sin existir conjunto de edificios, hubiera alguno de gran importancia o calidad de los caracteres indicados"*.

El contenido ambiental de estas normas es claro y su aplicación es directa, no exenta de dificultades al estar plagadas de conceptos jurídicos indeterminados, si bien, como afirma la STS de 21 de Noviembre de 2000 (RJ 2000/10267), *"...indudable naturaleza reglada, aunque en su apreciación se introduzca con frecuencia un porcentaje de discrecionalidad, en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa (sentencias del TS de 31 de diciembre 1988 (RJ 1988/10293), 8 de noviembre de 1990 y 12 de abril de 1996)"* (FJ Séptimo).

– **Los estándares urbanísticos:** Los estándares urbanísticos constituyen determinaciones materiales de ordenación establecidos directamente por la Ley, que han de ser respetadas obligatoriamente por los planes.

Ello supone, por tanto, que la profunda discrecionalidad del planeamiento, vinculada a la realización del interés público, está sometida a los estándares urbanísticos que reducen el campo de acción de aquella. Como afirma la STS de 10 de Marzo de 2004 (RJ 2004/2744), recordando anterior jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la potestad de planeamiento *"tiene sus propios límites derivados del necesario acatamiento de los estándares urbanísticos previstos en la legislación general y básica sobre ordenación del suelo, y de la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público, a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial, con ausencia de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de la problemática urbanística planteada dentro de una realidad social determinada"* (FJ Cuarto).

No ofrece duda el carácter discrecional del planeamiento, discrecionalidad que comporta un enorme poder en manos de la administración urbanística, si bien esta potestad ha de ejercerse dentro de los límites legalmente establecidos por los estándares urbanísticos.

– **Los límites ambientales a la modificación de los planes:** El artículo 49.2 del TRLS 76 establece una limitación a la potestad discrecional

de planeamiento, tratando de salvaguardar las zonas verdes y espacios libres como determinaciones esenciales del planeamiento. Y así, cuando la modificación del plan tienda a incrementar el volumen edificable de una zona exige, como presupuesto material o de fondo, la previsión de los mayores espacios libres requeridos por el aumento de población, es decir, busca mantener la proporción entre espacios libres y densidad o volumen edificable determinado en el planeamiento que se trata de modificar, proporcionalidad que no puede verse alterada por dicha modificación, previsión cuya finalidad no es otra que “frenar la actividad especulativa y favorecer el desarrollo de la vida humana”⁴⁸. Por su parte, el artículo 50 del TRLS 76 exige un procedimiento especial cuando la modificación del plan tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes y espacios libres.

III. CONTROL JURISDICCIONAL Y POSIBILIDADES DE SUSTITUCIÓN DEL JUEZ EN LA ELECCIÓN DEL MODELO DE CIUDAD

En un primer momento, la doctrina jurisprudencial fue muy restrictiva en orden a determinar los límites del control jurisdiccional sobre el ejercicio de la potestad discrecional del planeamiento urbanístico, al considerar que la potestad de planeamiento participa de la naturaleza innovativa propia del poder legislativo, lo que no solamente justifica su revisión o modificación por razones de actualización de los planes, en función de las conveniencias y necesidades del presente, sino que refuerza grandemente la presunción de legalidad propia de los actos administrativos⁴⁹.

⁴⁸ Entre otras, SSTs de 25 de marzo de 1985 (RJ 1985/1640), de 18 de marzo de 1988 (RJ 1988/2182) y de 5 de abril de 1991 (RJ 1991/3296), y más recientemente STS de 8 de Abril de 2003 (RJ 2003/3688). Asimismo, STSJ de La Rioja de 28 de Febrero de 2000 (RJCA 2000/968).

⁴⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en op. citada, cita dos sentencias señeras en este sentido: la STS de 24 de Noviembre de 1981 (RJ 1981/5299), que desestima recurso interpuesto contra el Plan General de Ordenación Urbana de Barcelona, en relación con calificación como “parque o jardín urbano de nueva creación de carácter local”, en la que en opinión de este autor, aunque se reconoce que el carácter innovativo de la potestad de planeamiento no impide el control judicial, “pero refuerza la presunción de legalidad que se predica genéricamente de los actos administrativos, presunción de la que el juzgador termina insensiblemente dejándose llevar, más allá de sus naturales límites procesales, hasta realizar *motu proprio* un esfuerzo final de hallazgo de nuevos motivos justificativos de la decisión impugnada” (página 56); por su parte, la STS de 11 de Julio de 1987 (RJ 1987/6877), que desestima recurso interpuesto contra el Plan de Ordenación Urbana de Sant Celoni, en relación con la clasificación de suelo no urbanizable y, en concreto, con la calificación de Montnegre como parque natural, manifiesta ex-

Frente a esta aptitud restrictiva, paulatinamente se va abriendo paso una doctrina más progresista, que arranca de un planteamiento básico que se reiterará continuamente y que sintetiza de forma magistral el carácter del control judicial de la discrecionalidad urbanística. El “*genio expansivo del Estado de Derecho*” ha alumbrado técnicas que permiten que el control jurisdiccional se extienda a los aspectos discrecionales de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico⁵⁰.

Pero procede preguntarnos hasta dónde alcanza este control jurisdiccional de los planes. ¿Puede el juez sustituir a la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento?⁵¹ Como declara la STS de 15 de Diciembre de 1986 (RJ 1987/1139), ponente Delgado Barrio,

presamente que “*la función revisora de esta Jurisdicción comporta que su cometido se ciña a enjuiciar la legalidad de la actividad administrativa sometida a debate, pero no a valorar actuaciones o decisiones de la Administración, adoptadas en uso de sus facultades, en orden a la salvaguarda del interés público, con criterios técnicos o sociológicos, pues ello supondría sustituir el criterio de la Administración que, en principio, ha de presumirse que se dirige al bien común, por la apreciación subjetiva de los particulares, salvo, claro es, que se demuestre la carencia de tal objetivo público, o que su actuación se apoye en notorio error de hecho, lo que, en el fondo, supone incidir en ilegalidad, al fallar la premisa fáctica de la norma*”(CDO. Tercero de la Sentencia apelada), lo que en opinión del citado autor, supone un “planteamiento que es fiel expresión del control mínimo al que el juzgador decide limitarse” (página 57).

⁵⁰ Con motivo del análisis, realizado con anterioridad, sobre los hechos determinantes como técnica de control de la potestad discrecional de planeamiento, en el pie de página número 20 se relaciona detalladamente la doctrina jurisprudencial en la que se recoge expresamente esta teoría, en unos casos para desestimar el recurso planteado y, en otros, para proceder a su estimación. Dicha doctrina aparece inicialmente en STS de 1 de Diciembre de 1986 (RJ 1987/417), ponente Delgado Barrio, hoy clásica y citada por todos. Nos remitimos al análisis realizado.

⁵¹ No olvidemos que el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que: “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Es conocida la polémica mantenida al respecto entre FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en “*Arbitrariedad y discrecionalidad*”, en AAVV: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, III, Civitas, 1991, y “*Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*”, REDA, núm. 76, 1992, y, de otro lado, PAREJO ALFONSO, L., en “*Crisis y renovación del Derecho Público*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, y “*Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio de alcance e intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*”, Tecnos, 1993. El primero de los autores citados defiende la viabilidad de la sustitución de la decisión administrativa por una decisión judicial, cuando en el caso de potestades aparentemente discrecionales se llegue a la conclusión de que existe una única solución válida, no así cuando existieran varias soluciones válidas posibles entre las que la Administración pudiera todavía elegir. Por el contrario, el segundo de los autores

“control jurisdiccional sobre la actividad discrecional de la Administración conduce desde luego a la anulación de las calificaciones urbanísticas que resulten incoherentes con las líneas generales del planeamiento o discordantes con la realidad de los hechos. También permite, en ocasiones, establecer directamente la nueva calificación de la zona, pero para ello es preciso que inequívocamente aquellos criterios conduzcan a una única solución coherente. Cuando son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional puede decidir al respecto” (FJ Cuarto)⁵².

Esta misma doctrina es recogida por la STS de 28 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2265), ponente de Oro Pulido y López, que insiste en la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual,

“...cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, la jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna” (FJ Cuarto).

Es decir, la solución técnica en que se concrete la discrecionalidad debe venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de manera que cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, la jurisdicción contenciosa tiene capacidad para sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinados⁵³.

citados, –tesis defendida también por SÁNCHEZ MORÓN, M., en *“El control de las Administraciones Públicas y sus problemas”*, Espasa Calpe, 1991– considera que no es claro el fundamento para la sustitución de la decisión administrativa por el juez y que en materia de urbanismo se ha producido un exceso “en la medida en que se admite la sustitución de la decisión administrativa por la judicial sobre las bases imprecisas e insuficientes cuya concreción y explotación quedan, además, esencialmente en la discreción del juez” (pág. 103 de *“Administrar y juzgar...”*).

⁵² Esta sentencia, muy citada por la doctrina, hace referencia a recurso interpuesto contra la aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación de Tarrasa (Barcelona), declarando la improcedencia de los usos asignados por el plan impugnado de dotaciones escolares en las proximidades de industria molesta, nociva y peligrosa, al considerar que *“no resulta racional el establecimiento de una guardería infantil en la misma manzana en la que figura una industria como la descrita”*(FJ Tercero), habiendo sido calificada la citada industria por el perito forense como molesta, por el intenso ruido, nociva por la emanación de polvo y peligrosa por la combustibilidad de las materias primas y productos intermedios o acabados. En el mismo sentido, SSTS de 18 de Julio de 1989 (RJ 1989/6578), y de 20 de Mayo de 1992 (RJ 1992/4286).

⁵³ Entre otras, podemos recordar la STS de 27 de Abril de 1983 (RJ 1983/2279), dictada en recurso interpuesto contra el Plan General Metropolitano de Ordenación Urbana de Barcelona,

Ahora bien, como se afirma la STS de 15 de Marzo de 1993 (RJ 1993/2523), ponente Delgado Barrio,

“Ya en el terreno de la sustitución de la calificación anulada por la pretendida por la parte en su día demandante –“zona residencial en manzana cerrada”, clave I– será de recordar que el criterio jurisprudencial en materia de calificaciones urbanísticas –S. 2–4–1991 (RJ 1991/3278)– es el de que aun procediendo su anulación en sede jurisdiccional no siempre resulta viable que los Tribunales formulen una nueva calificación:

por la que revocando la sentencia apelada, se anula la calificación urbanística otorgada a la finca, declarando que a la misma le corresponde la de “zona verde privado protegido” *“de acuerdo con la exigencia impuesta por el moderno urbanismo, del cual es ejemplo dicho Plan, de conservar los edificios y entornos urbanísticos que por su antigüedad o valor histórico o estético constituyen singularidades que dotan a las ciudades o poblaciones donde se encuentran de personalidad propia, digna del máximo respeto por el interés socio-cultural que extraña su conservación al margen de todo propósito especulativo”*(FJ Quinto); la STS de 17 de Julio de 1989 (RJ 1989/5821), dictada en relación con recurso interpuesto contra Plan General de Ordenación Urbana de Palafrugell, por la que estimándose el recurso interpuesto por la parte privada, se revoca la sentencia de instancia, anulando la determinación del expresado Plan General por la que se mantiene la zona reservada para aparcamiento cuya supresión se ordena, recordándose que como ya *“la Sentencia de esta Sala de 4 de abril de 1988 (RJ 1988/2607), precisó que no se puede compartir la doctrina de que la revisión jurisdiccional de una calificación urbanística contenida en un Plan deba limitarse a examinar su legalidad, por no estar permitido a la Jurisdicción modificar la solución elegida por la Administración dentro de su discrecionalidad, si no se constata debidamente que ha habido desviación de poder, porque, como ya había dicho este Tribunal en supuesto análogo, en la de 27 de abril de 1983 (RJ 1983/2279), en las anteriores de 2 de junio y 11 de noviembre de 1982 (RJ 1982/4183 y RJ 1982\7258), en las posteriores de 4 de mayo de 1983 (RJ 1983/2887), 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7198) y 22 de febrero de 1988 (RJ 1988/1378), aquella postura no es aceptable porque no recoge los criterios doctrinales y jurisprudenciales más modernos que, profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa, consideró insuficiente la institución de la desviación de poder por su fundamento excesivamente subjetivo, porque la solución técnica en que se concrete aquella ha de venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de tal modo que, cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a la que se aplica, la Jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes, con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisión desprovista de justificación fáctica, cuya doctrina es plenamente aplicable a la materia urbanística y a las determinaciones y calificaciones que se adopten en el ejercicio de ese «ius variandi», que la citada apelante invoca, como necesario criterio corrector, aun cuando se descarte cualquier idea de desviación de poder...”* (FJ Segundo); la STS de 28 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2265), dictada en relación con recurso interpuesto contra el Plan General de Ordenación Urbana de Albacete, por la que aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, declara nula le resolución impugnada, debiendo proceder la Administración demandada a la recalificación del suelo discutido en la forma que en su día interesó la parte actora, apreciándose la necesidad de reducción de los equipamientos comunitarios contemplados, y justificándose la sustitución operada en la consideración de que *“En el presente caso la sustitución operada por la sentencia de instancia viene impuesta por la realidad de los hechos recogidos en la propia Memoria del Plan General impugnado, en la que se reconoce, de una parte, que en*

A) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto.

B) Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas del planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así, SS. 22 septiembre y 15 diciembre 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24,1 de la Constitución— que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso” (FJ Séptimo)⁵⁴.

Vemos, por tanto, que las decisiones urbanísticas adoptadas discrecionalmente son sustituibles por los Tribunales, pero el verdadero núcleo de la discrecionalidad administrativa no es susceptible de sustitución judicial⁵⁵.

la zona Centro de la Ciudad —donde está ubicado el centro docente— existe superávit de puestos escolares, siendo las existentes superiores a las previsiones de futuro y, de otra, que el referido Plan adolece de módulos para el cálculo de las dotaciones escolares y así de la total superficie —38.348 m²— destinada a uso docente, a distribuir entre los trece centros existentes en el Sector de referencia, se impone a la Congregación recurrente una vinculación muy superior a la atribuida al resto de los centros” (FJ Tercero); y, STS de 16 de Marzo de 1993 (RJ 1993/1801), que si bien centrada en un supuesto de expropiación forzosa, recoge la doctrina indicada en el sentido de que “No debemos olvidar que la jurisprudencia ha declarado que la revisión jurisdiccional de la calificación urbanística contenida en un Plan de Ordenación alcanza la denominada «oportunidad técnica», esto es, permite que el control jurisdiccional se extienda a la solución técnica elegida por la Administración para la calificación de una finca dentro del Plan, de modo que esa solución técnica, en que se concreta la discrecionalidad administrativa, debe venir justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera, lo que comporta que, cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, los Tribunales deben sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes (SS 27-4-1983 (RJ 1983/2279) y 4-4-1988 (RJ 1988/2607))” (FJ Cuarto). A este respecto, más recientemente, pueden consultarse las SSTSJ de las Islas Canarias, de 3 de Abril de 2008 (JUR 2008/252109), de la Comunidad Valenciana, de 28 de Julio de 2009 (JUR 2009/4787), y, de Asturias, de 14 de Septiembre de 2009 (JUR 2009/479158).

⁵⁴ Como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en op. citada “Arbitrariedad y discrecionalidad”, Cuadernos Civitas, 1991, “... es enteramente lícito y, además y sobre todo, constitucionalmente obligado por exigencias inherentes a la efectividad de la tutela judicial que la Norma Fundamental garantiza, incluir en el fallo estimatorio el reconocimiento de los derechos del recurrente indebidamente hollados por el acto anulado y adoptar “cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento” de su situación jurídica anterior” (página 123).

⁵⁵ En este sentido concluye TOLOSA TRIBIÑO, César, sintetizando la doctrina recaída sobre la materia, en su obra “El uso del suelo. Planeamiento urbanístico e intervención administrativa”, Publicaciones Jurídicas DAPP, 2005. Cabe recordar, igualmente, a DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*”, editorial Aranzadi 1999, que en esta línea argumental, afirma que “como reconocen los propios tribunales, aunque la potestad de planeamiento tenga aspectos indudablemente reglados y aunque esté, en ocasiones, fuertemente condicionada por criterios y principios técnicos, existe

BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO BARRIO, Javier. “El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico”, Editorial Cívitas, S.A., 1993.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. “Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico”, Editorial Aranzadi, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Arbitrariedad y discrecionalidad”, Cuadernos Cívitas, 1991.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Manual de Derecho Urbanístico”, La Ley–El Consultor, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. “Leciones de Derecho Urbanístico”, Ed. Cívitas 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades de poder”, Cuadernos Cívitas 1989.
- JUNTA DE ANDALUCÍA. “Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía”. Coordinación: Eduardo Hinojosa Martínez y Nicolás González Deleito Domínguez. Editorial Cívitas S.A. 1996.
- LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, Jesús, “La nueva línea jurisprudencial sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento”. RDU núm. 241, Abril–Mayo 2008.
- PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso. “La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento”, RDU, núm. 146, 1996.
- RIVERO YSERN, José Luis. “Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el Urbanismo. Breve reseña jurisprudencial”, en “Discrecionalidad Administra-

un núcleo último de oportunidad, de discrecionalidad fuerte, que corresponde exclusivamente a la Administración y que supone la existencia de un ámbito de decisión reservado a la Administración y sujeto a criterios jurídicamente irrelevantes y, por tanto, no susceptible de control ni sustitución por los órganos judiciales” (pág. 349). La STS de 9 de Julio de 1991 (RJ 1991/5737), ponente Delgado Barrio, nos recuerda que “... es de destacar el carácter ampliamente discrecional del planeamiento –independientemente de que existan aspectos rigurosamente reglados–. Es cierto que el “genio expansivo del Estado de Derecho” ha ido alumbrando técnicas que permiten un control jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero aun así resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. Así las cosas, existen alegaciones de rigurosa y pura oportunidad que hechas ante la Administración en un trámite de información pública pueden dar lugar a que aquella modifique su criterio, en tanto que alegadas en la vía jurisdiccional pueden resultar inoperantes” (FJ Tercero). En el mismo sentido, preceden a la sentencia citada, entre otras muchas, las SSTs de 22 de Diciembre de 1986 (RJ 1987/1558), de 18 de Septiembre de 1987 (RJ 1987/7727), y de 30 de Enero de 1990 (RJ 1990/364).

tiva y Control Judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía”, editado por la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y por la Editorial Cívitas, S.A. 2006.

ROMERO REY, Carlos. “*Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico*”, RDU núm. 210, Junio 2004.

SEGOVIA ARROYO, José Antonio. “*Alcance de concretas determinaciones de la potestad urbanística en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia*”, RDU núm. 201, Abril–Mayo 2003.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. “*El control del planeamiento urbanístico*”, Editorial Cívitas, S.A, 1999.

La división en volúmenes de la propiedad pública en el ámbito urbanístico

María de los Ángeles Fernández Scagliusi.

Becaria de Investigación.
Universidad de Sevilla.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LAS OPERACIONES DE DIVISIÓN DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO. II. DIVISIÓN EN VOLÚMENES DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. III. VÍAS DE APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DIVIDIDA. 1. La división vertical de la propiedad demanial. 2. Aplicación práctica de la operación de “división en volúmenes”. A. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. B. La doctrina del Tribunal Supremo. 3. La exigencia de desafectación previa. ¿La división en volúmenes de la propiedad pública arrastra el régimen jurídico demanial?

RESUMEN:

El régimen jurídico de los bienes demaniales se ha caracterizado tradicionalmente por el mantenimiento riguroso de los dogmas que lo presiden: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Consecuentemente, esta clase de bienes se ha resguardado de todo acto que pudiera suponer la adquisición del bien o de cualquier derecho sobre el mismo por parte de un particular. Al considerarse, sin embargo, que el tráfico jurídico privado menoscaba la función pública de los bienes demaniales, sí se ha admitido la constitución de derechos de ocupación concedidos por la Administración en forma de autorizaciones y concesiones demaniales, que sólo ocasionan el nacimiento de derechos reales de carácter estrictamente administrativos que no contravienen el principio de inalienabilidad.

Frente a esta visión hiperprotectora del principio de inalienabilidad, surge la conveniencia de matizar sus efectos siempre y cuando —y esto es clave— el destino demanial al que están afectos los bienes no se vea perjudicado. Ahondando

en esta idea, el ordenamiento jurídico está virando hacia una tendencia favorable a admitir la constitución de derechos reales civiles a favor de particulares sobre el demanio. Debido a que, además, toda la protección otorgada a la propiedad pública obstaculiza ciertas operaciones urbanísticas en la órbita del urbanismo, se ha posibilitado un derecho real de uso de naturaleza enfiteútica: el derecho de superficie, cuya constitución no deja de plantear elementos problemáticos. Cuando este derecho de superficie grava el suelo o el subsuelo de una propiedad pública da lugar a la transmisión onerosa del dominio útil de esas parcelas divididas. Al cederse el derecho de propiedad pleno de las mismas se hace uso de la posibilidad prevista en el urbanismo de que la propiedad se estratifique en fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo o el subsuelo. Este fenómeno nos sitúa ante los supuestos de división en volúmenes de la propiedad, estratificación o segregación vertical de parcelas plenamente asumida por la legislación urbanística, cuyo análisis es objeto del presente trabajo.

Palabras clave:

Propiedad pública; régimen jurídico de los bienes demaniales; urbanismo; derecho de superficie; división en volúmenes; subsuelo; desafectación.

ABSTRACT:

Public property's legal system has been characterized by the strict maintenance of their dogmas. Consequently, this type of assets have been protected of acts that could suppose their acquisition or any right by an individual. However, providing that it has been considered that only private's traffic reduces the public duty, it has been accepted the establishment of rights of occupancy granted by the Administration in the form of authorizations and licenses, originating rights in rem strictly administrative.

Against this abstract point of view of the principle of inalienability, appears the convenience of qualifying their effects as long as the state-owned land target is not damaged. Expanding on this idea it has started a trend in favor of admitting the constitution of civil rights in rem for individuals. Due to all this protection, certain urban operations have been hindered and therefore it has enabled the division into volume of property, stratification or vertical segregation of parcels fully accepted by the planning legislation which is the subject of this article.

Key words:

Public property; public property's legal system; urbanism; rights in rem; division into volumes; underground.

I. INTRODUCCIÓN: LAS OPERACIONES DE DIVISIÓN DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO

El Derecho de las propiedades públicas está impregnado de influencia de la dogmática clásica, uno de cuyos postulados más asentados es que la mejor garantía para preservar la integridad de los bienes demaniales y garantizar su destino público es sustraerlos al tráfico jurídico-privado, de manera que ni la Administración ni los particulares pueden disponer libremente de los mismos mientras conserven ese carácter demanial.

Como efecto directo de esa concepción, en nuestro entorno jurídico nacional ha sido tradicional el mantenimiento riguroso de los dogmas que configuran el régimen jurídico exorbitante de los bienes demaniales: inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. El demanio está caracterizado por un régimen estricto que trata de mantener esos bienes, evitando negocios jurídicos que puedan perjudicarlos. El art. 132.1 de la Constitución se hace eco de esas tres notas básicas de protección del dominio público al afirmar: «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación». Asimismo, el art. 6 a) LPAP proclama que «la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad».

Aunque la Carta Magna no define lo que entiende por las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, estos conceptos, nacidos como mecanismos de protección se interpretan comúnmente de un modo consabido que, no obstante, conviene recordar¹.

En primer lugar, inalienable significa que no se puede realizar ningún acto traslativo del dominio público mientras los bienes tengan el carácter de dema-

¹ Sobre esta cuestión son de destacar los trabajos de CLAVERO ARÉVALO, M., «La inalienabilidad del dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 25, 1958; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», publicado en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; PAREJO GAMIR, R. y RODRÍGUEZ OLIVER, J.M., *Lecciones de dominio público*, ICAI, Madrid, 1976; y SAINZ MORENO, F., «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

niales. Cuando dicha regla se infringe, esto es, en los supuestos de transmisión de bienes demaniales a particulares, la consecuencia jurídica es la nulidad absoluta de los contratos de enajenación por falta de objeto². En segundo lugar, la imprescriptibilidad supone que los bienes de dominio público no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva y que no pueden perder su carácter público por el transcurso del tiempo. En otros términos, frente a la posibilidad de la adquisición de la propiedad de los bienes privados ajenos, incluso los patrimoniales de la Administración por quien los posee durante un cierto tiempo (arts. 1957 y 1959 del Código civil), los bienes de dominio público no pierden esa condición, ni la Administración su titularidad, cualquiera que fuese el tiempo de posesión por los particulares. En cuanto a sus efectos, esta regla impide no sólo la pérdida a favor de un particular de la titularidad total del bien demanial, sino también la pérdida de sus partes físicas o de parte de sus facultades jurídicas y, en consecuencia, tampoco pueden adquirirse por prescripción servidumbres sobre bienes de dominio público³. Finalmente, la regla referida a la inembargabilidad ocasiona la imposibilidad de que se dicte mandamiento de ejecución o providencia de embargo contra los bienes demaniales, evitando así quebrantar el interés general mediante la interrupción del uso o servicio público al que están afectos los bienes.

De esta manera, la Constitución coloca al dominio público en un régimen de total indisponibilidad, resguardándolo de todo acto consciente o inconsciente, directo o indirecto, que pueda suponer la adquisición del bien o de cualquier derecho sobre el mismo por parte de un particular⁴.

En este contexto, la regla de la inalienabilidad es entendida en el sentido más amplio y rígido posible, prohibiendo todo acto de disposición sobre el

² Como sostiene SAINZ MORENO, «El dominio público...» *op.cit.*, p. 506: «Las cosas inalienables están fuera del comercio de los hombres y, por consiguiente, no pueden ser objeto de contrato (art. 1271 del Código Civil). Su propietario no puede disponer de ellas, transmitiéndolas a otro, mientras conserven este carácter. (...) A diferencia de lo que sucede con los bienes patrimoniales, cuya enajenación está «prohibida» en tanto que no la autorice el órgano competente (arts. 61 y ss. de la Ley del Patrimonio del Estado), la enajenación de los bienes de dominio público es imposible jurídicamente en tanto conserven ese carácter. Su enajenación, por tanto, no constituye un negocio jurídico contrario a una prohibición o viciado de incompetencia, sino un negocio sin objeto posible (art. 1261.2, en relación con el 1271 del Código Civil (...)).»

³ CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 162-163.

⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Notas sobre el régimen general del dominio público» publicado en *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 81 y ss.

bien, tanto de la propiedad como de constitución sobre el mismo de derechos reales limitados de goce, de crédito y cualesquiera otras posibles cargas⁵.

Este impedimento de someter los bienes de dominio público a tráfico jurídico, colocándolos en una caja blindada que los resguarde de los negocios de Derecho privado fue explicado por MARTÍNEZ USEROS⁶ argumentando que el principio sustancial de la teoría del dominio público es la inalienabilidad por los procedimientos de Derecho privado, a causa del daño o peligro que pudieran causarle a la afectación o destino.

No obstante, dado que se considera que sólo el tráfico jurídico privado menoscaba la función pública de los bienes demaniales, no existe inconveniente en admitir que sí sean objeto de tráfico jurídico administrativo, consintiendo derechos de ocupación concedidos por la Administración en forma de autorizaciones y concesiones demaniales que ocasionan el nacimiento de derechos reales de carácter estrictamente administrativo (más precarios y limitados en sus efectos que los derechos reales de carácter civil). De las principales diferencias existentes entre los derechos reales administrativos y los derechos reales de carácter civil merecen ser destacadas las siguientes⁷:

En primer lugar, los derechos reales administrativos están siempre sujetos a plazo o término, mientras que los derechos reales civiles se caracterizan por su naturaleza perpetua. Por otro lado, los derechos reales administrativos sólo pueden ser adquiridos por título administrativo traslativo (concesión o autorización de uso especial), por lo que no son susceptibles de prescripción adquisi-

⁵ Esta visión absoluta del principio de inalienabilidad para garantizar la inseparabilidad de los bienes de la función pública y el mantenimiento de la titularidad administrativa fue explicada por CLAVERO ARÉVALO, M., en su obra «La inalienabilidad...», *op. cit.*, pp. 11 y ss., afirmando que: «La inseparabilidad de los bienes de su destino público constituye la meta y la razón de ser de la inalienabilidad. Sólo cuando el interés público exige tal separación, ésta se produce con la desafectación determinante del cese del dominio público y de la inalienabilidad. Pero la regla de la inalienabilidad no sólo protege la afectación a una función pública, sino que la protege de una manera específica y propia. Protege la afectación conservando la titularidad administrativa o pública de los bienes. (...) Reducir la inalienabilidad a la protección del mero goce o de la afectación, es admitir la validez de todas las transmisiones que no perjudiquen tal afectación. Ello supone negar la inalienabilidad del dominio público, porque la protección del uso y del goce administrativo se consigue con simples medidas de policía».

⁶ MARTÍNEZ USEROS, E., «Imprudencia de servidumbres sobre dominio público» publicado en el libro homenaje al profesor GARCÍA OVIEDO, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1954, pp. 137 a 176.

⁷ CARRILLO DONAIRE, J.A., *Las servidumbres... op. cit.*, pp. 163-167.

tiva. En cambio, los derechos reales civiles, como contemplan los arts. 1930 y 1940 del Código civil, sí pueden hacerlo. Otra característica diferenciadora entre ambas figuras es el carácter revocable de las concesiones y autorizaciones demaniales, del que deriva su falta de eficacia *erga omnes*. Los derechos reales, por su parte, sí pueden ser oponibles *erga omnes* ya que su carácter absoluto implica que los mismos puedan hacerse valer contra todos incluso coactivamente. Finalmente, el titular de la concesión o autorización no puede ejercer por el mismo y en nombre propio las acciones posesorias frente a perturbaciones de terceros; en cambio, frente a las lesiones o perturbaciones de terceros, el titular del derecho real civil tiene a su disposición las acciones posesorias.

Frente a la tradicional enunciación del principio de inalienabilidad del dominio público hiperbólica, surge la conveniencia de matizar sus efectos, dado que su pretensión esencial no es tanto la garantía de un régimen de apropiación⁸ como de destino. Si el destino demanial al que está afectado el bien no se ve perjudicado, el dogma de la inalienabilidad continúa cumpliendo su objetivo. La demanialidad pública debe limitar sus exigencias a rechazar sólo aquellas alienaciones que contraríen la afectación demanial. Como argumenta PAREJO ALFONSO⁹: «*Si el aseguramiento de la servicialidad de las cosas o los bienes al fin público puede producirse sin necesidad del sacrificio de su situación en el tráfico jurídico-privado, basta –conforme al ordenamiento en vigor, y según acredita el art. 33.2 de la Constitución y numerosa legislación ordinaria (la urbanística, la de costas, la de carreteras, etc.)–, bien con la delimitación jurídico-pública del contenido de los derechos reales, bien con la limitación del mismo o la imposición de servidumbres*».

Ahondando en esta idea, en los últimos tiempos se ha iniciado una tendencia en el ordenamiento jurídico favorable a admitir la constitución de derechos reales civiles a favor de particulares sobre el dominio público cuando su constitución no comprometa la afectación ni el destino público de estos bienes¹⁰.

⁸ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 227/1998, de 29 de diciembre, ha precisado que el significado de la institución jurídica del dominio público no es el de una forma específica de la apropiación. Al respecto, señala que la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión a través de unas reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. Así, el bien de dominio público es, ante todo, *res extra commercium*.

⁹ PAREJO ALFONSO, L., «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100–102, 1983.

¹⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Tomo I, Madrid, 2006.

El estado de las cosas va implantando esta orientación del ordenamiento, que pretende así reducir las limitaciones para los ocupantes privativos del dominio público que sustentan su derecho en una autorización o concesión demanial. Esta posibilidad de que algunas ocupaciones demaniales se basen en un título civil y no en un derecho real administrativo, junto a la limitación de la extensión de la demanialidad de la obra pública para aumentar la financiación privada de infraestructuras¹¹, han sido propuestas por la doctrina¹² ya que la extensión excesiva del régimen exorbitante del dominio público produjo consecuencias perjudiciales en la gestión y administración de los bienes demaniales, así como dificultades en el uso por terceros y una menor flexibilidad y rentabilidad en su gestión. En este contexto debe mencionarse el hecho que en otros países de nuestro ámbito jurídico¹³ y especialmente en Francia¹⁴, se haya reaccionado frente a la expansión excesiva del ámbito objetivo de la demanialidad pública y de su régimen jurídico.

¹¹ Como expresa CARRILLO DONAIRE, J.A., en su obra *Las servidumbres... op. cit.*: «La necesidad creciente de infraestructuras que demanda la sociedad contemporánea está siendo suplida por las Administraciones públicas acudiendo a fórmulas novedosas de ingeniería jurídica que permiten un alto grado de privatización de la construcción y explotación de bienes públicos. Esta colaboración público-privada, se conecta directamente, en el ámbito de la gestión patrimonial pública, con las nuevas modalidades contractuales que se sitúan en la órbita de las obras públicas y de la financiación privada de infraestructuras. Desde la perspectiva de la contratación, estas fórmulas se materializan en contratos atípicos que han conocido un gran desarrollo en la práctica, aunque ha de reconocerse que en este ámbito la legislación ha caminado muy por detrás de la realidad, lo que ha tenido que ser mitigado con la utilización sesgada y parcial de cláusulas generales y tipos contractuales de la contratación administrativa».

¹² PAREJO ALFONSO, L., en su trabajo «Dominio público...» *op. cit.*, p. 2401 señala: «En la actualidad, por tanto, es una pretensión absurda continuar poniendo en cuestión que sobre los bienes de dominio público recaen, al igual que sobre los que no lo son, verdaderos derechos reales y, desde luego, el pleno de la propiedad».

¹³ Véase BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, pp. 549 y ss. Y más reciente MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las "obligaciones de dominio público"», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003.

¹⁴ El autor que más incisivamente ha estudiado esta posibilidad es Yves GAUDEMET. De sus trabajos pueden verse: *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, *Rec. Dalloz Sirey*, 1978, pp. 293 y ss; *Les constructions en volume sur le domaine public*, *Cah. jur.élect. ed du gaz*, 1991, pp. 297 y ss; y *Division en volumes*, *Juris-Classeur, Droit Administratif*, fasc. 40, 2000. En esta misma línea véase YOLKA, Ph., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, París, 1997, pp. 392 y ss.

II. DIVISIÓN EN VOLÚMENES DE LA PROPIEDAD PÚBLICA EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

La posibilidad de dividir en volúmenes la propiedad pública debe tomar como punto de partida el hecho de que la afectación a una utilidad pública fija un régimen de protección especial del dominio público, dirigido al cumplimiento de sus exigencias, pero ceñido también a los requerimientos de la misma. Y es que la dogmática clásica ha formulado el principio de inalienabilidad otorgando a sus efectos la máxima amplitud posible. Se ha entendido dicha regla en un sentido absoluto y abstracto, perdiendo su origen funcional e instrumental y, consecuentemente, sus limitaciones. Según esta interpretación sumamente estricta de la regla de la inalienabilidad, no cabe constituir ningún tipo de derecho real sobre el dominio público. Sin embargo, esta rigidez tradicional no debe hacernos perder de vista la verdadera razón de ser del régimen demanial: la afectación a una finalidad pública. Debe tenerse en cuenta que la Constitución establece que el régimen jurídico de los bienes de dominio público se inspira en el principio de inalienabilidad, pero no obliga a que dicho principio se aplique de manera absoluta.

Por ello, salvaguardando el destino demanial del bien, no hay motivo para extender la demanialidad en sentido físico más allá de lo requerido por la afectación, es decir, siempre que la afectación no sufra se puede emplear la práctica de las “divisiones en volúmenes de la propiedad”, que implica la creación de distintas fincas mediante la división de las mismas: una superficiaria, de dominio público y otra, que, tras su desafectación, queda configurada como un bien patrimonial. No existe causa para mantener obligatoriamente la demanialidad del subsuelo y del vuelo, en los casos en que éstos no participan de la afectación pública que grava la superficie. Al considerar que la demanialidad de la superficie de un terreno conlleva también la demanialidad del vuelo y del subsuelo se manifiesta la confusión entre el concepto civil de accesión¹⁵ y el régimen exorbitante del dominio público que debería limitarse a las exigencias de la afectación y no extenderse sin justificación. Si en todo o parte del vuelo o subsuelo de un terreno demanial se ha perdido la finalidad pública o ésta no

¹⁵ Según la teoría civilista de la accesión, el propietario del suelo lo es también, en ausencia de título contrario, del subsuelo y del vuelo. Hay que recordar que el art. 350 del Código civil establece: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía».

es necesaria, no hay impedimentos para permitir la convivencia de dependencias demaniales y de propiedad privada sobre un mismo bien.

Como ha explicado GAUDEMET¹⁶:

«La demanialidad no representa tanto un régimen de apropiación como una realidad dominada por el concepto de afectación; afectación a una utilidad pública que determina un régimen de protección específico, orientado a las exigencias de dicha afectación, pero limitado también a los requerimientos de la misma. La demanialidad pública no es en puridad un régimen de propiedad, sino un régimen de Derecho público ligado a las exigencias del interés público, que tiene por ello —podría decirse— un carácter más funcional que real o patrimonial. Sin embargo, este dato básico es insuficientemente apreciado». Por ello, la orientación general de la futura evolución: «(...) debería recentrar el régimen jurídico-público del dominio público sobre el único elemento que justifica dicho régimen: la afectación de ciertos patrimonios públicos al servicio de utilidades públicas directas».

Este mismo autor expone¹⁷:

«El dominio público sólo se prolonga en volumen en la medida que la afectación lo requiera; es decir, los volúmenes superpuestos o subyacentes al dominio público no forman parte de éste si son indiferentes al fin o afectación a la que se destina la superficie o dependencia demanial en cuestión».

Esos volúmenes que no tienen por qué formar parte del dominio público pueden transmitirse y utilizarse para constituir fincas separadas, sirviendo para usos urbanísticos diferentes. De esta forma, si sobre el vuelo, el suelo o el subsuelo¹⁸, previamente desafectado, se admite que se constituyan derechos de su-

¹⁶ GAUDEMET, Y., «El futuro del Derecho de las propiedades públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, p. 14 (traducido por CARRILLO DONAIRE, J.A., de la versión original, titulada “*L’avenir du droit des propriétés publiques*”, publicada en los *Mélanges* en honor del Prof. François Terré, Paris, 1999).

¹⁷ GAUDEMET, Y., «El futuro del Derecho...» *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ Conviene precisar que son varias las posturas sobre la delimitación del subsuelo. La doctrina y la jurisprudencia mantienen que sea el interés del propietario el elemento determinante de la titularidad del suelo. Así, NIETO GARCÍA, A., explica en su obra «El subsuelo urbanístico», publicado en el libro *Derecho Urbanístico Local*, Civitas, Madrid, 1992, que en Derecho español se ha acogido la teoría del interés desarrollada por IHERING, conforme a la cual el suelo llega hasta donde llega el interés de su aprovechamiento, y en el punto en que termina ese interés empieza el subsuelo. Por ello, como argumenta ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos...op. cit.*, p. 66 y ss., «Más allá de ese interés el titular del terreno no tiene derecho a oponerse a su uti-

perficie o que se transmita el derecho de propiedad pleno, se está favoreciendo la financiación privada de las inversiones sobre el dominio público. En otros términos, se posibilita una mayor “rentabilización” o “valorización” de los bienes demaniales que proporciona expectativas más sólidas y fiables a las inversiones privadas para la construcción y gestión de obras públicas, y fortalece los derechos de los ocupantes privativos del dominio público. Asimismo, al contener la expansión de la demanialidad, sin que la misma se hipertrofie, se facilitan las operaciones de financiación privada de infraestructuras.

La cuestión no deja de ser, sin embargo, conflictiva. La constitución de derechos reales sobre el dominio público y más aún la operación de división en volúmenes de la propiedad demanial deben racionalizarse y regularse porque en caso contrario existe riesgo de dañar gravemente la afectación. El uso desmedido y descontrolado de estas prácticas puede chocar con las exigencias del principio de inalienabilidad. El régimen demanial debe ser aplicado con cautela para no perder su razón de ser. Por ello, si bien es cierto que se deben matizar sus consecuencias, también lo es que la afectación originaria que cumplen los bienes no tiene que ser perjudicada. La teoría general del dominio público necesita dulcificarse y la posibilidad de estratificar los volúmenes de la propiedad es una manifestación de dicha flexibilización. Como límite infranqueable, esta técnica no podrá admitirse cuando contraríe la afectación.

Este régimen hiperproteccionista de la propiedad pública obstaculiza ciertas operaciones urbanísticas. Por este motivo, en la órbita del urbanismo se ha posibilitado un derecho real de uso de naturaleza enfiteútica, construido en torno al derecho de superficie. Sin embargo, la constitución del mismo sobre el dominio público no deja de ser una cuestión problemática, dado el impedimento de gravar los bienes demaniales con derechos reales civiles que trae como consecuencia el principio de inalienabilidad.

El derecho real de superficie es un instrumento característico utilizado por la Administración para ceder suelo a los particulares, consiguiendo la edifica-

lización por parte de las Administraciones Públicas». No obstante, él critica la adopción del criterio del interés del propietario como elemento definidor del subsuelo apropiable por el titular del suelo. «El criterio del interés depende de dos factores: de la voluntad del propietario y del estado de la técnica en cada momento concreto, lo que genera gran incertidumbre e inseguridad jurídica. Más aún, tras el concepto constitucional del derecho de propiedad, hay que entender que la extensión vertical del subsuelo alcanza hasta donde marca el planeamiento. Pero, en todo caso, hasta donde sea imprescindible para garantizar el uso que el planeamiento da al suelo. No hay que olvidar que el derecho de un propietario sobre un garaje subterráneo es una atribución del planeamiento».

ción sin perder la propiedad. La legislación urbanística se ha encargado de regular este derecho, pero no lo ha creado. En efecto, la institución existía anteriormente, a pesar de no contar con una identificación sistemática ni con una clara regulación legal. Desde la elaboración del Código civil el art. 1655 dispone que los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga, que se establezcan desde la promulgación del mismo, cuando sean por tiempo indefinido, se registrarán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteutico. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido considerando que entre los «gravámenes de naturaleza análoga» estaba implícitamente incluido el derecho de superficie y que el mismo es una variedad del censo enfiteutico¹⁹.

Como establecen los arts. 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLRHL) se atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. El derecho de superficie produce una derogación del principio de accesión debido a que lo que se incorpora a la finca a partir de dicho momento ya no pasa a ser propiedad del *dominus soli*. A la extinción del mismo, por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que se deba satisfacer indemnización alguna, cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho.

Como ha apuntado el Tribunal Supremo, el derecho de superficie puede constituirse sobre el suelo, el vuelo y el subsuelo. De este modo, el derecho de superficie invertido, a través del cual se puede construir en el subsuelo, bien de forma independiente a la construcción sobre el suelo, bien a la par y con base en el mismo derecho²⁰, se configura como una de las posibilidades jurídicas para conseguir la transmisión onerosa del dominio útil de parcelas ubicadas en

¹⁹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 2005, aclaran que cuando la superficie se constituye por tiempo indefinido su analogía con el censo llevará a estimar que sobre el suelo se ha operado la división del dominio. Asimismo, DÍEZ PICAZO, L., en su obra *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol. III*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008 explica la larga y lenta evolución de la enfiteusis en la que encuentra su origen el derecho de superficie.

²⁰ ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos en el subsuelo municipal urbano*, Iustel, Madrid, 2007, p. 124. Al respecto, este autor señala que: «En caso de que el suelo sea un bien de dominio público y, por tanto, inalienable, para poder constituir un derecho real limitado sobre el mismo de duración indefinida, previamente debería desafectarse y convertirse en bien patrimonial. Pero en caso de que su duración se limite en el tiempo hay autores que opinan que podría constituirse sobre el dominio público».

el subsuelo en régimen de propiedad dividida. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha transmisión onerosa puede también efectuarse cediendo el derecho de propiedad pleno sobre la cosa y, por tanto, sin necesidad de constituir un derecho real de uso de naturaleza enfiteútica. Esta posibilidad, es decir, la cesión del dominio de parcelas ubicadas en el subsuelo refleja la posibilidad, prevista en el urbanismo, de que la propiedad se divida verticalmente para formar fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo o el subsuelo; situándonos, consecuentemente, ante los supuestos de división en volúmenes de la propiedad, estratificación o segregación vertical de parcelas, plenamente asumida por la legislación urbanística²¹. Esta técnica, que da lugar a la creación de fincas separadas y autónomas mediante la división de las mismas, una superficiaria de dominio público y una convertida, tras su desafectación, en bien patrimonial es la cuestión de la que nos ocuparemos a continuación.

III. VÍAS DE APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DIVIDIDA

1. La división vertical de la propiedad demanial

La necesidad creciente de infraestructuras que demanda la sociedad, el incremento de espacios públicos y la consiguiente presión sobre la ordenación del suelo y el subsuelo urbano²² han originado fenómenos de división en volúmenes de la propiedad pública; en un intento de favorecer fórmulas novedosas

²¹ Hay que decir que las normas urbanísticas pueden consentir distintos usos para el suelo y el subsuelo, previa desafectación de este último, siempre que no exista contradicción con el planeamiento y se obtenga la licencia urbanística oportuna. Concretamente, es el art. 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLR) el que admite la posibilidad de dividir verticalmente la propiedad para constituir fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo o el subsuelo, de manera que en cualquiera de ellas puedan existir parcelas con edificabilidad y uso urbanístico independiente.

²² Como bien indica LÓPEZ PULIDO, J.P., en su trabajo «La ordenación del subsuelo urbano», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 278, 1998, p. 59: «Cada vez más y no sólo por aspectos demográficos, sino derivados de nuestro tejido industrial, comercial y viario, las ciudades reconducen su crecimiento urbanístico, por la falta y encarecimiento de los terrenos. Así, no son sólo los aparcamientos, bajo terrenos públicos y privados, los que son parte de nuestro entorno suburbano, con las galerías de servicios, sino que también existen vías bajo rasante para vehículos, que completan las redes de comunicaciones viarias con las de ferrocarriles, suburbanos o no. También ha pasado a formar parte de nuestro entorno la existencia de grandes superficies comerciales con plantas bajo rasante (aunque los exponentes más claros sean *Les Halles* y *La Défense* de París, también en nuestro país se dan)».

de financiación y gestión privada de obras públicas y de técnicas jurídicas que superen las dificultades ocasionadas por los instrumentos del dominio público, pero sin menoscabar los requerimientos del uso y del servicio público²³. El subsuelo urbano, que puede aprovecharse mejor gracias a los grandes progresos de la técnica, es capaz de ser utilizado para muy variados usos y solucionar así muchos problemas urbanos concentrados en la superficie²⁴.

La división en volúmenes de la propiedad demanial o segregación vertical de parcelas es la estratificación de la propiedad que implica la creación de fincas separadas y autónomas mediante la división de las mismas: una, la superficiaria, de dominio público y una segunda que, tras su desafectación, se convierte en bien patrimonial. Sobre y debajo de la superficie se configuran objetos de derecho diferentes, susceptibles de titularidad diferenciada. Esta técnica, que permite nuevos aprovechamientos aptos para ser ejecutados sobre el terreno en sentido vertical sin afectar el destino o utilidad pública, ha sido objeto de una larga evolución histórica. Debe tenerse en cuenta que el problema de la determinación de la extensión de la propiedad en sentido vertical se ha resuelto, en un primer momento, acudiendo simplemente al art. 350 del Código civil y al viejo aforismo de *cuis est solum eius est usque ad sidera (aut ad coelum), usque ad inferos*, por lo que el dominio del propietario del suelo sobre el subsuelo se consideraba ilimitado, se extendía en profundidad indefinidamente, es decir, el fundo, la finca, se delimitaba verticalmente (en la terminología tradicional, hasta el cielo y los infiernos)²⁵. La doctrina nunca ha aceptado bien este principio²⁶ y el Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la necesidad

²³ En este sentido, ARNAU ESTELLER A.J., *Los aparcamientos... op. cit.*, p. 125.

²⁴ ALEGRE ÁVILA, J.M., *Subsuelo: hecho y derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del régimen jurídico del subsuelo*, Thomson. Aranzadi, Ávila, 2008. Asimismo, NOGUERA DE LA MUELA, B., *El subsuelo. Tramos urbanos y estaciones*, publicado en *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio* (coordinado por MONTORO CHINER, M.J.), Cedecs, Barcelona, 1999.

²⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil español, vol.III, Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010. y CASTÁN TOBEÑAS, J., «La propiedad y sus problemas actuales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XLV, 1962, pp. 451 y ss.

²⁶ Es interesante la reflexión al respecto de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico. La propiedad urbanística del suelo, el suelo y el subsuelo*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 127: «Es general también en la doctrina española, lo mismo que en la extranjera, el rechazo del manido aforismo medieval «usque ad sidera, usque ad inferos», que, sin embargo, como ocurre siempre con los tópicos gratos al oído y favorables al propio interés, sigue firmemente arraigado en las conciencias de los propietarios, lo que «hic et nunc» es tanto como decir de la sociedad entera, porque quienes no lo son están muy lejos de haber renunciado a la posibilidad de serlo y operan, por lo tanto, con los mismos esquemas».

de mantener una interpretación restrictiva del mismo²⁷; aunque lo cierto es que, a pesar de ello y de que el poder jurídico que ejerce el propietario sobre su terreno haya sido limitado espacialmente como consecuencia de la función social a la que se adscriben los predios, «la vieja sombra del aforismo medieval, tan arraigada en nuestra mentalidad, sigue ejerciendo su influencia», tal y como ha concluido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁸.

La Administración acude a la interpretación clásica del art. 350 del Código civil, aplicando el régimen demanial no sólo a la superficie, sino también al subsuelo y al vuelo para garantizarse la libre disponibilidad de toda la propiedad, como si la misma se extendiera en profundidad ilimitadamente. En consonancia con esta concepción amplia de la propiedad, la afectación de los bienes demaniales también padece tal amplitud. En efecto, tradicionalmente, se ha considerado que la mejor forma para que los bienes demaniales satisfagan la función que, mediante la afectación, estaban llamados a cumplir, era resguardarlos de posibles negocios jurídicos que puedan perjudicarlos. Por este motivo, el uso privativo del demanio sólo se ha permitido mediante autorizaciones y concesiones demaniales. Las prohibiciones de disposición sobre el bien, para la doctrina clásica, alcanzan no sólo a la propiedad, sino a la constitución de cualesquiera posibles cargas; razón por la cual los bienes demaniales únicamente podían ser objeto de tráfico-jurídico administrativo y no civil²⁹. Los derechos de utilización privativa de bienes de dominio público

²⁷ Puede citarse, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a) de 3 de abril de 1984 –R/7 1924– que aclara: «si bien es cierto que el art. 350 del Código civil está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados, de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es claro exponente el art. 569 del C. Civ. las que han de tender a suavizarse, la interpretación del precepto, sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados proteccionismos, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, (...) cuando la realidad probada acredita que ningún perjuicio ha sufrido el actor como consecuencia de la inmisión, el que a la vista de su resultado, no puede pretender la tutela del precepto, lo que supondría una aplicación del mismo amparadora de situación que traspasa considerablemente el interés protegible del dueño, con merma de las normales relaciones de vecindad y convivencia».

²⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico... op.cit.*, p. 144.

²⁹ El primero en construir teóricamente la idea hoy generalizada en la doctrina, fue DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 23, 1971.

tienen en todo caso naturaleza jurídica administrativa y precisan de un título administrativo habilitante, ya sea una autorización o, en los supuestos de mayor relieve, una concesión demanial³⁰.

Por ello, para posibilitar la explotación de los bienes demaniales por parte de los particulares, dentro de un régimen de vigilancia administrativa que garantice el cumplimiento de la utilidad pública, se configura la concesión demanial. La misma puede definirse como una figura jurídica de derecho administrativo que permite la explotación por particulares determinados (concesionarios) de bienes de dominio público (por estar afectos al servicio público)³¹, en la que la actividad del concesionario se desarrolla, bajo la tutela administrativa de la Administración titular de los bienes afectos, con la finalidad de garantizar la protección del uso de aquellos bienes, que deberá realizarse de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas generales y particulares que regulen la concesión³². En definitiva, esta figura jurídica consiste en la posibilidad de que la Administración pública permita la utilización parcial y temporal del dominio público, con carácter exclusivo y a cambio de un canon que debe satisfacer el concesionario. Entre la Administración concedente y el concesionario surge la relación concesional, regulada en el título por el que se otorga el derecho. Como consecuencia de esta situación concesional, el concesionario queda facultado para el aprovechamiento de los bienes demaniales, en las condiciones que establezca el título concesional. Las principales características de su régimen jurídico son su otorgamiento en régimen de concurrencia y su adjudicación que debe formalizarse en documento administrativo (art. 93.1 LPAP); su duración máxima que no puede exceder de 75 años (art. 93.3 LPAP); el canon que debe abonar el concesionario por la ocupación del dominio público (art. 93.4 LPAP); su transmisibilidad (art. 98 LPAP) y la demolición de las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial que debe llevarse a cabo cuando se extinga la concesión demanial (art. 101 LPAP) y constitución de un derecho real sobre las otras.

³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 748.

³¹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Alcance y delimitación del contrato de concesión de obra pública: connotaciones y características en la realización de las infraestructuras del transporte», I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI, Castellón de la Plana, 4-6 mayo 2004 (coordinado por MARTÍNEZ SÁNZ, F. y PETIT-LAVALL, M.V.).

³² GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos municipales. Nuevo régimen jurídico*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2004, pp. 319-320.

Ampliando las posibilidades de utilización privativa del demanio aparece el Derecho urbanístico. El urbanismo comporta un cambio al sistema jurídico tradicional que restringía el régimen de uso privativo del subsuelo bajo suelo de dominio público a la figura jurídico-administrativa de la concesión, ya que se puede ahora optar entre regímenes diferentes y figuras jurídicas posibles³³. En este sentido y avanzando en las modalidades de ocupación, el urbanismo permitió la segregación vertical de parcelas mediante el derecho de superficie, que aporta numerosas ventajas. El derecho de superficie que recae sobre una finca ajena o parte de ella origina facultades de uso, goce y disfrute con la extensión e intensidad del propietario. Al utilizar esta institución, la Administración pública no ejerce una vigilancia directa, sino que sólo impone condiciones que aseguren la reversión de la edificación. Como hemos indicado, el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Quiere decirse que tanto la transmisión en régimen de derecho de superficie como la concesión administrativa generan una titularidad temporal y sujeta a reversión; sin embargo, la concesión demanial no constituye un derecho real civil ni engendra régimen de división de la propiedad. Así, las diferencias permiten ver que con la constitución del derecho de superficie, el aprovechamiento de esos bienes demaniales por parte de los particulares se asemeja más al de los bienes privados.

En este orden de consideraciones, puede afirmarse que el derecho de superficie permite, de manera temporal³⁴, la cesión del dominio útil de parcelas ubicadas en el vuelo³⁵ o en el subsuelo. La posible cesión del dominio útil que

³³ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos... op.cit.*, pp.108-109.

³⁴ El TRLS ha establecido la naturaleza temporal del derecho de superficie (su duración máxima es de 99 años), por lo que, finalizado el plazo, se reconsolidan la propiedad, revirtiendo las obras y el dominio útil a favor del nudo propietario.

³⁵ Hay autores que, por el contrario, defienden la distinción entre el derecho de vuelo y el derecho de superficie. Entre ellos, ARNAIZ EREGUREN, R., *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 118-119, precisa que: «si bien ambas figuras jurídicas se sitúan en el ámbito de los problemas jurídicos que plantea la división de los inmuebles en espacios cúbicos definidos en la proyección vertical de la finca, lo que da lugar a una cierta parificación normativa en su tratamiento, tal y como resulta de la redacción del art. 16.1 del Reglamento Hipotecario, las diferencias entre una y otra son profundas. En efecto:

El derecho de superficie, tiene como finalidad propia, la de permitir la enajenación temporal de una pars domini, de tal forma que el derecho transmitido revierta inexcusablemente a su titular transcurrido el plazo previsto en su constitución. Por el contrario, el derecho de levante o de vuelo supone la transmisión o la reserva para su titular de la facultad de edificar en nombre propia una parte concreta y determinada de la finca ajena.

permite el derecho de superficie se diferencia de la transmisión o cesión del derecho de propiedad pleno de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo de bienes de dominio público, por dicha naturaleza temporal que caracteriza al primero y la correspondiente reversión cuando finaliza su plazo.

Es dicha cesión del derecho de propiedad de terrenos ubicados en el vuelo o subsuelo la que origina la estratificación o división en volúmenes de la propiedad pública, esto es, la independencia total del subsuelo y del vuelo respecto de la finca de la que forman parte los anteriores.

Este tipo de operaciones se encuentran amparadas en el art. 17 del TRLS. El art. 17, contenido en el Título II “Bases del régimen del suelo”, define en primer lugar los conceptos de finca y de parcela, para aclarar, a continuación, que la propiedad puede dividirse verticalmente con el objeto de constituir fincas separadas en la superficie o rasante, el vuelo³⁶ o subsuelo y que sobre cualquiera de ellas cabe constituir parcelas con edificabilidad y uso urbanístico independiente e inscribirse como tales. La inscripción en el Registro de la Propiedad, previa escritura notarial de segregación, se hará de acuerdo con lo establecido en el art. 8.3³⁷ de la Ley Hipotecaria, al que se remite el art. 16.2³⁸ de su Reglamento, para las transmisiones de construcciones bajo el suelo sin constituir derecho de superficie.

El derecho de levante culmina inevitablemente en la constitución de la propiedad horizontal, en cualquiera de sus modalidades, entre su titular y el del dominio del resto del espacio edificable de la finca que constituye su objeto. El derecho de superficie es, en sí mismo, susceptible de organización en propiedad horizontal, si bien el derecho exclusivo a los elementos de atribución privativa y el derecho compartido sobre los elementos comunes se limitará a la propiedad superficiaria, con exclusión del dominio residual del concedente, denominado gráficamente en la Ley titular del Suelo, aunque, en realidad la noción física de éste llegue a desaparecer en tanto dure la titularidad superficiaria».

³⁶ Es interesante destacar que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de mayo de 2010, –*JUR* 162055– aclara que: «el derecho de vuelo o sobreelevación es una manifestación del más general derecho de superficie, cuya regulación fragmentaria y dispersa, se encuentra en la legislación urbanística y sobre todo en el art. 16 del Reglamento Hipotecario».

³⁷ El art. 8.3 de la Ley Hipotecaria afirma que se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

³⁸ El art. 16.2 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria señala: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del art. 8 de la Ley y sus concordantes».

No obstante lo anterior, hay autores que consideran que de la regulación incorporada al art. 17 se desprende que el subsuelo es una porción integrante del dominio del suelo o terreno³⁹. Así, defienden que la Ley del Suelo confirma la tesis sostenida por una línea jurisprudencial según la cual el suelo y el subsuelo son una única cosa, y que de sus artículos se desprende claramente que el subsuelo es parte integrante del derecho de dominio del propietario del terreno.

2. Aplicación práctica de la operación de “división en volúmenes”

A. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Aunque el supuesto de estratificación de la propiedad fue introducido por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), ya en su resolución de 5 de abril de 2002 (BOE núm. 129, de 30 de mayo), se refiere a la segregación respecto de una finca de un aparcamiento subterráneo y las dificultades que para el Registro comporta la constitución como finca independiente, en un volumen absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte. La principal novedad que introduce esta resolución es la posibilidad de otorgar un uso privativo al subsuelo no sólo a través de un derecho de ocupación administrativo como la concesión demanial, sino mediante la desafectación del mismo. De esta manera, ratifica la oportunidad de alterar la calificación jurídica del subsuelo, que se convierte en bien patrimonial, conservando la calificación jurídica del suelo que continúa siendo demanial.

³⁹ ALEGRE ÁVILA, J.M., explica en su obra *Subsuelo: hecho y derecho... op. cit.*, pp. 89 y ss que: «Al hilo de la regulación de concretas instituciones, el subsuelo se incorpora al corpus urbanístico de la propiedad inmueble en tanto que noción integrante del derecho de dominio del propietario del suelo o terreno. Así se desprende de manera inequívoca de la regulación incorporada a los arts. 17 («Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas») y 35 y 36, relativos al derecho de superficie. (...) Una idea, la del subsuelo situado debajo de los terrenos de dominio público como dominio público, requirente, en caso de constitución de un complejo inmobiliario con fincas de dominio privado, de la previa y necesaria desafectación, que es el corolario de la consideración de aquél, el subsuelo, como integrante o componente del derecho de propiedad del dominio del suelo o terreno». Por su parte, ARNAU ESTELLER, A. J., *Los aparcamientos... op. cit.*, p.68 también entiende que la nueva Ley del suelo se suma a la postura sostenida por la jurisprudencia (SSTS de 1 de diciembre de 1987 y de 13 de diciembre de 1988), según la cual el suelo y el subsuelo son una única cosa.

Al respecto la DGRN afirma que

«Cabe que el subsuelo tenga un destino diferente del suelo y que pertenezcan a distintos titulares, siendo frecuentes aparcamientos construidos debajo de zonas de recreo en virtud de una reserva del subsuelo por el promotor que cedió la zona de dominio público. La posibilidad de desdoblamiento de titularidad pública del suelo y privada del subsuelo se pone de manifiesto en los procedimientos de expropiación forzosa, en la que el titular del suelo expropiado puede reservarse la facultad de construir bajo tierra siempre que el fin expropiatorio no sea incompatible con la indicada reserva».

Tras admitir esta operación de división vertical de parcelas, la citada resolución se centra en la interpretación de los preceptos del Código civil relativos a la propiedad y a la accesión. Sobre los mismos, declara que la concepción liberal del dominio, resumida en el viejo aforismo romano *«usque ad sidera usque ad inferos»*, se ha visto matizada por la legislación especial y no se corresponde con la configuración del derecho de propiedad contenida en la Constitución⁴⁰. En la delimitación del derecho de propiedad, deben tenerse en cuenta la función social, que delimita intrínsecamente su extensión, y aquellas leyes cuyo objeto es la determinación de las facultades del propietario como ocurre en materia urbanística.

Refiriéndose a los requisitos necesarios para la operación que la DGRN permite a los usos diversos que pueden otorgarse al suelo y al subsuelo, ésta señala:

«Las normas urbanísticas pueden permitir un uso para el subsuelo distinto del correspondiente al suelo. Para ello, será premisa indispensable que tal posibilidad no sea contradictoria con el planeamiento, y que si los terrenos inicialmente eran dotacionales públicos, se cumplan los requisitos legales en orden a la desafectación como bien demanial del subsuelo para su configuración como bien patrimonial. Por supuesto, será precisa además la correspondiente licencia urbanística, que no es sino el acto administrativo mediante el cual adquiere

⁴⁰ En relación con la configuración del derecho de propiedad realizado por la Constitución, la resolución explica que el dominio no se configura como un derecho ilimitado y unitario, en el que sólo por ley cabe restricciones a su contenido, sino que por el contrario la función social de la propiedad delimita intrínsecamente su extensión. El aforismo *«usque ad sidera usque ad inferos»* referido a los derechos del propietario, cede frente al superior principio de la función social de la propiedad, de manera que además de las leyes especiales limitativas deben tenerse en cuenta aquellas otras cuyo objeto es la delimitación de las facultades del propietario, como ocurre en materia urbanística.

efectividad la posibilidad de ocupación, aprovechamiento o uso de un suelo determinado, previa concreción de lo establecido al respecto por las leyes, planes de ordenación y demás normativa urbanística».

En otros términos, quiere decirse que, cumpliendo con las exigencias de desafectación del volumen extraído al dominio público, licencia urbanística y respeto a lo establecido por el planeamiento, un uso privativo del subsuelo no tiene por qué perjudicar o mermar el carácter demanial del suelo y el servicio o uso público al que estuviera destinado⁴¹. Por este motivo, el fundamento de derecho sexto concluye:

«(...) si cabe una desafectación total de los bienes demaniales, siguiendo los trámites legales, también cabrá una desafectación parcial que es la que va implícita en los acuerdos municipales dirigidos a configurar como bien patrimonial el subsuelo (habrá que entender que abarcaría una alienabilidad parcial del suelo a que se refiere el registrador en su nota, derivada de los accesos a la zona pública desde el subsuelo y de la configuración del complejo inmobiliario, y cuantas otras limitaciones pudieran derivarse de la configuración como finca autónoma del subsuelo)».

El mecanismo registral para la inscripción en el Registro de la Propiedad, como fincas independientes, se hace mediante la apertura de folio autónomo de la unidad subterránea constituida por el volumen de subsuelo configurado como bien patrimonial, previa resolución del correspondiente expediente de desafectación por el que el volumen queda desmembrado del suelo demanial, de acuerdo con los principios y reglas contenidas en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al

⁴¹ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos...op. cit.*, pp. 110-111 se centra en el análisis de esta Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 y aclara que la citada resolución «resuelve la convivencia entre dominio público del suelo y patrimonial del subsuelo mediante la división en propiedad horizontal, por la figura jurídico-civil del complejo inmobiliario y la inscripción en el Registro de la Propiedad del aparcamiento a construir en el subsuelo de terrenos de dominio público y uso público, para su venta en pleno dominio a particulares de plazas de garajes individuales, con la condición que:

–Cumplan con los requisitos administrativos exigidos por el doble destino especial que van a tener los terrenos, es decir: de dominio público en superficie, sin menoscabo del uso o servicio público al que el suelo está destinado; y como aparcamiento privado en el subsuelo.

–Sea posible la desafectación de un espacio cúbico, que por ello, deberá estar perfectamente delimitado y permitir su uso independiente con un valor económico propio.

–No se modifique el uso o zonificación establecida en el planeamiento general, entendiéndose que las operaciones realizadas en el subsuelo de una finca pública en nada afectan su uso público».

Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la propiedad de actos de naturaleza urbanística. En el folio abierto, debe hacerse constar tal desafectación del subsuelo, por lo que existe una pluralidad de fincas inmatrimoniales o registrales desde el momento en que se abre folio propio al suelo patrimonial. El punto de conexión existente entre fincas y titulares determina el otorgamiento del complejo inmobiliario⁴².

La resolución de 26 de febrero de 2007 también confirma la posibilidad de inscribir separadamente el suelo y el subsuelo de un terreno, quedando el primero bajo titularidad pública y el segundo bajo titularidad patrimonial privada. A pesar de que en este supuesto la inscripción⁴³ es desestimada, la DGRN sostiene que no existen obstáculos “estructurales” en nuestro ordenamiento jurídico para la configuración de un régimen distinto al suelo y al subsuelo. En este caso se avanza incluso más ya que se admite la simple segregación del volumen subterráneo, sin acudir a la figura del conjunto inmobiliario⁴⁴.

⁴² Como aclara ARNAIZ ERENGUREN, R., *Algunas consideraciones... op. cit.*, p. 50, el complejo inmobiliario «parte de la base de que determinadas unidades inmobiliarias son susceptibles de organizarse de modo que sea posible distinguir en ellas superficies o espacios cúbicos edificables en forma independizada, y en fases temporales diferentes, que se atribuyen a distintos titulares en régimen de dominio exclusivo, y elementos comunes, cuya titularidad ha de corresponder, bajo el sistema de atribución «propter rem» y en cuotas porcentuales, a quienes ostenten la propiedad de los primeros». Y continúa en la p. 53: «El conjunto inmobiliario (...) resulta a veces de inevitable creación, sobre todo en aquellos casos en que la técnica constructiva permite la superposición vertical de diferentes elementos edificados o urbanizados, de los cuales algunos se destinan al uso general, o incluso a su cesión en calidad de bienes demaniales, como ocurre con redes viarias que atraviesan la edificación privada o con espacios ajardinados que se sitúan encima de la edificación existente».

⁴³ La resolución de 26 de febrero de 2007 comparte los criterios establecidos en la resolución de 5 de abril. Sin embargo, no admite la posibilidad de disgregar el suelo y el subsuelo (quedando el primero bajo titularidad pública, y el segundo bajo titularidad patrimonial privada), ya que no queda claro si se quiere segregar totalmente un volumen subterráneo para configurar una finca totalmente independiente del suelo-vuelo, o si se pretende –dentro de la misma finca física– tan sólo el desdoblamiento del régimen jurídico del suelo-vuelo y subsuelo. En el primer caso se hace necesario una operación de modificación hipotecaria, la segregación, previa licencia administrativa correspondiente y con especificación clara del volumen edificable subterráneo que se segrega y se va a configurar como finca totalmente independiente. En el segundo caso, si se pretende un mero desdoblamiento del régimen jurídico del suelo-vuelo y subsuelo, pero sin segregación material de un volumen determinado, es necesario articular las relaciones entre el suelo y el vuelo público y subsuelo privado, a través de la técnica de la división horizontal aplicable a los complejos inmobiliarios, por existir cuando menos un elemento común entre el suelo y el subsuelo, que es precisamente la línea de separación entre uno y otro, normalmente a través de un forjado.

⁴⁴ Precisamente, la constitución del complejo inmobiliario y la regulación que debe hacerse constar de las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial es la que lleva a PACELLI-LANZAS

B. La doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también admite el deslinde del uso del subsuelo y de la superficie. Entre ellas, la sentencia de 6 de octubre de 2003 –R⁷ 7070–, referida a la construcción de un aparcamiento en el subsuelo de un terreno destinado a jardín público, concluye: *«La construcción de un aparcamiento en el subsuelo del jardín urbano objeto del litigio es un uso compatible con que el suelo continúe destinándose a su finalidad de jardín urbano (...); los usos que se realizan en el subsuelo no afectan en modo alguno a la finalidad que resulta propia de la calificación urbanística de la finca. Además, la lógica impone entender que un aparcamiento subterráneo no impide ni menoscaba el uso del jardín público existente sobre él, siendo en cambio estos aparcamientos especialmente necesarios en las grandes ciudades»*.

Y son varias las sentencias que reconocen que en nada queda perjudicado el destino público del suelo por el hecho de que el subsuelo sea objeto de aprovechamiento privativo, negando incluso el derecho de reversión de los terrenos en caso de que hubieran sido expropiados. Por ejemplo, la sentencia de 1 de diciembre de 1987 –R⁷ 9268–, referida a un supuesto de concesión administrativa, niega la existencia de porción sobrante en una expropiación del subsuelo existente bajo aquéllos y reconoce que el aprovechamiento del subsuelo de una plaza pública por parte de la Corporación Municipal es una facultad que le pertenece como titular del dominio público sobre la misma, por lo que si la superficie ocupada por los inmuebles expropiados sigue cumpliendo con el mismo fin que determinó su afectación, no puede existir derecho de reversión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 –R⁷ 9958– también niega el derecho de reversión instado como consecuencia de

MARTÍN, E., en su artículo «Segregación de volúmenes subterráneos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007, a afirmar que en la resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002 no se distorsionan los principios hipotecarios. Por el contrario, sostiene este autor que la resolución de 26 de febrero de 2007, al exigir únicamente el cumplimiento de dos requisitos: se describa convenientemente la nueva finca o volumen subterráneo y se acredite la obtención de la preceptiva licencia municipal de segregación, los perturba claramente. Así, *«Admitir que se pueda segregar de una finca preexistente, no una superficie de terreno, sino una parte de su subsuelo o, más concretamente, un determinado volumen subterráneo para crear una nueva finca registral independiente supone una perturbación de los principios rectores de nuestro sistema hipotecario, ya que implica admitir que un mismo terreno pueda constar en el Registro en dos folios diferentes: uno para el subsuelo-vuelo y otro para el subsuelo, a través de la técnica de la segregación»*.

una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid en relación con unos terrenos que habían sido expropiados con el fin de facilitar el acceso a las vías que circundan el campo de deportes del Real Madrid. La demandante basa su solicitud de reversión en la calificación de los terrenos en cuestión de espacio libre público, siendo posible la construcción de unos aparcamientos subterráneos, al entender que ello comporta una modificación de las determinaciones del PGOU vigente en ese momento y que contraría el fin que legitimó la expropiación por incompatibilidad. El Tribunal Supremo desestima la pretensión reproduciendo, en primer lugar, el razonamiento de la sentencia de instancia: “*Siendo en definitiva, compatibles el acceso viario y el funcionamiento de aquel garaje, por lo cual no se ha producido cambio de afectación alguno cuando se ejercite la acción de reversión (...). No obstante, aunque se hubiera producido el hecho causante, es decir, dicha construcción en el subsuelo, tampoco habría lugar a considerar materializado el presunto cambio de afectación, por la compatibilidad expresada entre el nuevo destino subterráneo y el acceso viario de superficie*” y añadiendo a continuación: “*(...) no basta con decir que hay incompatibilidad entre el uso de la superficie de la parcela para accesos y arbolado y el eventual destino para un uso del subsuelo a la construcción de un subterráneo. Esa incompatibilidad, en principio y como regla general, debe ser rechazada porque ni conforme a la ley ni según la naturaleza de las cosas hay obstáculo para ello. Ni la ley ni el plan lo prohíben, y la experiencia prueba que en no pocas plazas de Madrid y de muchas otras ciudades esos usos se están compatibilizando. Sólo excepcionalmente podría producirse esa incompatibilidad, pero ello tendría que razonarse y probarse*”⁴⁵.

Igualmente referida al derecho de reversión, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, –R/ 3670–, plantea la división en volúmenes al

⁴⁵ ALEGRE ÁVILA, J.M., *Subsuelo: hecho y derecho... op. cit.* pp. 172–173 analiza esta sentencia del Tribunal Supremo y entiende que al afirmar la misma que no sólo no se ha probado la alegada incompatibilidad entre el uso de la zona verde pública y la construcción de un aparcamiento subterráneo, sino que ni la ley ni el plan prohíben la asignación de estos aprovechamientos subterráneos, se está evocando la opinión de NIETO, quien sostuvo que el Plan operaba como límite, de modo que ante el silencio de aquél, el propietario del terreno podía destinar el subsuelo a los usos que estimara convenientes. Por ello, explica: «*Aquí, el propietario es la Administración municipal, y la apelación a la idea de «incompatibilidad» entre los usos asignados por el Plan al suelo y los establecidos (al margen de aquél) en el subsuelo evoca, asimismo, el planteamiento del autor citado en el sentido de que el Plan actúa no sólo como límite en relación al subsuelo, sino que sus determinaciones hallan su justificación en el aseguramiento de los aprovechamientos atribuidos a la superficie, al suelo. De no ponerse en riesgo estos últimos, tal es, en definitiva, la razón subyacente a la noción de compatibilidad, no cabe derivar obstáculo alguno al establecimiento en el subsuelo del aprovechamiento pretendido*».

centrarse en el análisis de la posibilidad de que cumplida la *causa expropriandi* y ejecutada la obra en sentido superficial horizontal pueda nacer el derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser ejecutados sobre el terreno expropiado en sentido vertical, sin afectar dicha causa. En concreto, la sentencia resuelve la pretensión reversional de parcelas ubicadas en la hoy llamada Plaza de Castilla, expropiadas entre 1929 y 1932, para la construcción del canal Isabel II, con la finalidad de instalar infraestructuras para el abastecimiento de aguas. La solicitud de reversión del terreno se fundamenta en la desafectación tácita y parte sobrante de los bienes expropiados en sentido vertical (vuelo del terreno). En defensa de esta pretensión, los recurrentes alegan que el servicio público que presta el Canal de Isabel II no implica para nada el suelo ni el vuelo de los terrenos de la Plaza bajo los que se encuentra el Canal, de cuyo uso y titularidad se puede, por tanto, disponer, generándose el derecho de reversión que discuten. Entre los hechos destaca el intento de construcción sobre los terrenos expropiados de lo que se llamó Ciudad Judicial de Madrid (proyecto finalmente abandonado) y la posterior creación de un espacio ajardinado, que comprende una porción de terreno bajo el cual están las instalaciones destinadas al abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas. El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que la adscripción a un destino público como una zona ajardinada no implica desafectación del fin legitimador de la expropiación. *“El supuesto de parte sobrante que habilita a los expropiados o sus causahabientes para instar la retrocesión (...) requiere junto al presupuesto básico de que la obra o servicio público legitimador se haya ejecutado; que se den las circunstancias de identidad y causalidad, es decir, que sea identificable la porción que se dice sobrante, como no ocupada por la obra o servicio público motivador de la expropiación y que la existencia de dicha parte sobrante sea consecuencia natural de la ejecución de la obra o servicio que constituyó la causa expropriandi. El art. 66.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, consagrando la especialidad de la causa legitimadora en el instituto expropiatorio, prohíbe que se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social que proporcionó cobertura a la expropiación, ejecutando obras o estableciendo servicios públicos diversos a los que legitimaron aquellos”.*

A partir de aquí, el Tribunal se centra en el verdadero problema que se plantea en el caso, esto es, si cumplida la *causa expropriandi* y ejecutada la obra sin que de ella se derivase parte sobrante en sentido superficial horizontal (o subterráneo) cabe plantear el nacimiento del derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser ejecutados sobre el terreno expropiado en sentido vertical (vuelo), sin afectar el cumplimiento de la *causa expropriandi* (el destino o la utilidad pública que motivó la expropiación).

Hay que lamentar que el tema no sea abordado en la resolución del presente recurso de casación, limitándose la sentencia a las cuestiones específicas

planteadas. No obstante, el Tribunal Supremo avanza un dato fundamental sobre el presupuesto de hecho para analizar la retrocesión a efectos reversionales de los usos o aprovechamientos verticales o en superficie sobre bienes afectos “*expropriationis causa*”, afirmando que el primer requisito sería que el aprovechamiento que se pretendiese fuera lucrativo y susceptible de ser patrimonializado, además de factible conforme al planeamiento vigente. Constatada esta circunstancia, la causa reversional presentaría distintas facetas en función de que el aprovechamiento hubiera sido o no ejecutado por el beneficiario de la reversión. En el caso que nos ocupa falla el presupuesto apuntado por el Tribunal Supremo, pues el PGOU de Madrid aplicable excluye el aprovechamiento lucrativo en los terrenos considerados, lo que hace jurídicamente inviable la reversión.

Lo que la sentencia no dice, pero cabría deducir a *contrario sensu*, es que en el supuesto en que el destino acordado sobre el subsuelo de terrenos destinados a una causa de utilidad pública o de interés social fuera lucrativo, el derecho de reversión sí tendría cabida si se dieran los presupuestos legales, en lo que sería una desafectación parcial del bien que daría lugar a un sobrante del mismo.

En conclusión, la jurisprudencia admite que es lícito jurídicamente que las normas urbanísticas permitan un uso distinto para el subsuelo que el correspondiente al suelo, siempre y cuando no sea contrario al planeamiento, se haya obtenido la licencia urbanística correspondiente y se haya desafectado el bien como demanial, desmembrándose el volumen correspondiente, para su conversión en bien patrimonial.

3. La exigencia de desafectación previa a la transmisión. ¿La división en volúmenes de la propiedad pública arrastra el régimen jurídico demanial?

La necesaria desafectación, como requisito previo a la transmisión del suelo o subsuelo, presume su naturaleza demanial y manifiesta la asunción de la tesis de la vinculación⁴⁶, según la cual el subsuelo tiene que gozar de la

⁴⁶ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos... op.cit.*, p. 235 precisa que la denominación de esta teoría se debe al Dictamen realizado a petición de la Diputación de Barcelona, por NIETO GARCÍA, A. y NIETO KÖNING, J. sobre la naturaleza jurídica del subsuelo municipal subyacente a vías públicas y espacios verdes, destinado a aparcamientos subterráneos, en el municipio de Sant Boi de Llobregat. Asimismo, explica que: «la doctrina civilista tradicional, con-

misma naturaleza que el suelo, al ser partes integrantes de un mismo bien. Siguiendo esta tesis, bajo el suelo de propiedad privada se encuentra subsuelo privado, mientras que bajo el suelo de propiedad demanial se encuentra un subsuelo que merece la calificación de demanial⁴⁷. Además, de ella se concluye que el subsuelo puede utilizarse libremente por el propietario del suelo, siempre que no exista prohibición expresa en los planes de ordenación⁴⁸.

Entre los autores que defienden esta postura, puede citarse a NIETO GARCÍA⁴⁹ quien sostiene que: «*Para el Derecho urbanístico es el subsuelo un elemento accesorio del suelo, que adquiere relevancia jurídica cuando los usos de aquél inciden sobre el régimen previsto para éste por la circunstancia de que el suelo actúa como soporte físico del subsuelo al igual que sucede con la polución atmosférica, la estética o la cultura*». Este mismo autor señala⁵⁰ que el dominio del propietario del suelo únicamente se extiende a los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo de aquél y a los que tiene acceso operando desde el suelo, junto con un perímetro de protección de sus intereses. Por debajo de esta línea, el subsuelo se convierte en dominio público y a él no llegan las facultades dominicales del dueño del suelo.

Por su parte, ARNAU ESTELLER argumenta que, en virtud de lo establecido en el art. 350 del Código civil y de la aplicación de la teoría de la vinculación, el titular del suelo es titular también del subsuelo: «*Si bien en principio los bienes de dominio público son los que están afectos a un uso o servicio público, el subsuelo de un bien de dominio público ha de considerarse inicialmente público*⁵¹». Por este motivo,

sidera que al propietario del suelo le corresponde la propiedad potencial del subsuelo, y así, que el derecho de la propiedad alcanza sin límites a toda su proyección superior vertical e inferior, y en consonancia con este concepto, se entiende por "finca" la porción de superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, que incluye tanto el sobre como el bajo rasante de su superficie de suelo, no admitiéndose en su virtud la construcción de ninguna edificación susceptible de propiedad independizada».

⁴⁷ GIRONÉS CEBRIÁN, M.E., *Los aparcamientos... op.cit.*, p. 236 define esta teoría y señala que actualmente la misma se ha reformulado, «*(...) en el sentido de considerar que lo que establece el precepto, son los límites de extensión vertical del dominio hasta el suelo y el subsuelo; por cuya virtud, se reconoce al propietario del suelo, un dominio potencial sobre el subsuelo, condicionado a la existencia de ese interés, que lleva incluso a admitir que esta extensión del dominio opera sólo como presunción iuris tantum y siempre y cuando no se haya procedido previamente a su desmembración, a través de la disociación voluntaria del suelo y subsuelo*».

⁴⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico...op.cit.*, p. 133.

⁴⁹ NIETO GARCÍA, A., *El subsuelo... op. cit.*, pp. 401-402.

⁵⁰ NIETO GARCÍA, A., «*Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*», *Revista de Administración Pública*, núm. 56, 1968.

⁵¹ ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos ... op. cit.*, p.84.

considera irrelevante que el titular del suelo y del subsuelo sea una Administración Pública o un particular, ya que al ser el subsuelo soporte del suelo y parte integrante del mismo bien, tienen éstos que gozar de consideración unitaria⁵² y, consecuentemente, de la misma naturaleza. Esta misma naturaleza es la que origina que la facultad del propietario de un suelo de enajenar a un tercero el subsuelo bajo el que se sustenta el mismo deba negarse. La naturaleza de los bienes de dominio público y la protección de la que éstos gozan se transforma en un límite a la enajenación del subsuelo.

Partiendo de esta tesis, el art. 8.2 del TRLS, referido a las facultades que integran el derecho de propiedad, afirma: «Las facultades del apartado anterior alcanzarán al suelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público», lo que conlleva como resultado la demanialidad del suelo al establecer comúnmente los Planes Generales de Ordenación Urbanística esta previsión. La extensión del derecho de propiedad sobre el suelo hacia arriba o hacia abajo llega hasta donde el plan permita. La eventual modificación de éste no confiere «*per se*» derechos indemnizatorios⁵³.

El argumento legal encuentra apoyo en la jurisprudencia. Para la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987 –Rf 3381– :

«Está acreditado que el sótano ordenado demoler se construyó sin licencia y en el subsuelo de un terreno previsto como vía pública que por su condición de dominio público no admite un uso privativo sin tener otorgada la pertinente concesión, art. 62.1-a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; uso público de los bienes de esa naturaleza que impide el particular y privativo aunque este efecto al subsuelo ya que la propiedad pública o privada comprende a la superficie y a lo que está debajo de ella (art. 350 del Código civil)».

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 –Rf 7895– sostiene que se debe aplicar el principio general según el cual el titular de un terreno es también propietario de lo que hay debajo de él. Por este motivo, el Tribunal argumenta que la calificación jurídica del viario público como bien demanial y su subsuelo no se alteran o afectan porque se autorice en el mismo la implantación de plazas de aparcamiento o cualesquiera otros usos compatibles con esa naturaleza y con su destino urbanístico. Por

⁵² ARNAU ESTELLER, A.J., *Los aparcamientos... op. cit.*, p.66.

⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico... op. cit.*, p. 142.

citar su último precepto, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1991 –Rfj 9234–, referida al ejercicio del derecho de reversión sobre determinados inmuebles que corresponden al subsuelo de los antiguos terrenos solares expropiados, califica como bien demanial el subsuelo de un terreno de dominio público por el hecho de que al suelo le correspondiera dicha calificación.

Asimismo, la DGRN, en algunas de sus resoluciones, explica los motivos por los cuales se debe aplicar el principio de accesión. La resolución de 26 de junio de 1987 –Rfj 4841– apoya estas conclusiones sobre la imposibilidad de segregación de parcelas. Concretamente sostiene: «*El dominio de un terreno se extiende a todo el espacio delimitado por la proyección vertical de sus linderos (arts. 348, 350, 592, etc. del Código civil), quedando excluida la individualización como objeto jurídico susceptible de dominio de los volúmenes absolutamente desconectados de la superficie terrestre (...). Es principio básico de nuestro Ordenamiento el de accesión de lo edificado al suelo (arts. 353 y 358 del Código civil) de modo que toda pretendida excepción no podrá ser reconocida jurídicamente si no cuenta con respaldo legal suficiente. La articulación jurídica elegida no puede desconocer las características físicas de la situación contemplada de modo que no cabe considerar como unidades jurídicas absolutamente independientes, lo que no son sino partes inseparables de un todo único respecto del cual pueda predicarse la individualidad fáctica*».

Puesto que ésta es la doctrina mayoritaria, se comprende la exigencia de desafectación previa para que el subsuelo de un terreno de dominio público pueda tener un uso distinto del que corresponde al suelo. Sin embargo, es necesario detallar las reglas determinantes de la extensión del dominio público sobre los estratos de la propiedad y, por tanto, si el espacio no afectado por dicha demanialidad es propiedad patrimonial o pública.

No puede dejar de mencionarse que la extensión del régimen de propiedad a los volúmenes o estratos en que ésta puede dividirse no tiene por qué arrastrar el régimen jurídico de la misma, y –menos aún– cuando éste régimen es el demanial. El art. 350 del Código Civil establece la extensión de la propiedad pública, pero no del dominio público, para lo que es precisa la afectación, elemento constitutivo y determinante del régimen de dominio público. Lo que así se consigue es extender la demanialidad más allá de los requerimientos de la afectación. En otras palabras, los efectos de la demanialidad pública tienen que limitarse a la razón que la justifica: el respeto y el cumplimiento de su afectación a una utilidad pública. Como establece el art. 8.2 del TRLS, es el plan el instrumento de ordenación urbanística que puede evitar esta extensión cuando es desmesurada. Por ello, puede afirmarse que cabe que el subsuelo de un bien demanial pertenezca a la Administración, en virtud de lo establecido por el art. 350 del Código civil, pero que el régimen jurídico apli-

cable a ese subsuelo sea el de los bienes patrimoniales. Quiere decirse que, al analizar la naturaleza jurídica del subsuelo, no necesariamente debe asumirse la tesis de la vinculación y entender que éste participa por accesión del mismo régimen jurídico que el correspondiente al suelo, sino que puede calificarse de bien patrimonial, aunque el plano superficial sea dominio público. En el primer caso, esto es, si se califica el subsuelo como bien de dominio público por el hecho de hacerlo partícipe del mismo régimen jurídico del suelo, su uso privativo únicamente puede articularse mediante la figura jurídico-administrativa de la concesión. En cambio, si se lo califica como bien patrimonial, siempre que no se desvirtúe la afectación ni el destino público, su uso puede concederse, a los particulares, en régimen de titularidad dominical plena (mediante la cesión del derecho de propiedad) o temporal (a través de un derecho de superficie) o mediante otras modalidades de cesión de uso (servidumbres y otros derechos reales limitados).

ZABALA HERRERO ha expuesto los argumentos a favor y en contra de la demanialización de forma genérica del subsuelo⁵⁴. Entre las justificaciones cita las siguientes:

1. Razones medioambientales. El subsuelo constituye un recurso natural escaso, que debe ser objeto de una planificación y usos racionales. Además, al tener una vocación pública, su destino debe afectarse a equipamientos e infraestructuras de interés público.
2. La teoría del interés real como límite de los derechos del propietario del subsuelo no es suficiente para delimitar el posible uso del subsuelo, ante los avances tecnológicos que permiten aprovechamientos privados a gran profundidad. El límite podría imponerse legalmente, demanializando el subsuelo a partir de una determinada profundidad, lo que proporcionaría seguridad jurídica y control de la utilización racional del uso del subsuelo.
3. El art. 128.1 CE (“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”), que establece la función pública de la riqueza, puede cumplirse perfecta-

⁵⁴ ZABALA HERRERO M., *Régimen jurídico del subsuelo urbanístico. Cuadernos de Urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 2002.

mente con el mantenimiento de la propiedad privada existente en el subsuelo urbanístico.

4. La significación del dominio público del art. 132 CE no es la idea de “apropiación” de bienes, sino la exclusión de tráfico jurídico ordinario. La autora se apoya en la doctrina⁵⁵ para avalar una posible demanialización del subsuelo.
5. Finalmente, LÓPEZ RAMÓN considera que la técnica adecuada para proteger determinados bienes es el dominio público⁵⁶.

Como argumentos en contra propone:

1. El art. 132.2 CE afirma que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, además, contiene una relación restrictiva de bienes que en todo caso tienen carácter demanial. Por lo tanto, la Constitución no sólo relaciona al subsuelo como categoría genérica demanial, sino que si tal lista ha de servir como criterio a la hora de determinar la conveniencia de la demanialización de una categoría de bienes, nada hace pensar que haya surgido un nuevo interés general distinto al que ya existía respecto al subsuelo en el año 1978.
2. Las características definatorias del dominio público según la doctrina del Tribunal Constitucional. Cualquier finalidad constitucionalmente legítima no puede utilizarse como motivo de afectación, sino que existen límites al respecto, como el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa.
3. El art. 33 CE que reconoce el derecho fundamental a la propiedad privada, estableciéndose como único límite de su contenido el que impone la función social. Por este motivo, a la hora de publicarse el subsuelo, debe existir un claro interés general a proteger y respeto al derecho a la propiedad privada.

⁵⁵ Así, PAREJO ALFONSO, L. sostiene, en su trabajo «Dominio público...» *op.cit.*, que la doctrina del Tribunal Constitucional respalda la posible demanialización del subsuelo.

⁵⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., «La protección del Camino de Santiago en Aragón», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 3, 1993.

A estos argumentos añadiríamos, por nuestra parte, otros dos:

1. El Código Civil, en su art. 350, determina la extensión de la propiedad pública, pero no del dominio público, para lo que es precisa la afectación. Por ello, se puede afirmar que el subsuelo de un bien demanial puede pertenecer a la Administración, en aplicación de dicho artículo, pero que su régimen jurídico sea el de los bienes patrimoniales. No hay que confundir los conceptos de propiedad pública y demanialidad pública.
2. Los principios de adecuación y suficiencia consagrados por el art. 6 b) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) permiten adaptar la afectación de los bienes para servir al uso general o al servicio público al que estén destinados. Por tanto, el subsuelo debe ser demanializado cuando la afectación del mismo lo haga necesario.

Como trasfondo de estos aspectos, no debe soslayarse que el principio de limitación del dominio público y de sus requerimientos a las estrictas exigencias de la afectación favorece la financiación privada de las inversiones. No existe motivo para prolongar en volúmenes el dominio público cuando éstos son indiferentes al fin o afectación a la que está destinada la superficie. Por lo demás, la extensión de la demanialidad más allá de lo necesario limita las posibilidades de uso privativo sin razones que lo justifiquen. El cumplimiento de las finalidades públicas que desempeñan los bienes afectos no tiene por qué verse menoscabado por la flexibilización del régimen demanial.

En conclusión, puede observarse que al respecto existen motivos a favor y motivos en contra. En todo caso, sin olvidar las ventajas que la extensión de la demanialidad ofrece, puede decirse que la misma no está siempre justificada. Si se permitiera que el régimen aplicable fuera el de los bienes patrimoniales, los nuevos desarrollos en el subsuelo se verían muy beneficiados y, consecuentemente, muchas necesidades públicas quedarían satisfechas. No se trata de ignorar o descuidar la finalidad pública que los bienes demaniales tienen encomendada, sino que la demanialidad se limite, precisamente, a hacerla efectiva.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sobre la legalidad del Decreto 307/2009, de 21 de julio por el que se define la actuación de los enfermeros y enfermeras en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema Sanitario Público de Andalucía

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA DE SIETE DE DICIEMBRE DE 2010.

Encarnación Ibáñez Malagón

Letrada de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN

En fecha siete de diciembre de 2010, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada dicta la sentencia nº 2002/2010, en el Recurso nº 1693/2009, seguido contra el Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, desestimando íntegramente las pretensiones de la actora y declarado válido el Decreto por ser conforme a Derecho.

El recurso fue interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas, fundamentando su pretensión en la falta de competencia de la Junta de Andalucía para dictar la norma reglamentaria impugnada, así como en la infracción del principio de reserva de ley, de desarrollo reglamentario estatal y de la normativa básica sobre receta médica.

La Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, demandada en este procedimiento, alegó la inadmisibilidad de recurso por falta de legitimación acti-

va de la Corporación recurrente, y para el caso de que esta causa de inadmisión fuera rechazada basó su defensa en la plena adecuación a Derecho del Decreto 307/2009, amparándose en la competencia de la Junta de Andalucía para dictar el Decreto recurrido, así como en la observancia del principio de reserva de ley, la inexistencia de vulneración del principio de desarrollo reglamentario estatal y el respeto a la normativa básica sobre la receta médica.

Las codemandadas, Servicio Andaluz de Salud, Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería y del Consejo Andaluz de Enfermería y el Sindicato de Enfermería (SATSE), emplean argumentos similares a los de la contestación a la demanda de la Administración Autonómica y, en el caso de los dos últimos codemandados, se remiten a la contestación a la demanda de la Junta de Andalucía, y añaden algunos argumentos complementarios de los anteriores.

II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

En el procedimiento en cuestión se impugna el Decreto 307/2009, de 21 de julio, (BOJA de 5 de agosto de 2009), por el que se define la actuación de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

La sentencia de la Sala aquí comentada desestima el Recurso contencioso-administrativo, rechazando en primer lugar la causa de inadmisibilidad alegada, y fundamenta el fallo, en primer lugar, en que la Administración de la Junta de Andalucía ha dictado el Decreto referido en materia de su competencia, que no ha vulnerado el principio de reserva de ley y desarrollo reglamentario estatal por considerar la Sala que el Decreto no permite a los enfermeros prescribir medicamentos sujetos a prescripción médica, y finalmente, tiene en cuenta la Ley 28/2009, de 30 de diciembre de 2009, que modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, en concreto el artículo 77, que permite a los enfermeros la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios e incluso prevé que el Gobierno regule la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

Esta circunstancia sobrevenida lleva a la Sala a poner de manifiesto la pérdida de contenido del presente recurso Contencioso-administrativo y, consecuentemente la eliminación de cualquier eventual ilegalidad que pu-

diera haber sido alegada por los demandantes acerca de la cuestión de la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, puesto que la nueva regulación estatal respalda plenamente el contenido del Decreto objeto del procedimiento.

III. ANÁLISIS DE LOS RAZONAMIENTOS Y DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA

Parte la sentencia de un presupuesto esencial y determinante del sentido en que finalmente se pronunciará el fallo: **la consideración de que el Decreto en modo alguno habilita a los enfermeros a diagnosticar enfermedades**, entendiéndose por tal la determinación del carácter de una enfermedad mediante el examen de sus signos, función exclusivamente atribuida por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, a médicos y odontólogos y **tampoco autoriza a los enfermeros a prescribir medicamentos sujetos a receta médica**, permitiendo la norma reglamentaria impugnada únicamente el uso e indicación de medicamentos no sujetos a receta médica, así como la prescripción, uso e indicación de productos sanitarios, en perfecta consonancia con lo dispuesto en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías de Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios, y todo ello en el ámbito del sistema sanitario público andaluz.

De este argumento de partida, contenido en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia, coherentemente se siguen una serie de consecuencias necesarias.

La primera de ellas es que **la Junta de Andalucía ha actuado dentro del ámbito de sus competencias**, en concreto, al amparo de la competencia compartida en materia de sanidad y, en particular, “*la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias*” a que se refiere el artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en relación con el artículo 149.1.16^a, de la CE, que atribuye al Estado la competencia para establecer “*las bases y coordinación general de la sanidad*”.

En segundo lugar, el Decreto objeto de este procedimiento **no ha infringido el principio de reserva legal y desarrollo reglamentario estatal en relación con la regulación de las profesiones tituladas** a que se refiere el artículo 36 de la CE, al amparo de la interpretación que de este precepto ha realizado el Tribunal Constitucional. La regulación de la actua-

ción de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, al no afectar a las funciones asignadas a los enfermeros, médicos y odontólogos es una materia susceptible de ser ordenada a través de normas reglamentarias en virtud de la potestad reglamentaria originaria atribuida al Consejo de Gobierno por el artículo 119.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como los artículos 27.6 y 44.1 de la Ley 6/2006, de 24 de Octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Y, finalmente, la aprobación de la Ley 28/2009, de 30 de diciembre de 2009, que modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, en concreto el artículo 77, que permite a los enfermeros la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios e incluso prevé que el Gobierno regule la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, lleva a la Sala a poner de manifiesto la pérdida de objeto del presente recurso Contencioso-administrativo y elimina cualquier eventual ilegalidad que pudiera haber sido alegada por los demandantes acerca de la cuestión de la invasión por el Decreto de la competencia estatal en la regulación de las profesiones tituladas, puesto que la nueva regulación antes citada respalda plenamente el Decreto recurrido.

IV. COMENTARIO

I. La regulación global de la materia relativa a sanidad interior implica necesariamente el concurso del Estado y de la Comunidad Autónoma, (bases más desarrollo), correspondiendo las bases al Estado y el desarrollo legislativo a las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, aunque el Estado no haya dictado las bases las Comunidades Autónomas, y en este caso Andalucía, no tienen supeditado el ejercicio de sus competencias normativas de desarrollo, (art. 55.2. del Estatuto de Autonomía), al dictado de unas bases concretas, pues puede inferirse de toda la legislación estatal vigente, sin perjuicio, por supuesto, del desplazamiento que puede producirse de la normativa dictada por la Comunidad Autónoma cuando el Estado dicte normativa básica, siendo ésto lo manifestado por la Doctrina que viene establecida por el Tribunal Constitucional desde antiguo (STC 32/1981).

La legislación básica estatal, se expresa en una regulación general o nacional unitaria: “Lo que la CE persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación lo cual asegura, en aras de los intereses generales a los de cada Comunidad Autónoma **un común denominador normativo**, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan” (SSTC de 28 de enero, 8 de julio, 30 de noviembre de 1982, 7 de abril de 1983, 4 de julio de 1991 y 30 de abril de 1992); “**común denominador normativo, nuclear y mínimo, aunque mejorable, completable y susceptible de desarrollo**” (STC de 26 de junio de 1995).

Esto es, la regulación estatal no ha de ser completa, no ha de agotar toda la normación mediante un uniformismo completo, por el contrario, la CE quiere que esa uniformidad se reduzca a lo básico y que tras ese nivel, pueda y deba jugar el particularismo propio de cada Comunidad Autónoma, por ello, **el TC ha declarado que el Estado no puede agotar la regulación de la materia, que es menester que reserve un ámbito sustancial de la misma para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su propia competencia normativa** (SSTC 28 de julio de 1981, 2 de enero y 28 de junio de 1982, 28 de abril de 1983, 11 de diciembre de 1986, 22 de marzo de 1988, 4 de julio de 1991, 30 de mayo de 1996).

La sentencia de 28 de abril de 1983, ha precisado que con las normas de las dos procedencias ha de constituirse un mismo sistema normativo, es decir un sistema global (en este caso, la globalidad del sistema sanitario) integrado sobre las pautas de las bases estatales y dentro de ese sistema general, como partes del mismo, operan los subsistemas (es decir las competencias comunitarias), de este modo cada uno de los dos centros normativos tiene competencia para regular aspectos del sistema conjunto.

Así pues, es necesario para la regulación global de esta materia el concurso del Estado y de la Comunidad Autónoma (bases y desarrollo), correspondiendo las bases al Estado y el desarrollo legislativo a las Comunidades Autónomas. En el ejercicio de sus competencias el Estado y la CA Andaluza, han dictado distintas disposiciones en el marco de las cuales se ha dictado el Decreto recurrido.

El Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ejercicio de sus competencias han dictado distintas disposiciones que constituyen el marco de desarrollo en el que se incardina el Decreto recurrido. El Estado dictó la Ley

44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en cuyo art. 9.1. establece que la actuación sanitaria ha de ser integral evitando el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialidades, y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional del Medicamento que, si bien, en su art. 77 atribuía a los médicos y odontólogos la facultad en exclusiva de ordenar la prescripción de medicamentos, en su Disposición Adicional Duodécima venía a dar carta de naturaleza a la posibilidad de que otros profesionales sanitarios pudieran prescribir medicamentos no sujetos a prescripción médica.

En cuanto a la Comunidad Autónoma Andaluza, se ha de resaltar la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, cuyo Título VII regula “La ordenación sanitaria”, y la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, cuya Disposición Adicional Tercera prevé, *“Todo cuanto se establece con relación al profesional de la medicina en el Título III será de aplicación a cuantos otros profesionales tengan reconocida capacidad legal para prescribir medicamentos o productos sanitarios de uso humano.”*

Del análisis de la sentencia comentada resulta que ninguna duda suscita a la Sala la competencia de la Junta de Andalucía para dictar el Decreto, al considerar que éste no invade las competencias estatales sobre ejercicio de profesiones sanitarias, reguladas por la Ley 44/2003.

Esta conclusión se alcanza por la consideración de que el Decreto 307/2009 no permite a los enfermeros prescribir medicamentos y su relevancia deriva de que el presupuesto sobre el que descansaba toda la argumentación de la demanda y, por tanto el éxito de la pretensión ejercitada, era justamente el contrario, esto es, que el Decreto invadía competencias estatales al permitir a los enfermeros realizar una serie de actuaciones profesionales que por ley corresponden a otros profesionales sanitarios –médicos y odontólogos y, desde diciembre de 2009, a podólogos–.

Por tanto, la coherencia de la decisión judicial resulta evidente, pues el Decreto en cuestión en forma alguna contempla la “prescripción” por los enfermeros de los medicamentos que, conforme a las previsiones de la Ley 29/2006, están calificados por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, como sujetos a prescripción médica u odontológica. Respecto de estos, la norma reglamentaria sólo establece las condiciones que deben producirse para que un médico pueda decidir delegar en las enfermeras o enfermeros del equipo asistencial (que cuenten con la acreditación necesaria), el seguimiento (bajo protocolo autorizado por la Consejería de Salud) de un tratamiento con-

creto que, un médico o un odontólogo, ha prescrito previamente a un paciente determinado.

Estas facultades atribuidas por el Decreto a los enfermeros, sin duda se hayan incluidas en el ámbito de actuación de los diplomados universitarios en Enfermería, a tenor de lo establecido en el artículo 7.2. a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, según el cual les corresponde *“la dirección, evaluación y prestación de cuidados de enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud, así como a la prevención de enfermedades y discapacidades”*.

Comparte la sentencia nuestra postura de que el término prescripción, en ningún caso incluye la cooperación en el seguimiento y control protocolizado de un tratamiento medicamentoso, establecido por un médico o un odontólogo pues, por amplio que pudiese ser el protocolo de seguimiento establecido, siempre faltarían los componentes definitorios de la prescripción: el establecimiento de un diagnóstico previo preciso y la decisión del medicamento que ha de administrarse al paciente para su tratamiento, componentes de la prescripción que siempre serán responsabilidad indelegable de los médicos o, en su caso, de los odontólogos. En coherencia con ello, el Decreto en su artículo 4.5 establece que en ningún caso podrá modificarse el principio activo o la marca del medicamento prescrito por el profesional de la medicina o de la odontología.

Pero es más, resalta la resolución que junto con los medicamentos que requieren prescripción médica para su dispensación, existen determinados medicamentos que no requieren tal prescripción y, por tanto, pueden adquirirse libremente por los ciudadanos en las oficinas de farmacia. Tal diferenciación se contiene en el artículo 19.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. En relación a los primeros, el legislador identifica una serie de supuestos justificativos de la sujeción a prescripción médica, bien porque pueden suponer un peligro –directa o indirectamente– para la salud, incluso en condiciones normales de uso, si se utilizan sin control médico o, mucho más, si se utilizan en condiciones anormales.

Por su parte, el 19.4º de la Ley 29/2006, dispone que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá calificar como medicamentos no sujetos a prescripción médica *“aquéllos que vayan destinados a procesos o condiciones que no necesiten un diagnóstico preciso y cuyos datos de evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no exijan prescripción médica, de modo que dichos medicamentos puedan ser utilizados para autocuidado de la salud, mediante su dis-*

pensación en la oficina de farmacia por un farmacéutico, que informará, aconsejará e instruirá sobre su correcta utilización”.

Lo hasta ahora dicho para medicamentos “sin receta médica” cabe hacerlo extensivo al subconjunto de productos sanitarios que están incluidos en la prestación farmacéutica, con la particularidad de que la normativa sanitaria general nunca ha establecido exigencia de prescripción para ninguno de ellos, de forma que cualquier ciudadano puede adquirirlos libremente en cualquier oficina de farmacia y cualquier profesional de enfermería utilizarlos sin limitación alguna en el desempeño de sus funciones asistenciales tanto en atención primaria como en la atención especializada, resultando la inmensa mayoría de estos productos sanitarios propios de los cuidados de enfermería.

Como bien razona la sentencia, los términos “prescripción” e “indicación” en forma alguna pueden considerarse sinónimos. El término “indicación” (referido a medicamentos) no aparece ni está definido en la normativa vigente y, en su uso habitual, tiene un significado muy próximo al consejo informado al paciente y, en todo caso, está desprovisto del carácter imperativo que, el artículo 77.1 de la citada Ley, 29/2006, de 26 de julio, le imprime al término “prescripción”, al hacerlo equivaler éste a una orden que asegura la instauración de un tratamiento con medicamentos (configurando la receta médica como el documento que da soporte a dicha instrucción), que le hace tener un significado y alcance sanitario y jurídico muy diferente.

En el mismo sentido se ha pronunciado el dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 2008 referido a un proyecto de Orden para el desarrollo de la Disp. Adic 12ª de la Ley 29/2006, dejando claro que los enfermeros pueden usar o autorizar medicamentos no sometidos a prescripción médica, así como productos sanitarios.

Sin embargo, esta regulación ha sido superada por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre de 2009, de modificación de la Ley 29/2006, (BOE de 31 de diciembre), pues el apartado dos del artículo único de la citada Ley, declara literalmente que “(...) **los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación. El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración con-**

junta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos, enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.”

Recapitulando, puesto que la demanda se sustenta en la premisa de hacer equivaler ambos términos y leer “prescripción” donde el Decreto dice “indicación o uso” y, con ello, hacer además abstracción de la gran diferencia que existe, desde el punto de vista sanitario y jurídico, entre medicamentos sujetos a prescripción médica y aquellos que no lo están, consideramos que la fundamentación de la Sala al entender que el Decreto en modo alguno permite a los enfermeros prescribir medicamentos, es congruente con la decisión de considerar que la norma recurrida no contradice la legislación básica dictada por el Estado, que atribuye en exclusiva a médicos y odontólogos la prescripción de medicamentos en los términos antes descritos.

II. En cuanto a la interpretación del principio de reserva referido al ejercicio de las profesiones tituladas realizado por la Sala debe destacarse su correcta argumentación jurídica. Parte la sentencia de considerar que la reserva de ley no es absoluta (como no lo es ninguna, ni siquiera la más estricta que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas), de modo que el titular de la potestad reglamentaria puede modificar o actualizar dicha normativa del ejercicio profesional en aspectos secundarios que no resulten afectados por la reserva de ley, (Sentencia de 5 de noviembre de 2001, (RJ 2001, 3120), sin embargo el reglamento no puede dictar una regulación general del ejercicio de una profesión titulada ni regular o modificar un aspecto esencial del mismo.

Se inspira la Sala en la interpretación constitucional del ámbito reservado a la ley en la regulación de las profesiones tituladas, ex artículo 36 de la Constitución, contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional número 83/1984 (RTC 1984, 83), 42/1986, 93/1992 y 111/1993 (RTC 1993, 111), que atribuye a la ley sin admitir otras remisiones o habilitaciones a la potestad reglamentaria que las ceñidas a introducir un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos, o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley la regulación de: **a) la existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos, b) los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio y c) su contenido, o conjunto formal de las actividades que la integran.**

Es decir, la reserva de Ley alcanza a estos tres ámbitos y, naturalmente, el resto puede ser ordenado con normas reglamentarias, como se encarga de pre-

cisar la Sentencia de 15 de febrero de 2005 en su FJ séptimo: “Como, sin duda, dicha reserva de Ley no es absoluta –como no lo es ninguna, ni siquiera la más estricta que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas–, es claro que el titular de la potestad reglamentaria siempre podrá, como hemos dicho en la citada Sentencia de 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002,3120), modificar o actualizar dicha normativa del ejercicio profesional en aspectos secundarios que no resulten afectados por la reserva de Ley. Pero no podrá, en cambio, dictar una regulación general del ejercicio de una profesión titulada ni regular o modificar un aspecto esencial del mismo. En consecuencia, ante una alegación como la que estudiamos, de vulneración de la reserva de Ley establecida en el artículo 36 de la Constitución en relación con el ejercicio de las profesiones tituladas, habremos de determinar si el reglamento que se combate constituye una regulación del ejercicio de un profesión o, aunque así no sea, si afecta de manera esencial a dicho ejercicio.”

Entendemos con la Sala que el Decreto 307/2009, no afecta al principio de especialidad en el ejercicio profesional o a los principios de idoneidad y capacitación técnica, puesto que las competencias que se le atribuyen a las enfermeras quedan dentro de su formación según su titulación académica, no afectando a la actividad o a la competencia profesional de los médicos de Andalucía; en definitiva no afecta a ninguno de los tres ámbitos señalados en la Sentencia del Tribunal, por lo que se trata de una materia susceptible de ser ordenada a través de normas reglamentarias, en virtud de la potestad reglamentaria originaria atribuida al Consejo de Gobierno –artículo 119.3 del EAA– así como los artículos 27.6 y 44.1 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

III. La entrada en vigor la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, permite que en la Comunidad Autónoma de Andalucía como en el resto del Estado se puedan aplicar sus preceptos, es decir que “los enfermeros de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación.”.

Por tanto, ya no puede existir controversia alguna a tal respecto, es más, lo la regulación estatal implica un mayor margen de autonomía para los profesionales de la enfermería, que lo previsto antes de la reforma, normativa sobre la que se funda el Decreto 307/2009, de 21 de julio, pero que queda dentro de las competencia de estos profesionales, ahora en virtud de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

El último de los Fundamentos Jurídicos, a modo de cierre de la anterior argumentación, viene a decir que la aprobación de la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26, evidencia la pérdida de contenido del recurso contencioso-administrativo y elimina cualquier eventual ilegalidad acerca de la competencia estatal.

En efecto, hubiera bastado con esta argumentación para desestimar íntegramente el recurso interpuesto pero la sentencia, como hemos analizado de forma pormenorizada, va respondiendo a las alegaciones de la actora.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía B.2. Competencias. VII. ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

II. DERECHOS Y LIBERTADES.

A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

1. Sentencia 6/2010, de 14 de abril (BOE de 7 de mayo). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3; 24.1 y 25.1.
otros:

Objeto: Disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal

Materias: Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Principio de legalidad penal y derecho a la tutela judicial efectiva

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho de Financiero. Universidad de Sevilla.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona promueve cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal, en la medida en que impide la inmediata entrada en vigor del apartado 185 de su artículo único, por el que, modificándose el art. 636 del Código penal (CP), se destipifica la conducción de vehículos a motor y ciclomotores sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil. A juicio del Magistrado proponente, el establecimiento de una *vacatio legis* de más de diez meses para la entrada en vigor del precepto despenalizador de la indicada conducta infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con el de proporcionalidad (art. 9.3 CE), así como el principio de legalidad penal material (art. 25.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); el órgano judicial considera que de los indicados preceptos constitucionales se deriva la imposición de que las normas penales más favorables entren inmediatamente en vigor; precisará el TC que aun cuando el Auto de planteamiento cuestiona en su integridad la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, sin embargo la duda de constitucionalidad está centrada exclusivamente en el primer inciso de la disposición (“La presente ley orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004”), que es el único contenido normativo del precepto con incidencia en la resolución del proceso penal *a quo* y, en consecuencia, el único cuyo análisis de constitucionalidad cabría abordar en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 LOTC; entenderá el TC que no ha de entenderse cuestionada la constitucionalidad del referido inciso en sí mismo y aisladamente considerado, sino sólo en la medida en que se proyecta sobre el apartado 185 de su artículo único en la medida en que difiere la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 636 CP. Considera el TC que esas consideraciones le deben conducir a un pronunciamiento de inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que exista ningún óbice para realizarlo en este momento procesal, dado que su previsión en el art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo, pudiéndose apreciar en un momento posterior la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 179/2009, FJ 2; y 203/2009, FJ 3). Comenzará el TC valorando la incidencia que en el mismo deba tener la circunstancia de que, durante su tramitación, el precepto despenalizador de la conducta enjuiciada en el proceso penal del que dimana la cuestión de inconstitucionalidad –la conducción de un ciclomotor sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil– haya entrado en vigor, una vez transcurrido el periodo de *vacatio legis* que fijó la repetida disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de

25 de noviembre; por ello considerará el TC la obligación de comprobar la subsistencia del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, al haber señalado reiteradamente este Tribunal que aunque la desaparición sobrevenida de objeto no esté contemplada en el art. 86.1 LOTC como una de las causas de terminación extraordinaria de los distintos procesos constitucionales, es posible, no obstante, que tal supuesto pueda suceder, provocando la conclusión del proceso constitucional sin que sea necesario un pronunciamiento sobre el reproche de inconstitucionalidad que se haya planteado (por todos, AATC 311/2007, FJ único; y 29/2009, FJ 1); considerará el TC que se ha de partir de la estrecha vinculación que se genera entre toda cuestión de inconstitucionalidad y el proceso judicial de que dimana, dando lugar a que determinadas incidencias que acaezcan en éste puedan afectar a la subsistencia del proceso constitucional; recordará el TC que así lo ha apreciado ya con anterioridad en supuestos de extinción del proceso judicial *a quo* por desistimiento (AATC 107/1986, FJ único; 41/1998, FJ único; y 191/2002, FJ único), satisfacción extraprocesal de la pretensión (ATC 945/1985, entre otros), o cuando el órgano judicial, aun indebidamente, pone fin al proceso antes de resolverse la cuestión de inconstitucionalidad (AATC 313/1996; y 42/2004) o, también, cuando el órgano judicial que planteó la cuestión pierde la competencia para el conocimiento del asunto (ATC 501/1989, FJ único), supuestos todos ellos que comportan “una decadencia sobrevenida de los presupuestos de apertura del proceso constitucional” (ATC 723/1986, FJ único); asimismo puede resultar afectada la subsistencia de la cuestión de inconstitucionalidad por la derogación o modificación de la disposición legal sobre la que se haya planteado la duda de constitucionalidad, en cuyo caso la supervivencia del proceso constitucional se sujeta a que la norma cuestionada resulte todavía aplicable en el proceso *a quo* y que de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (entre otras, SSTC 385/1993, FJ 2; 274/2000, FJ 3; 63/2003, FJ 3; y 101/2009, FJ 2). Recordará, asimismo, el TC que el hecho de que con posterioridad a la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad hubiera recaído, en otro proceso, a su vez, Sentencia del mismo TC declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del mismo precepto cuestionado, conllevará la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, al haber quedado disipada la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial y no requerirse un nuevo pronunciamiento por parte del TC como consecuencia del valor de cosa juzgada y plenos efectos frente a todos de sus decisiones ex arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC (SSTC 387/1993, FJ único; 72/1997, FJ único; 91/1997, FJ único; y ATC 95/2009, FJ único). Subrayará el TC cómo resulta notorio que las alteraciones sobrevenidas en la relevancia de la norma cuestionada para la reso-

lución del proceso *a quo* han de incidir necesariamente en el proceso constitucional. Conforme establece el art. 163 CE y 35.1 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por los Jueces y Tribunales exige que la norma cuestionada sea *aplicable al caso* ventilado en el proceso en el que la cuestión se suscita y, además, que de su validez dependa el fallo que el Juez o Tribunal haya de dictar; ese denominado *juicio de relevancia* sobre la relación entre la norma cuya constitucionalidad se cuestiona y el fallo a dictar ha de establecerse en el momento en el que la cuestión se plantea; sin olvidar que las modificaciones sobrevenidas en la relevancia han de influir necesariamente en la suerte del proceso constitucional abierto, pues sin perjuicio de la existencia de un notorio interés público y general en la depuración del Ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran, el constituyente ha configurado la cuestión de inconstitucionalidad en estrecha relación con el proceso judicial en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer (AATC 945/1985, FJ único; 57/1999, FJ 2; y 75/2004, FJ único). La extinción del proceso penal *a quo* no se ha producido en el presente supuesto, ni tampoco se suscita una posible pérdida de vigencia del precepto legal cuestionado, pues la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, fija el momento de entrada en vigor de los preceptos de esta Ley; pero el vencimiento del término fijado en su primer inciso —el 1 de octubre de 2004— no sólo no deroga o priva de eficacia a dicha disposición final, sino que es la condición temporal necesaria para que se desplieguen sus previsiones, abriendo paso a la aplicabilidad de la nueva norma penal sustantiva; se fijará el TC en que lo que acontece en el presente caso es la pérdida sobrevenida de la relevancia del precepto legal cuestionado para la resolución del proceso del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad; indudablemente, reconocerá el TC, la disposición final cuestionada era relevante inicialmente para la resolución del proceso *a quo* en la medida en que impedía al órgano judicial aplicar la nueva redacción del art. 636 CP antes del 1 de octubre de 2004; sin embargo, a partir de tal fecha la disposición final cuestionada deja de erigirse en obstáculo para la aplicación de la nueva redacción del precepto penal, ello como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable acogido en el art. 2.2 del Código penal con carácter general, y con carácter particular en la disposición transitoria primera de la propia Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, conforme a la cual se aplicará la nueva Ley *una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor* y en su disposición transitoria quinta, con arreglo a la cual *en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por*

estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas: a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo. En atención a estas consideraciones el TC concluirá en la imposibilidad de que el órgano judicial pueda ya resolver el recurso de apelación que pende ante el mismo mediante la aplicación del art. 636 CP en la redacción vigente al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, apreciándose por el TC que ello implica una desaparición sobrevenida de los presupuestos de apertura del presente proceso constitucional, que determina su extinción, pues, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y ésta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (en este sentido, AATC 340/2003, FJ único; y 75/2004, FJ único).

2. Sentencia 27/2010, de 27 de abril (BOE de 27 de mayo). Ponente: Rodríguez Arribas (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24.1.

otros:

Objeto: Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de noviembre de 2006, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Contencioso–Administrativo núm. 2 de Sevilla, de 21 de julio de 2003, dictada en el procedimiento abreviado núm. 165–2003 seguido contra las resoluciones del Rector de la Universidad de Sevilla, de 13 de diciembre de 2002

Materias: Derecho a la tutela judicial efectiva: aspectos materiales y forales.

El objeto del proceso constitucional es Sentencia del Juzgado Contencioso–Administrativo núm. 2 de Sevilla que desestimó el recurso interpuesto por la recurrente en amparo contra las resoluciones del Rector de la Universidad de Sevilla que, anulando la propuesta de adjudicación a su favor, ordenaban la retroacción del proceso de selección en el que concursaba; se impugna asimismo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de noviembre de 2006, que desestimó el recurso de apelación, en todo caso entendiéndose

por la recurrente que se ha vulnerado su derecho de acceso a la jurisdicción pues la cuestión de fondo que planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa ha quedado imprejuizada al entender el órgano judicial de instancia, de forma rigorista y desproporcionada, que la falta de un concreto *petitum* referido a los actos impugnados en el suplico de la demanda equivale a la ausencia de pretensión; decisión que fue confirmada por el Tribunal de apelación, al que se atribuye, a su vez, una lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El TC, respecto de la Sentencia dictada por el Juzgado, advierte que aun siendo formalmente desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto, lo que en realidad contiene es una decisión obstativa de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada por la recurrente, por lo que, de acuerdo con su reiterada doctrina, debe, efectivamente, analizarse bajo el prisma de derecho de acceso a la jurisdicción que invoca la recurrente en amparo (entre otras muchas, SSTC 133/2005, FFJJ 2 y 5; 158/2005, FFJJ 4 y 5; 153/2008, FJ 2). En segundo lugar, si bien es cierto que en la demanda de amparo se imputa a la Sentencia dictada en apelación una vulneración autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), lo cierto es que el análisis constitucional de las quejas planteadas en la demanda debe iniciarse por la lesión que se atribuye a la Sentencia del Juzgado pues el desconocimiento del derecho cuya reparación se pretende arranca de dicha resolución judicial. Recordará el TC su consolidada doctrina, según la cual la denegación de una resolución sobre el fondo del asunto, elemento nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al proceso (art. 24.1 CE), tiene trascendencia constitucional cuando tal inadmisión suponga una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de error patente, así como cuando las reglas de acceso a la jurisdicción se interpreten de un modo rigorista, o excesivamente formalista, que revele una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión (o de no pronunciamiento sobre el fondo) preservan y los intereses que se sacrifican; en definitiva, se pretende evitar aquellas interpretaciones de la legalidad que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva (entre otras muchas, SSTC 27/2003, FJ 4; 3/2004, FJ 3; 133/2005, FJ 2; 158/2005, FJ 4; 33/2008, FJ 2; 114/2008, FJ 3; y 153/2008, FJ 2). Recordará ahora el TC que si bien la interpretación de los presupuestos y requisitos procesales corresponde a la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con la función que les atribuye en exclusiva el art. 117.3 CE (entre otras, SSTC 158/2005, FJ 4; 228/2006, FJ 2; 1/2007, FJ 2), también lo es que en estos supuestos de acceso a una primera resolución judicial, el canon de enjuiciamiento es más intenso, en atención a la relevan-

cia del derecho implicado, y entra en juego el principio *pro actione* que, si bien no comporta de forma automática la elección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo sí prohíbe la denegación injustificada de una resolución sobre el fondo; en desarrollo de esta doctrina el TC ha considerado que *la decisión judicial de inadmitir el recurso contencioso planteado por la demandante, por el simple hecho de no reiterar en el suplico de la demanda contenciosa el concreto acto impugnado, cuando del cuerpo de dicha demanda se desprende con absoluta claridad cuál es la resolución administrativa impugnada y la pretensión respecto de la misma, no puede sino calificarse de una decisión excesivamente rigorista y formalista, que produce unos efectos desproporcionados, vulnerándose, por tanto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su vertiente de acceso a la jurisdicción* (STC 294/2005, FJ 3; en el mismo sentido que la allí citada STC 113/2003); inisistirá en esta línea doctrinal el TC reconducido cómo en su reciente Sentencia 114/2008, FJ 3, calificó de *excesivamente rigorista y formalista* y generadora de *efectos desproporcionados* la decisión del órgano judicial de inadmitir el recurso contencioso-administrativo por no especificarse en el suplico de la demanda que también se impugnaba la resolución del recurso de alzada que confirmaba la anterior; al respecto sostuvo el TC que constituye *un exceso en la interpretación de los requisitos procesales y en la búsqueda de agilidad y concreción que los mismos persiguen*, a la vista de que del cuerpo de la demanda se deduce con claridad que la misma se dirigía también contra la resolución de alzada, que además incluía de forma expresa en su encabezamiento la referencia a dicho recurso de alzada; resulta evidentemente desproporcionado y manifiestamente riguroso que para determinar la inadmisión de la demanda se atiende a los defectos del suplico de la misma cuando del cuerpo del escrito se deducen con nitidez los elementos necesarios los elementos que se cuestionan (en este sentido, SSTC 289/2005, FJ 4; 226/2006, FJ 3). Estimaré el TC que la aplicación de esta doctrina conduce directamente al otorgamiento del amparo solicitado, pues la interpretación que realiza el órgano judicial de los arts. 31, 33, 56 y 85 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) resulta excesivamente rigorista y revela una clara desproporción entre los fines de la causa de inadmisión (o no pronunciamiento) y los intereses que sacrifica; tendrá en cuenta el TC que la Sentencia impugnada desestima el recurso porque en el suplico de demanda *no se contiene ningún concreto petitum que se refiera a los actos impugnados, más allá de la fórmula dialéctica sobre interposición de recurso, admisión a trámite y sustanciación ulterior pertinente*; por lo que, debiéndose juzgar dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos alegados para fundamentar el recurso, sólo puede dictar Sentencia dentro de lo pedido por las partes *habiendo de estarse –en todo caso e indefectiblemente– al petitum contenido en supli-*

co de demanda. El Juzgado consideró que se estaría ante un caso de ausencia de pretensión *que exige al juzgador de pronunciamiento alguno sobre tales alegaciones*; apreciará, sin embargo, el TC que del texto de la demanda queda perfectamente claro lo que se pretende, en concreto, la nulidad de las resoluciones del Rectorado por las que se acordó retrotraer el concurso celebrado para proceder a una nueva valoración de méritos con la consecuente anulación de la propuesta de adjudicación a su favor; la recurrente en amparo, por tanto, aunque no se exprese en los términos recogidos en el art. 31 LJCA, está ejerciendo una pretensión declarativa, de no resultar conforme a Derecho las resoluciones impugnadas, y de anulación de dichas resoluciones, al tiempo que se aprecia que en el cuerpo de la demanda contenciosa consta expresamente que se pretende *la anulación pura y simple de las resoluciones impugnadas* por motivos de extralimitación competencial del Rectorado; así como que *nuestra pretensión se concreta en la anulación de las resoluciones rectorales por intromisión o invasión de competencias* y también que *dichas resoluciones adolecen de causa de nulidad de pleno derecho de conformidad al art. 62.1 a) LRJPAC y vulneran a un tiempo el derecho fundamental del art. 23.2 CE, puesto que, como derivación de la intromisión e invasión competencial y ... la adjudicataria habrá de perder la plaza y su situación jurídica*; de donde deduce el TC que se aprecia claramente la voluntad de la recurrente de mantener su situación jurídica anterior a la aprobación de las resoluciones impugnadas cuya anulación pretende. Apreciará el TC, por tanto que es excesivamente rigorista y desproporcionado que el órgano judicial considere que el hecho de no incluir de forma concreta y expresa esta pretensión en el suplico de demanda equivale a su ausencia, sin realizar el análisis de las cuestiones de fondo planteadas; dará así razón a la demandante en amparo cuando, invocando la doctrina legal del Tribunal Supremo, recuerda que el suplico es un elemento que puede y tiene que ser integrado con los restantes elementos de la demanda que, en este caso, permite ver con claridad cuál es la finalidad de activar el mecanismo judicial. El TC acuerda estimar el recurso de amparo.

3. Sentencia 29/2010, de 27 de abril (BOE de 27 de mayo). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24.1
otros:

Objeto: Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Cana-

rias, recaída el 1 de diciembre de 2006 en el recurso ordinario núm. 1327-2003; y Auto de la misma Sección, de 23 de febrero de 2007, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la referida Sentencia.

Materias: Derecho a la tutela judicial efectiva.

Se trata de dilucidar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los demandantes de amparo; la citada resolución judicial desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los demandantes de amparo contra la Resolución de 31 de marzo de 2001 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias que había inadmitido su reclamación económico-administrativa contra la liquidación practicada a la sociedad mercantil Arbóreo, S.L. –de la que eran socios– por el impuesto sobre sociedades del ejercicio 1994 (cuyo resultado afectaba a sus liquidaciones individuales por el IRPF del año siguiente) por tratarse de un acto firme; la Sentencia recurrida parte de que el carácter estrictamente revisor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo impone que el único posible objeto de su enjuiciamiento sea la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias que inadmitió la reclamación económico-administrativa de los demandantes, excluyendo de su examen los motivos de impugnación referidos a la liquidación tributaria; desde tal planteamiento, tras consignar que los recurrentes no formularon alegación alguna contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional –sino sólo contra la liquidación tributaria–, añade la Sentencia que no se aprecia defecto alguno en la resolución económico-administrativa, por lo que procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo; sostienen los recurrentes que la Sentencia impugnada, en cuanto desestimó su recurso contencioso-administrativo sin pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones planteadas acerca de la liquidación tributaria, les ha privado de su derecho de acceso a la jurisdicción, al tiempo que incurre en incongruencia omisiva y, lejos de ser una resolución fundada en Derecho, contiene una motivación arbitraria y contraria a lo dispuesto en el art. 56.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) acerca de la obligación de los órganos judiciales de resolver todas las cuestiones formuladas por las partes aunque no hubieran sido planteadas anteriormente en la vía administrativa; a este planteamiento se opone el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Precisará el TC que el ámbito del presente recurso de amparo se circunscribe al examen de las resoluciones judiciales recaídas en el proceso contencioso-administrativo precedente; entiende que se halla ante un recurso formulado por el cauce del art. 44 LOTC, quedando excluidas de su enjuiciamiento las resoluciones administrativas, a las que ningún reproche se formula en el escrito de demanda; considera que la dimensión o vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) afectada por las resoluciones judiciales impugnadas es la del derecho de acceso a la jurisdicción,

puesto que la Sentencia recurrida, aunque desestima el recurso contencioso-administrativo en lo que respecta a la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Regional de inadmitir la reclamación económico-administrativa, tal desestimación se constituye en el impedimento para el pronunciamiento de fondo respecto de los motivos de impugnación referidos a la liquidación tributaria; recordará el TC que ya en la STC 160/2001 (FJ 3), y posteriormente en la STC 75/2008 (FJ 2), había vinculado con el derecho de acceso a la jurisdicción la negativa de los jueces o tribunales a pronunciarse sobre una determinada cuestión de fondo cuando, como en el presente caso, para ello se aduce por el órgano judicial que el carácter estrictamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa impide o limita el examen. Recordará el TC su doctrina derivada de las ocasiones en que se ha tenido que pronunciar al efectuar su control de constitucionalidad sobre resoluciones judiciales obstativas de un pronunciamiento de fondo, conformándose una doctrina con arreglo a la cual el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; habiéndose reiterado que, no obstante, al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 60/1982, FJ 1; 321/1993, FJ 3; y 185/2009, FJ 3, entre otras muchas); destacará, asimismo, el TC que aunque la apreciación de cuándo concurre una causa obstativa del pronunciamiento de fondo es cuestión de legalidad ordinaria que compete efectuar a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE, no obstante éstos quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 118/1987, FJ 3; 88/1997, FJ 2; 3/2004, FJ 3; y 187/2009, FJ 2). A la luz de esta doctrina, contrastará el TC el supuesto específico objeto de este litigio: a su entender, la liquidación por el impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 1994 que se practicó a la sociedad mercantil Arbóreo, S.L., fue impugnada tanto por la propia sociedad como por determinados socios, entre ellos los demandantes de amparo; el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias resolvió, en primer lugar, la reclamación formulada por la entidad mercantil, procediendo a su desestimación (a causa de no haber

presentado alegaciones en el curso del procedimiento económico-administrativo) y, tras ello, procedió a inadmitir la reclamación presentada por los demandantes de amparo, en aplicación del art. 55 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, que aprobó el Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, esto es, por considerar que, una vez desestimada la reclamación formulada por la sociedad, la liquidación tributaria adquirió firmeza, lo que impide su revocación o modificación; esta decisión, a su vez, fue recurrida judicialmente, razonándose en la demanda contencioso-administrativa, en primer lugar, acerca de la legitimación de los socios para impugnar la liquidación practicada a la sociedad mercantil y alegándose, a continuación, sobre los motivos dirigidos específicamente a combatir la liquidación tributaria. El órgano judicial desestima el recurso sin efectuar el examen de los motivos de impugnación referidos a la liquidación tributaria, al considerar que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa le obliga a ceñir su control a la correcta aplicación del art. 55 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias. Subrayará el TC que ya he resuleto, mediante SSTC 36/2009 y 61/2009, sendos recursos de amparo contra resoluciones de la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas que, pese a traer causa de impugnaciones contra la misma liquidación tributaria, ofrecen una relevante diferencia con el presente recurso de amparo; en las citadas decisiones, se apreció que el órgano judicial había vulnerado el art. 24.1 CE como consecuencia de no haber dado respuesta a diversos motivos de impugnación planteados en los respectivos recursos contencioso-administrativos en virtud de una concepción del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en abierta oposición con el art. 56.1 LJCA, con arreglo al cual *en los escritos de demanda y de contestación ... podrán alegarse cuantos motivos proceda, hayan sido o no planteados ante la Administración*; por el contrario de lo constatado en las decisiones ya citadas, aducirá el TC, en el presente caso la causa de inadmisión apreciada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional –la firmeza de la liquidación tributaria– si es obstativa del examen de los motivos de impugnación formulados contra la liquidación misma; considera el TC que si la liquidación tributaria hubiera devenido firme es claro que ni el Tribunal Económico-Administrativo Regional ni el órgano judicial podrían ya examinar la impugnación formulada contra dicha liquidación (salvo que se fundara en motivos de nulidad de pleno derecho, lo que en este caso no se alega); más aún, al confirmar la Sentencia la inadmisibilidad de la reclamación económico-administrativa, sería una clara incoherencia que el órgano judicial entrara a examinar lo que, a su juicio, no podía ser ya cuestionado: la legalidad material de una liquidación tributaria que habría adquirido firmeza en vía administrativa (en el mismo sentido, ATC 313/2007, FJ 3); no obstante, puesto que los demandantes de amparo objetan la firmeza de la liquidación tributaria, considerará el TC que su juicio de constitucionalidad deberá recaer precisamente sobre el pronunciamiento del órgano judicial que asume la apreciación del Tribunal Económico-Administrativo Regional acerca de la

firmeza de la liquidación tributaria, al ser tal pronunciamiento el *prius* sobre el que descansa la subsiguiente decisión de no examinar los motivos de impugnación referidos a dicha liquidación tributaria; delimitará su competencia el TC estableciendo que sólo le compete examinar si la contestación del órgano judicial se ha efectuado de forma razonada y congruente mediante una resolución que no incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente, ni suponga la denegación de una respuesta de fondo incompatible con el principio *pro actione*; entenderá el TC que la Sentencia consigna dos razones para desestimar el recurso contencioso-administrativo en lo que atañe a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional y, como consecuencia de ello, no entrará a examinar los motivos de impugnación referidos a la liquidación tributaria practicada por la AEAT: la ausencia de alegaciones específicamente dirigidas a combatir la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional y la corrección de la decisión de este órgano administrativo; por lo que se refiere a la supuesta falta de alegaciones, la mera lectura de la demanda contencioso-administrativa pone de manifiesto que el primero de los motivos del recurso versó, precisamente, sobre la legitimación de los socios para impugnar la liquidación practicada a la sociedad o, en su caso, para intervenir en el procedimiento promovido por la misma, sustentándose tal posición en el examen de los arts. 30 y 31 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, en la noción de *interés legítimo* y en la cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, todo lo cual se dirige a combatir la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Regional de inadmitir su reclamación económico-administrativa; apreciará el TC que la afirmación de la Sentencia objeto del litigio acerca de la ausencia de actividad alegatoria no se corresponde con la realidad procesal, de modo que entiende encontrarse ante un error con relevancia constitucional, al tiempo que considerará jurisprudencia plenamente asentada por el TC que para que un error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que concurren varios requisitos: En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; es necesario, en segundo lugar, que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el art. 44.1 b) LOTC; en tercer lugar, ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente, es decir, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por conducir a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia; por último, ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional (por todas, SSTC 96/2000, FJ 4; 55/2001, FJ 4; 36/2002, FJ 6; 59/2003, FJ 7; y 105/2006, FJ 5). La

aplicación de esta doctrina constitucional al caso concreto conduce al TC a apreciar la existencia de un error patente, puesto que: en primer término, la inexistencia de alegaciones se arguye como motivo de la desestimación del recurso contencioso-administrativo; este error, en segundo término, es imputable exclusivamente al órgano judicial, e incluso, la parte recurrente lo indicó en su escrito solicitando la nulidad de actuaciones; nos encontramos, en tercer término, ante un error de hecho, verificable inmediatamente con la lectura de las actuaciones judiciales; y, finalmente, la falta de toma en consideración de tales alegaciones priva a los recurrentes de una respuesta de fondo sobre las cuestiones planteadas. Considerará, finalmente el TC que el segundo de los motivos expresados por el órgano judicial para proceder a la desestimación del recurso contencioso-administrativo es la correcta aplicación por el Tribunal Económico-Administrativo Regional del art. 55 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas; considerará el TC que se trata de una afirmación apodíctica desprovista del necesario soporte argumental, pues ni explícita ni implícitamente puede conocerse o deducirse cuál ha sido su sustento; se obvia así que el pronunciamiento del órgano judicial ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que los interesados, los órganos judiciales superiores, en su caso, y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones, evitando incurrir en la tacha de arbitrariedad, que hemos caracterizado como una actuación judicial sin razones formales ni materiales y que resulta de una *simple expresión de la voluntad* o de un *mero voluntarismo judicial* (por todas, SSTC 160/1997, FJ 7; 82/2002, FJ 8; y 164/2002, FJ 4); se estima el recurso de amparo dado que la Sentencia impugnada resulta lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, sin que tal defecto fuera corregido por el posterior Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones formulado.

4. Sentencia 36/2010, de 19 de julio (BOE de 9 de agosto). Ponente: Pérez Vera (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24; 25

otros:

Objeto: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, dictada en procedimiento abreviado núm. 309-2005 y contra la Resolución del Director General de Movilidad, del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005

Materias: Presunción de inocencia. Principio de legalidad penal. Procedimiento administrativo sancionador: principios.

La presente demanda de amparo se dirige contra la Resolución del Director General de Movilidad, del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005, por la que se sanciona a la demandante por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable, prevista en el art. 72.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (en la redacción dada por la Ley 19/2001, de 19 de diciembre: LSV) y la posterior resolución judicial dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, recaída en procedimiento abreviado núm. 309-2005, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el citado acto administrativo; la demandante de amparo denuncia la vulneración, por un lado, de los derechos recogidos en el art. 24 CE, en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva, y a la presunción de inocencia, por cuanto se ha invertido por parte de la actuación administrativa la carga de la prueba al exigirse que la recurrente pruebe su inocencia; or otro lado, denuncia, asimismo, la vulneración del art. 25.1 CE, al no haberse respetado el principio de legalidad ni en el procedimiento administrativo sancionador, ni en la resolución judicial cuestionada pues en ambos casos se extiende el tenor de la norma sancionadora subsumiendo indebidamente la conducta de la recurrente en el tipo que se recoge en la misma; el Ministerio Fiscal dirige su argumentación a constatar la lesión del principio de legalidad sancionadora y reprocha a ambas resoluciones, administrativa y judicial, la ausencia de una motivación concreta y cognoscible en términos que permitan calificar como razonable la subsunción de los hechos en el tipo aplicado para imponer la sanción (en concreto, el contenido en el art. 72.3 LSV); pone de manifiesto la conducta de la recurrente, que identificó al conductor infractor aportando, incluso, la fotocopia de su licencia de conducir, mientras que, por parte de la Administración, no se inició actuación alguna contra el mismo sino que se procedió a sancionar, tras incoar el oportuno procedimiento administrativo, a la demandante en amparo sobre la base de que no había identificado de forma veraz al infractor; en consecuencia, interesa la estimación del recurso de amparo y la correspondiente anulación de las resoluciones impugnadas. La representación procesal del Ayuntamiento se opone, por su parte, a la estimación de la presente demanda. Estima correcta, en primer lugar, la apreciación realizada por la Administración en orden a considerar insuficiente la actividad probatoria realizada por la demandante, pues de la misma no puede deducirse que, a quien ha identificado como infractor, se encontrara en España en el momento de la denuncia; igualmente pone de manifiesto

que el tipo aplicable impone el deber de identificación veraz, recordando que el identificado como infractor es extranjero, señalando la frecuencia de este tipo de identificaciones y la dificultad de la Administración, en estos casos, para dirigirse contra los identificados como infractores. Considerará el TC que aunque la demandante denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que, más allá de una genérica referencia a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el encabezamiento de la demanda, no se contiene argumentación alguna que permita discernir las razones por las que se entiende vulnerado el art. 24.1 CE en el presente caso; la argumentación de la demanda gira en torno a la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE); como quiera que la lesión de ambos derechos ya fue puesta de manifiesta en el correspondiente recurso contencioso-administrativo y debatida en sede jurisdiccional, la presente demanda encaja más estrictamente en los amparos contra actos dictados por la Administración (según se dispone en el art. 43.1 LOTC); apuntará el TC cómo, desde el punto de vista de la demandante, a la actividad del órgano juzgador se le reprocha el que no ha corregido la lesión padecida en vía administrativa y no el que sea lesiva, por sí misma, de los derechos fundamentales referidos. Este es el planteamiento del TC cuando afirma que *“las decisiones producidas en esta vía judicial no han de ser objeto de impugnación por la sola razón de no haber estimado la pretensión deducida por el recurrente. Estas decisiones desestimatorias no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administración presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son, por tanto, en sí mismas causas de lesión. Otra interpretación llevaría a entender, en definitiva, que no hay más actos u omisiones atacables en vía de amparo constitucional que los actos u omisiones de los órganos judiciales (STC 6/1981, FJ 2); considerará el TC la identidad del supuesto con el resuelto mediante la STC 54/2008; considerará que en ambos casos, en el origen del asunto se encuentra una denuncia por estacionamiento indebido, la identificación del conductor infractor por parte del titular del vehículo denunciado, la condición de extranjero del infractor, la no acreditación, por parte del titular del vehículo, de la efectiva estancia del infractor en España en la fecha de la denuncia y la apertura por parte de la Administración de un expediente sancionador, al amparo de lo dispuesto en el art. 72.3 LSV, que concluyó con la sanción del titular del vehículo por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento del deber de identificación; por tanto la solución al tema planteado también ha de ser la misma. En la STC 54/2008, tras ponerse en relación el tipo que contiene la infracción aplicada (el art. 72.3 LSV) con el caso se concluyó que [l]as circunstancias concurrentes en este caso, de un lado, la identificación por parte del demandante de amparo de la persona que conducía su vehículo en el momento de la infracción en*

los términos en los que la ha llevado a cabo, y, de otro lado, la inactividad administrativa en orden a comunicar con la persona identificada, ponen de manifiesto que la motivación de las resoluciones administrativa y judicial impugnadas, al exigir al recurrente que acreditase la presencia en Madrid del conductor de su vehículo en las fechas en las que se cometió la infracción, así como que era en realidad el conductor, no responde a una argumentación lógica ni razonable que permita subsumir la conducta del recurrente en el tipo aplicado. En efecto, ni la norma exigía expresamente que se facilitaran estos concretos datos, aun tratándose de una persona residente en el extranjero, ni, conforme al modelo de argumentación aceptados en la comunidad jurídica, cabe extraer tal exigencia de la misma, una vez que se había indicado a la Administración el nombre, los dos apellidos, el número de permiso de conducir y el domicilio del conductor, lo que, en principio y sin que las circunstancias concurrentes permitan presumir otra cosa, dada la inactividad de la Administración, parece, por una parte, que supone una respuesta congruente con el deber de identificar a una persona impuesto por el art. 72.3 LSV y, por otra, que es suficiente con la finalidad de la exigencia legal, que es la de permitir a la Administración dirigir eventualmente contra esa persona un procedimiento sancionador (STC 197/1995, FJ 7)” (STC 54/2008, FJ 6); afirmará el TC que frente al argumento utilizado por la resolución dictada en el procedimiento contencioso-administrativo, que estima conforme con el precepto indicado que, en los casos como el presente, en los que el conductor infractor reside fuera de España, el deber probatorio se extienda a la acreditación, siquiera sea de forma indiciaria, de que tal persona se encontraba en la fecha en la que se cometió la infracción en el lugar de la misma, reiterará el TC con la Sentencia citada que no pued[e] inferirse en modo alguno de aquel precepto legal un distinto régimen en la obligación de identificar al conductor responsable de la infracción en función de que resida o no en el extranjero (STC 54/2008, de 1 de abril, FJ 6); añadiendo que la inactividad de la Administración, en orden a comunicarse con quien fue identificado como infractor, hace irrelevante el hecho puesto de manifiesto en el trámite de alegaciones del presente recurso de amparo por parte de la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid, en el sentido de que el domicilio del conductor infractor señalado en el primer requerimiento atendido por la recurrente no concuerda con el que consta en la fotocopia de la licencia de conducir aportada posteriormente, pues lo cierto es que la Administración no ha intentado practicar notificación en ninguno de ellos; siendo esto así, difícilmente puede sostenerse que la identificación realizada por la demandante no haya sido veraz, terminará diciendo el TC; la exigencia de que junto con la identificación del conductor infractor se acredite o pruebe su efectiva estancia en el lugar y fecha en la que se cometió la infracción supone una extensión del contenido del precepto que ha de reputarse contraria al principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Se concede el amparo declarand la nulidad de la resolución del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de

marzo de 2005, recaída en el expediente núm. 34/33280241.3, sobre incumplimiento por el propietario de un vehículo a motor del deber de identificar al conductor responsable de una infracción de tráfico, así como la de la Sentencia núm. 444/2005, de de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, recaída en el procedimiento abreviado núm. 309-2005.

5. Sentencia 31/2010, de 28 de junio (BOE de 16 de julio). Ponente: Casas Baamonde (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 1.1 y 2; 3; 10.1; 11; 13; 15; 16; 18; 20; 23; 27; 31.3; 38; 53.1; 54; 81.1; 123; 130.3; 137; 138; 139; 141; 144.5; 147; 148.2; 149.1.1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 13, 14, 18, 20, 21, 24, 27, 30, 32; 149.3; 152; 158.1; 168

otros:

Objeto: Diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Materias: La inusual extensión de la presente Sentencia hace literalmente inviable la posibilidad de un resumen o ficha como el que acostumbramos; en atención a este dato nos hemos limitado a dar noticia de ella, si es que fuere necesario; citar los preceptos constitucionales que se han manejado, sin que tengamos la seguridad de que esté citados todos los que se han manejado y a reproducir el Fallo, que es del siguiente tenor:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y, en consecuencia,

Declarar que

1º Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”.

2º Son inconstitucionales y, por lo tanto, nulos: la expresión “y preferente” del apartado 1 del art. 6; el apartado 4 del art. 76; el inciso “con carácter exclusivo” del apartado 1 del art. 78; el art. 97; los apartados 2, letras a), b),

c), d) y e), y 3 del art. 98; los incisos “y con la participación del Consejo de Justicia de Cataluña” de los apartados 5 y 6 del art. 95; el inciso “por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y” del apartado 1 del art. 99; el apartado 1 del art. 100; el inciso “o al Consejo de Justicia de Cataluña” del apartado 1 y el apartado 2 del art. 101; el inciso “como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto” del art. 111; el inciso “los principios, reglas y estándares mínimos que establezcan” del apartado 2 del art. 120; el inciso “los principios, reglas y estándares mínimos fijados en” del apartado 2 del art. 126; el inciso “siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar” del apartado 3 del art. 206; y el inciso “puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e” del apartado 2 del art. 218.

3º No son inconstitucionales, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica, los siguientes preceptos: el art. 5 (FJ 10); el apartado 2 del art. 6 [FJ 14 b)]; el apartado 1 del art. 8 (FJ 12); el apartado 5 del art. 33 (FJ 21); el art. 34 (FJ 22); el apartado 1 y el primer enunciado del apartado 2 del art. 35 (FJ 24); el apartado 5 del art. 50 (FJ 23); el art. 90 (FJ 40); los apartados 3 y 4 del art. 91 (FJ 41); el apartado 2 del art. 95 (FJ 44); el art. 110 (FJ 59); el art. 112 (FJ 61); el art. 122 (FJ 69); el apartado 3 del art. 127 (FJ 73); el art. 129 (FJ 76); el art. 138 (FJ 83); el apartado 3 del art. 174 (FJ 111); el art. 180 (FJ 113); el apartado 1 del art. 183 (FJ 115); el apartado 5 del art. 206 (FJ 134); los apartados 1 y 2, letras a), b) y d) del art. 210 (FJ 135); el apartado 1, letra d), del art. 222 y el apartado 1, letra i), del art. 223 (FJ 147); el apartado 1 de la disposición adicional tercera (FJ 138); y las disposiciones adicionales octava, novena y décima (FJ 137).

4º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

POTESTAD NORMATIVA LOCAL

Las Entidades Locales, de acuerdo con la Carta Europea de Autonomía Local, tienen dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra Administración.

“El motivo de casación trasluce una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad. de suerte que la Corporación Local solo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

para ello. Sin embargo, hoy en día no es su concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquellas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia. si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

En esta línea. prescindiendo ahora por su problemática singular de algunas significativas que se refieren a la potestad normativa local en materia sancionadora (como por ejemplo las de 29 de septiembre de 2003 y 25 de mayo de 2004, son de oportuna cita dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en el recurso de apelación 5996/1992 y en el de casación 1346/2004, En la primera de ellas, frente a la tesis que negara la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia. afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución, la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 “las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”, y en la segunda. en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias. como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado. siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, “para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local”, Las anteriores reflexiones son también predicables a supuestos en que las Entidades Locales extiendan el ámbito de aplicación de normas autonómi-

cas a supuestos en éstas no previstos, denuncia ésta que concita gran parte del esfuerzo argumental de la recurrente, pues esto, de ser así, no sería sino la manifestación del ejercicio de la competencia normativa local, dotando de una determinada regulación a un concreto campo de la realidad social sujeto al ámbito de sus competencias”.

(STS de 9 de diciembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 2069).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

SOCIEDAD MERCANTIL PÚBLICA

El TS declara la nulidad del Decreto 117/1998 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se modifican los estatutos de EGMASA, por omisión del trámite de audiencia y participación de personas o entidades afectadas (artículo 105 CE), frente al pretexto alegado por la Administración demandada de tratarse de una norma de mera autoorganización.

“Distinta es la conclusión relativa al defecto del trámite de audiencia. al aclararse en este caso el derecho constitucional de participación pública.

A juicio de la Administración demandada, el trámite de audiencia no es necesario por tratarse de una norma organizativa, y porque, en cualquier caso y según se afirma. dicho trámite solo es preceptivo para las Asociaciones u Organizaciones que no tienen el carácter de voluntarias. que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, pero no para las de carácter voluntario, entre las que están las citadas por el sindicato recurrente.

Frente a ello, considera éste que se ha cometido infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, por el que se regula el procedimiento de elaboración de los Reglamentos. en relación con la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que impide que las sociedades mercantiles estatales puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

De conformidad con el artículo 24 el de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. del Gobierno, aplicable al caso de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la ya derogada Ley 6/1983. de 21 de julio del Gobierno y Administración de la comunidad Autónoma de Andalucía, «*elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciuda-*

danos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado».

El trámite de audiencia no es aplicable «a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las ‘Organizaciones dependientes o adscritas a ella».

Ciertamente, y según se anticipaba, la simple modificación de los Estatutos societarios de una empresa dependiente de la Administración, aun teniendo en su integridad capital público, no supone materialmente el vaciamiento de potestades administrativas, como tampoco incide directa e inmediatamente en la situación de los funcionarios públicos, como no afecta a los intereses defendidos por el sindicato recurrente la distribución competencial entre diversos departamentos.

No obstante, según ya indicamos, existe cierto nexo entre el interés defendido por el sindicato recurrente y el contenido de la disposición impugnada, nexo causal que le atribuye la legitimación activa en este proceso, pues aquél asume la defensa de los intereses de los funcionarios pertenecientes a cualquier Administración y, en cuanto se afecten “*los derechos e intereses legítimos*” de éstos, será preciso o, al menos, conveniente el trámite de audiencia, y así hemos declarado en otras ocasiones que la cuestión del trámite de audiencia está vinculada estrechamente a la legitimación para recurrir.

En el caso enjuiciado, el ya examinado riesgo potencial de fuga del Derecho administrativo que tiene lugar con el Decreto objeto de recurso, aunque existiese con anterioridad a la norma impugnada, tiene su concreción en un diferente sistema de contratación administrativa, en la exclusión de gran parte de la actividad de estas empresas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, especialmente, en excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la Constitución Española establece preceptivamente para los funcionarios públicos, rigiendo un sistema de libre selección de un personal cuyas retribuciones van a ser sufragadas con el erario público, y que a la vista del objeto societario pueden desempeñar funciones similares a las que desarrollan éstos.

Ese riesgo de huida silenciosa, cualifica el interés defendido por el sindicato recurrente, y refuerza la necesidad de dar audiencia, como parte esencial de principio de participación pública, no solo al sindicato de funcionarios recurrente sino también al resto de entidades que defiendan intereses afectados por el ámbito de actuación de la Administración demandada.

Como se decía en la Sentencia de esta Sala Tercera de 1 diciembre 2008, es el propio apartado c) del artículo 24 de la Ley 50/1997, el que en términos generales marca la pauta de cuáles son los ciudadanos que han de ser oídos y a través de qué organizaciones o asociaciones se instrumentará la audiencia, y se entiende que serán en general aquellos ciudadanos cuyos intereses o derechos legítimos pueden ser perturbados o afectados por la disposición general impugnada.

Es cierto que en otras ocasiones esta misma Sala (por todas, Sentencia de 12 octubre 2008) ha limitado la audiencia en la elaboración de este tipo de disposiciones a las corporaciones de adscripción obligatoria, pero no lo es menos que en la gran mayoría de esos casos se otorgó audiencia a otras personas o entidades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma, de manera que mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sus trayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente autoorganizativa.

Por lo que respecta a la naturaleza no corporativa de la organización sindical recurrente, se ha de indicar que ya en la Sentencia de esta Sala, de fecha 27 de mayo de 2002, se apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación que en este aspecto recoge el artículo 105 de la Constitución, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos intereses afectados, aun cuando lo sean de manera indirecta o potencialmente futura.

Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, la función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado pues, cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores, sean de necesario ejercicio colectivo (Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1982, fundamento jurídico tercero), en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 o 217/1991 entre otras).

Queda así clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores» (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico quinto).

Estas mismas razones, por las que se reconoce legitimación causal al sindicato para accionar en vía jurisdiccional frente al Decreto impugnado por estar en entredicho “intereses colectivos de los trabajadores», son las que vienen a servir de fundamento a la necesidad del trámite de audiencia en su proceso de elaboración, pues, repetimos, la cuestión de la participación pública y el trámite de audiencia están íntimamente relacionados con la legitimación para recurrir.

Es necesario recordar la importancia del derecho constitucional a la participación individual y colectiva consagrado en el art. 105 CE, que no puede quedar sometido a la pura discrecionalidad de la Administración, por lo que en determinados casos excepcionales y cuando la trascendencia de la norma, cual este caso, pueda afectar los intereses, aún genéricos, del personal que sirve a la Administración, se hace preciso, al menos, la audiencia de entidades y asociaciones que, como el sindicato recurrente, puedan realizar alegaciones y presentar informes sobre aquello que pudiera afectar al ámbito de esos “intereses colectivos”, ahora concretamente los de los funcionarios cuya protección el sindicato tiene encomendados, y a las facultades que la Constitución y la Ley les atribuye.

En la elaboración del Decreto, objeto de impugnación, hubiera sido de todo punto útil que los distintos sindicatos, que representan los intereses de los funcionarios públicos y en general del personal al servicio de la Administración, y las Corporaciones profesionales, relacionadas con el objeto social de EGMASA, hubieran podido, al menos, emitir su parecer o juicio sobre la misma, formulando alegaciones, dado el conocimiento e interés que tienen en la actividad ambiental de la Administración Pública y en el posible desapoderamiento de atribuciones de ésta.

Efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silenciosa, y muchas veces oculta en normas auto-organizativas, que por los motivos ya indicados no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menor trascendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vida administrativa.

La exigencia del trámite de audiencia en la elaboración de normas como la que nos ocupa, a la vista de la finalidad constitucional de la misma, permitiría, al menos, tener en consideración, antes de su aprobación, las alegaciones que formulen aquellos que representen intereses afectos por el futuro de la Administración de la que dependen, aun más si se tienen en cuenta las difi-

cultades posteriores de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa muchos de los actos aplicativos del Decreto, que son los que podrían consumir el riesgo temido por la parte que ahora impetra el auxilio judicial. La doctrina científica e instituciones, como el Defensor del Pueblo, insisten en que la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos, a través de formas jurídico privadas, no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma con la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas, de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contencioso-administrativa ya, que precisamente tiene por función esencial revisar la actuación de la Administración. No puede olvidarse que tales entes instrumentales siguen teniendo, con independencia de su forma jurídica, naturaleza de poderes públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo) y por ello están sometidos a los principios constitucionales a los que se debe escrupulosamente ajustar la Administración: artículos 9.3, 53.1, 103.1 o 105 c) de la Constitución, entre otros, Resulta significativo que el propio informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, obrante en el expediente administrativo, se atreva a poner de manifiesto la misma denuncia que realiza el sindicato recurrente.

Es por ello, y ante la trascendencia de la cuestión debatida, que remisiones al Derecho Privado en materias como la que nos ocupa, deben ser analizadas con rigor y cautela.

En el caso sometido a nuestro juicio, la modificación estatutaria y con ella la redefinición de las actividades que puede desarrollar EGMASA, antes contempladas genéricamente, aun siendo una previsión programática no atributiva directa o materialmente de competencias, no es indiferente para el ciudadano porque representa una forma de organización de la Administración para desarrollar actividades y servicios de interés general, y menos aún para el colectivo de funcionarios públicos, cuyos intereses defiende el Sindicato recurrente, de manera que, atendida la naturaleza del trámite de audiencia, su participación era necesaria en la elaboración de la disposición general cuestionada, que, al faltar, implica la nulidad radical del Decreto impugnado, conforme a lo establecido en el citado artículo 62.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo debemos declarar, según lo dispuesto concordadamente en los artículos 68.1 b, 70.2, 71.1 al y 72.2 de la Ley de esta Jurisdicción”.

(STS de 24 de noviembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 9º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1823).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER GENERAL

Se declara la responsabilidad de la persona jurídica encargada de la custodia de los expedientes médicos, sin que pueda imputarse a un tercero la responsabilidad, al ser un administrativo de la propia sociedad actora quien depositó los expedientes en el contenedor de la vía pública.

“Se interpone el presente recurso de casación contra sentencia de 18 de enero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de la Audiencia Nacional que resuelve, desestimándolo, el recurso interpuesto por la representación de la entidad “Sociedad Ginecológica Dr. Chacón. SL” contra resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 4 de marzo de 2005 sobre sanción en materia de protección de datos.

En el párrafo segundo de su fundamento de derecho primero, el Tribunal de instancia recoge las circunstancias a tener en cuenta en el recurso jurisdiccional en los siguientes términos: «1.- En septiembre de 2003 se publicó en la prensa que expedientes médicos de pacientes en la Clínica del Sagrado Corazón fueron encontrados en un contenedor de Sevilla. 2.- En dicho lugar se encontraban 158 documentos que integran la “historia de urgencias”, en unas hojas de color rosa, que constituyen la copia de la historia clínica que queda en poder del facultativo y posteriormente bajo la custodia de la sociedad recurrente. Cada historia tiene otras dos copias, una de color blanco que se entrega al paciente y otra de color amarillo destinada al archivo de la Clínica del Sagrado Corazón. 3.- Todas las historias estaban fechadas del 22 de julio al 2 de septiembre de 2003 y las pacientes habían sido asistidas en consulta tocoginecológica, por lo que su contenido hacía referencia al motivo de la consulta, antecedentes, alergias, medicación, resultado e la exploración física, juicio clínico y tratamiento. 4.- El servicio de urgencias, en el área tocoginecológica de la Clínica Sagrado Corazón, se presta por la sociedad recurrente y los facultativos de este servicio lo realizan como profesionales autónomos percibiendo su retribución por acto médico. La relación contractual entre la Clínica citada y la sociedad recurrente y entre ésta y los facultativos es de carácter verbal, pues la única documentación existente son las liquidaciones mensuales emitidas por el valor de los servicios prestados».

...”

“En el motivo casacional tercero denuncia la recurrente la infracción del artículo 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y 4.2 del Código Civil relativos a los principios de tipicidad y legalidad, y a

la interdicción de la analogía en los procedimientos sancionadores, en relación con la incorrecta aplicación del artículo 44.3.h) de la Ley Orgánica de Protección de Datos, Motivo que, al igual que el anterior, ha de ser rechazado, pues como se deduce de la propia resolución administrativa impugnada y se razona en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, en el presente caso la Agencia de Protección de Datos ha aplicado una sanción, no por la comisión de la falta grave a que se refiere el motivo previsto en el artículo 44.3.h) de la Ley 15/99, sino por la falta muy grave que se regula en el artículo 44.4.g) de dicha Ley Orgánica.

En el motivo casacional cuarto se denuncia la vulneración del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé que solamente puedan ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple observancia.

Según se deduce del contexto de la sentencia recurrida y de la propia resolución administrativa, la sanción impuesta a la recurrente fue por la negligencia apreciada en la misma que dio lugar a una clara infracción de la Ley Orgánica 15/1999, y que es, evidentemente, atribuible a la recurrente en su condición de persona jurídica, sin que por parte de ésta pueda eludirse su responsabilidad sobre la base de la afirmación de que los hechos de los que se deriva la responsabilidad resultan de que la documentación fue depositada en un contenedor de la vía pública por un tercero, al que, al final, en el motivo casacional se identifica con un administrativo de la propia recurrente, lo que excluye esa calificación de tercero y comporta la atribución de responsabilidad para la actora, sin que pueda, lógicamente y con seriedad, argumentar su falta de conocimiento de los hechos imputados con vulneración del principio de responsabilidad”.

(STS de 2 de junio de 2010, Sala 3ª, Secc. 6ª, F.D. 1º y 2º, Magistrado Ponente Sr. Puentes Prieto, Ar. 2516).

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA

PLAN RECTOR DE USO Y GESTIÓN DE ESPACIO PROTEGIDO

El TS distingue entre limitaciones a los titulares de derechos sobre los predios incluidos en el espacio protegido y privación de derechos. Por ello los Planes reguladores de dichos espacios deben contener los instrumentos financieros y el régimen económico, para atender a las indemnizaciones que sean procedentes, siendo éste un motivo más de nulidad.

“Nos queda por examinar el tercer y último motivo de impugnación el Decreto autonómico 65/1998, de 17 de marzo, del Gobierno de Aragón, invocado por los demandantes en su escrito de demanda, consistente en el carácter expropiatorio de dicha norma con vulneración de lo establecido en los artículos 33.3 de la Constitución, 348.1 y 349.1 del Código Civil y 1 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Esta causa de impugnación, a diferencia de las anteriores, no puede ser estimada porque, aunque el Plan Rector de Uso y Gestión del Paisaje Protegido de los Pinares de Rodeno, aprobado por Decreto 65/1 998, de 17 de marzo, del Gobierno de Aragón contiene una zonificación, directrices de uso, régimen de usos y normativa de uso, que implican, ciertamente, limitaciones y condiciones para los titulares dominicales o de otros derechos legítimos sobre los predios incluidos en la zona afectada por la declaración de paisaje protegido, tales limitaciones no constituyen una ablación del dominio o de esos otros derechos, de manera que solo en la medida que éstos resulten afectados de hecho han de conllevar las correspondientes indemnizaciones, incluido el justiprecio expropiatorio cuando se produzca una total privación del derecho en cuestión, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 de la referida Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de Flora y Fauna Silvestre, la declaración de un espacio como protegido lleva aparejada la de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, así como la facultad de la Administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas intervivos de terrenos situados en el interior del mismo.

Las indicadas limitaciones, inherentes a la declaración de espacio protegido, no son determinantes de la ilicitud de la norma que las establece, sino que comportan el derecho a una cóngrua reparación, que los afectados están legitimados para pedir a la Administración, y es una de las razones por las que se hace necesario que las normas reguladoras de dichos espacios naturales protegidos deban contener, según establecen los artículos 11 y 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, los instrumentos financieros y el régimen económico para atender a las indicadas compensaciones, reparaciones o indemnizaciones, que, como ya hemos expresado anteriormente, el Plan Rector impugnado no contiene y es uno de los motivos por los que procede declarararlo nulo de pleno derecho”.

(STS de 10 de diciembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 2189).

XIII. FUENTES

CÓDIGO TÉCNICO DE LA EDIFICACIÓN

El TS declara la nulidad del artículo 2.7 al igual que las definiciones de “*uso administrativo*” y “*uso pública concurrencia*”, del Real Decreto 314/2006 por el que se aprobó el Código Técnico de la Edificación, porque la clasificación de los edificios y sus dependencias contenida en éste no respeta la establecida en el artículo 2.1 de la Ley 38/1999, de 5 de diciembre, de Ordenación de la Edificación.

“Una cuarta Corporación profesional demandada, cual es el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos Agrícolas, considera que el precepto y definiciones cuestionados contienen una redacción que plantea una duda razonable acerca de la posible apreciación de la vulneración legal alegada, pero su análisis en el conjunto normativo en que se insertan evidencia que es irrelevante, a efectos de la habilitación de titulaciones académicas y profesionales, la clasificación recogida en los Documentos Básicos, pues se distingue conceptual y funcionalmente de los usos principales contemplados en el artículo 2.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Los demás demandados, con el Abogado del Estado a la cabeza, afirman que la distinta clasificación respecto de la Ley de Ordenación de la Edificación está completamente justificada por la finalidad específica del Código Técnico de la Edificación, establecida en el artículo 3.2 de aquella y no afecta, nada más que en la imaginación y suspicacia de los profesionales agrupados en la corporación demandante, a la, atribuciones competenciales previstas en el artículo 10.2 de dicha Ley.

Es cierto que el Código Técnico de la Edificación no tiene el cometido de atribuir competencias sino de establecer las exigencias básicas que deben cumplir los edificios, incluidas las instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad (artículo 3.2 y disposición final segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 y artículo 1 del propio Código Técnico de la Edificación, pero no es menos cierto que el Código Técnico de la Edificación viene a desarrollar la Ley de Ordenación de la Edificación y, como tal disposición administrativa de carácter general, no puede contradecir lo puesto en aquella, por lo que resulta, cuando menos, confuso y perturbador que, al clasificar los edificios en sus Documentos Básicos, pueda apartarse de aquella clasificación, a la que en principio reconoce que debe atenerse, que trata de justificar con el fin de adecuar las exigencias básicas a los posibles riesgos asociados a las actividades que dichos edificios vayan a dedicarse.

Entre las reglas interpretativas de las normas del ordenamiento jurídico, nuestro Código Civil confiere singular importancia al espíritu y finalidad de aquéllas (artículo 3), razón por la que el reglamento de desarrollo de una Ley, cual el Código Técnico de Edificación, debe respetar rigurosamente tanto el objeto como el ámbito de aplicación de la Ley, para lo que ésta ha agrupado los edificios en tres categorías, que, lógicamente deben ser respetadas por cualquier reglamento que la desarrolle y, por consiguiente, también por el Código Técnico de la Edificación, de modo que resulta difícilmente conciliable con el significado de un reglamento ejecutivo, que después de declarar abiertamente que la clasificación los edificios y sus zonas se atenderá a lo dispuesto en artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, excepcione de esta regla los Documentos Básicos que fijan las exigencias a que aquéllos se deben ajustar, de acuerdo con las características específicas de su actividad, con el fin de prevenir posibles riesgos asociados a dichas actividades.

Ese modo de proceder hemos de convenir que no solo infringe la regla de interpretación literal, también recogida en el artículo 3 del citado Código Civil, sino que crea una confusión terminológica propiciadora, cuando menos, de conflictos al momento de aplicar la norma.

Es indudable que una aplicación del Código Técnico de la Edificación que, con base en la diferente clasificación de los edificios que en el mismo se contiene, denegase cualquiera de los profesionales habilitados por el artículo 10.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación la realización de un proyecto, sería un acto contrario a lo establecido en ese mismo precepto legal, que conculcaría además lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución, y, por tanto sería revisable y anulable en vía administrativa o en sede jurisdiccional, pero no es menos cierto que una adecuada técnica en la redacción de las normas debe prevenir tal eventualidad en evitación de una litigiosidad dimanante la multiplicidad de fuentes de creación normativa.

No se trata de atajar ocultas intenciones de los redactores del Código Técnico de la Edificación tendentes a favorecer a una profesión en detrimento de otras, sino del empleo de una correcta técnica normativa que evite confusión y con ello una conflictividad desbordante.

Por supuesto que la finalidad de las normas es la guía esencial para su interpretación, pero, para conocer con certidumbre cuál es aquélla, los preceptos deben ser claros y cuando se trata del reglamento ejecutivo de una ley, han de ajustarse a las expresiones y palabras de ésta con respeto por las clasificaciones que contenga, de las que no puede apartarse sin expresa delegación de la propia ley.

Como la Ley de Ordenación de la Edificación no contiene esa delegación, se ha extralimitado el Código Técnico de la Edificación al apartarse osten-

siblemente aquellas categorías, por más que inicialmente disponga que se atiene a la clasificación legal cuando lo cierto es que altera abiertamente, aunque trate de explicar la razón pues lo mismo que se hace en relación con los Documentos Básicos para adecuar las exigencias básicas de los riesgos asociados a cada una de las actividades, cabría hacerlo para otros fines distintos, de manera que la clasificación legal los grupos de edificios resultaría innecesaria por intrascendente.

No cabe duda que nuestro cometido jurisdiccional en el control de las disposiciones administrativas de carácter general debe tener en cuenta la presunción de legalidad de aquéllas, derivada del principio recogido en artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero también es cierto el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución), incorporado al artículo 51 de esta Ley, impide que un reglamento ejecutivo, como es el Código Técnico de la Edificación, contenga una clasificación de los edificios y sus zonas diferente a la establecida en la Ley desarrolla, en este caso la de Ordenación de la Edificación, sin que en ésta se contenga remisión al reglamento para llevar a cabo tal diferente clasificación y sin que ésta Ley prevea excepciones al disponer, en su artículo 2.1, que es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los grupos que señala, a pesar de lo cual el Código Técnico de la Edificación (artículo 2.7) que, en principio afirma que se atiene para la clasificación de edificios y sus zonas a lo dispuesto en el artículo 2 la Ley de Ordenación de la Edificación, clasifica, para concretos supuestos, los edificios y sus dependencias de otro modo.

Esas excepciones previstas en el artículo 2.7 del Código Técnico de la Edificación; cualquiera que haya sido la motivación al redactarlas, lo cierto es que no respetan la clasificación por grupos contenida en la Ley de Ordenación de Edificación, por lo que dicho precepto reglamentario, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con los artículos 68.1 b), 70.2, 71.1 a) y 2 de la Ley la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe ser declarado nulo de pleno derecho, al igual que las definiciones de *uso administrativo* y *uso pública concurrencia* contenidas en el documento SI del mismo Código con la consiguiente estimación íntegra de la demanda”.

(STS de 4 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 5ª. FD. 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 3580).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

El mecanismo procesal de la extensión de efectos de la sentencia, regulado en el artículo 110 LJ, trata de evitar la repetición de un proceso declarativo para el enjuiciamiento de cuestiones ya decididas en sentencia firme, extendiendo la situación jurídica individualizada por ella reconocida, a las personas que acrediten encontrarse en idéntica situación. Dicho mecanismo está sujeto, sin embargo, a los obstáculos de inadmisibilidad que rigen en el proceso principal (cosa juzgada y vencimiento de los plazos para la impugnación jurisdiccional - apartados a y c del artículo 110.5 LJ).

“El actual recurso de casación ha sido interpuesto por doña Crescencia contra el inicial Auto que rechazó la petición de extensión de efectos y contra el posterior desestimatorio del recurso de súplica que antes han sido mencionados, invocando en su apoyo dos motivos, amparados uno y otro en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional.

El primer motivo denuncia la infracción del artículo 110 de la LJCA, por entender que la Sala de instancia no ha aplicado correctamente este precepto en los autos aquí combatidos.

Se viene a argumentar principalmente para ello que el obstáculo de la extensión de efectos que aquí ha sido aplicado [el del acto consentido previsto en el punto 5.c) del artículo 110 LJCA] solo debe operar tratándose de actos individuales cuyo único destinatario los haya consentido en su día por no haberlos impugnado, pero no cuando se está ante actos con una pluralidad de destinatarios que posteriormente hayan quedado sin efecto por haberlos recurrido cualquiera de ellos.

Se dice que este último caso es el de la resolución de 4 de noviembre de 1998, y esto por haber puesto fin a un proceso selectivo que afectaba a un número importante de personas y haber sido anulada dicha resolución por la sentencia cuya extensión se reclama.

Se aduce también que el criterio preconizado en el actual recurso es el que debe ser observado para que no pierda su utilidad el mecanismo procesal de la extensión de efectos de sentencia regulado en ese repetido artículo 110 de la LJCA, y se invoca a este fin la exposición de motivos de ese mismo texto legal cuando declara que, mediante dicho mecanismo, se puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa.

Y se afirma asimismo, por último, que de no corregirse el criterio de la Sala de instancia se obligaría a la recurrente a tener que acudir a la vía de revisión de los actos nulos de pleno derecho.

El segundo motivo de casación reprocha a los autos referidos haber infringido el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución y lo establecido en el artículo 458 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Lo que en este segundo reproche se viene a aducir es que, una vez que la sentencia de 29 de junio de 2005 de este Tribunal Supremo (dictada en el recurso de casación núm. 6843/2001) anuló el criterio de corrección seguido en el proceso selectivo que finalizó en relación de aspirantes seleccionados aprobada por la resolución administrativa de 4 de noviembre de 1998, por considerarla contraria al principio de igualdad, de no aplicarse, a la ahora recurrente en esta casación la misma solución se produciría para ella la vulneración del derecho acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad que, con carácter general, reconoce el artículo 14 CE y, en lo que hace al personal al servicio de la Administración de Justicia, el artículo 458 LOPJ

Para decidir lo que suscitan esos motivos de casación debe comenzar afirmándose que la sentencia 29 de junio de 2005, dictada por esta Sala en la casación núm. 6843/2001, no tuvo el alcance general que pretende atribuirle la ahora recurrente, pues la anulación que decidió a la resolución administrativa de 4 de noviembre de 1998, como claramente expresa su fallo, se circunscribió sólo a la exclusión en la lista de aspirantes aprobados e individualmente afectaba a esos únicos tres litigantes le habían promovido el recurso contencioso-administrativo, y solo a ellos les reconoció el derecho a figurar en esa lista y a ser nombrados funcionarios de la Administración de Justicia.

Así es porque, de haber tenido ese otro alcance que pretende sostenerse en esta casación, el incidente de extensión de efectos sería innecesario y bastaría con pedir la directa ejecución de la sentencia.

Hay una explicación para lo que acaba de afirmarse consistente en lo que sigue.

En el proceso Jurisdiccional que finalmente resolvió la sentencia de esa casación núm. 6843/2001, la pretensión ejercitada por las únicas personas que lo promovieron exigía decidir dos cuestiones: una era la validez del criterio corrector que fue aplicado en las pruebas selectivas litigiosas, que efectivamente fue considerado incompatible con el artículo 14 CE; y la segunda era determinar cuáles fueron los resultados obtenidos por esos concretos litigante en los ejercicios de dichas pruebas, y si los resultados así acreditados, de aplicarse el único criterio corrector considerado válido, les hacía acreedores a figurar en la lista de aspirantes aprobados y a ser nombrado funcionarios. Pero en dicho proceso, por lo que hace a la segunda de esas dos anteriores cuestiones, el debate procesal no se extendió a los resultados obtenidos en

esas mismas pruebas la recurrente en esta casación, que no fueron enjuiciados: y esto es lo que hace que tanto la anulación decidida en dicho proceso jurisdiccional, como el reconocimiento de derecho que la sentencia finalmente hizo, no afectara a aquélla y tuviera únicamente el limitado alcance que al comienzo se ha señalado.

Por todo lo cual, el único camino que la recurrente tenía para obtener también ella un pronunciamiento como el que habían logrado esos otros recurrentes era bien promover un recurso contencioso independiente, si estaba en tiempo de hacerlo; o bien utilizar el mecanismo de la extensión de efectos, pero con la carga en este caso de no estar incurso en esas circunstancias obstaculizadoras que regula el artículo 110.5 de la UCA.

Además de lo que se ha señalado son convenientes estas otras consideraciones que continúan.

La primera es que el proceso contencioso-administrativo tiene unos plazos procesales para su iniciación que, cuando no son debidamente observados, conducen a su inadmisibilidad e impiden el examen de fondo de las pretensiones anulatorias y de reconocimiento de derecho que mediante él hayan sido ejercitadas.

Y esos plazos y la consecuencia que acaba de apuntarse no son una gratuita exigencia sino, como ha venido a subrayar en su oposición el Abogado del Estado, un necesario tributo al principio de seguridad jurídica que también la Constitución garantiza en su artículo 9.3.

La segunda es que el mecanismo de extensión de efectos, regulado en el artículo 110 LJCA, es ciertamente, como señala la exposición de motivos de dicha ley, una solución para evitar procesos innecesarios; esto es, un camino para evitar la repetición del enjuiciamiento de aquellas cuestiones que hayan sido decididas en una sentencia firme y para extender la situación jurídica individualizada por ella reconocida a las, personas que acrediten encontrarse en idéntica situación.

Se trata, pues, de un incidente procesal que, quien lo utiliza, por lo que se refiere a la obtención a su favor del reconocimiento de esa misma situación jurídica individualizada, tan sólo tiene que justificar esa identidad y no tiene que reiterar el proceso declarativo sobre la principal controversia de fondo (en esto último consiste su utilidad); pero que está sometido a los obstáculos de inadmisibilidad que regirían en el proceso principal [la cosa juzgada y el vencimiento de los plazos para la impugnación jurisdiccional que aparecen en las letras. a) y c) del artículo 110.5 UC A vienen a coincidir con las causas de inadmisibilidad d) y e) del artículo 69 LJCA]. Y esto último guarda relación con la finalidad y significación del mecanismo procesal de que se viene hablando: está dirigido a otorgar la ventaja que supone evitar reiterar el proceso declarativo cuando éste resulta innecesario por haber si-

do ya decidida por sentencia firme la cuestión principal de fondo, mas no puede significar para quien lo utiliza imposibilidades de impugnación jurisdiccional que no tendría la persona que promovió el proceso principal donde se dictó la sentencia firme cuya extensión se solicita.

Y la tercera consideración es que la revisión de oficio, regulada en el Capítulo Primero del Título VII de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no es incondicionada, pues está sometida a los límites del artículo 106, entre los que figura el tiempo transcurrido y los derechos de otros particulares que puedan resultar afectados, lo cual significa, en el caso enjuiciado, que la pasividad y el aquietamiento de la recurrente durante el período que medió entre 1998 y 2006 (fecha de su inicial solicitud de extensión de efectos) sería una circunstancia que habría de ser ponderada en el procedimiento de revisión de oficio, a los efectos de esos límites del artículo 106. y no puede serlo en el incidente procesal de extensión de efectos del artículo 110 de la LJCA”.

(STS de 15 de marzo de 2010. Sala 3ª, Secc. 8ª. FD. 2º, 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado. Ar. 2568).

XVI. MEDIO AMBIENTE

SUSPENSIÓN DE PLAN DE URBANISMO

En la confrontación de intereses públicos -planificación urbanística y protección del medio ambiente, resulta de mayor intensidad la preservación del medio ambiente.

“Acorde con las elementales consideraciones expuestas en el fundamento anterior. debemos añadir que el interés público que protege la Administración autonómica recurrente es la defensa del medio ambiente que precisa de una evaluación ambiental previa a la aprobación de los planes impugnados en el recurso contencioso administrativo: mientras que el interés público que ampara el Ayuntamiento recurrido en la ejecutividad de los planes de ordenación aprobados en los que está latente el interés general de la no suspensión de las disposiciones de carácter general. y concretamente en el ámbito urbanístico a ejecutar lo proyectado.

La confrontación de los intereses públicos enfrentados nos lleva a estimar el presente recurso de casación porque el interés medioambiental resulta prevalente. en un caso como el examinado en el que no tienen una presencia potente los intereses públicos de índole local alegados.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo, por todas Sentencia de 17 de octubre de 2001 (recurso de casación núm. 5813/1999 que los instrumentos de planeamiento no eran de objeto normalmente de suspensión porque «Lo que aquí se impugna son unas Normas (...) es decir, una disposición de carácter general. Y es constante la jurisprudencia de este Tribunal Supremo según la cual no debe suspenderse como regla general la ejecución de los Planes de Urbanismo, porque en su ejecución está implícito un evidente interés público. (STS 31 de Mayo de 1995. 4 de Septiembre de 1992 13 de julio de 1993 y 10 de octubre de 1995 entre otros)».

Esta doctrina, no obstante, ha sido matizada en los casos como el ahora examinado en que los intereses enfrentados eran todos de carácter público por representar intereses generales diferentes. es el caso de la Sentencia de 21 de enero de 2009 recurso de casación núm. 5152/2007 que desestima el recurso de casación interpuesto contra la suspensión cautelar acordada por la Sala de instancia de un instrumento de planeamiento, Téngase en cuenta, además, la incidencia de lo proyectado –la construcción de viviendas adosadas– y el probable destino de las mismas –su uso en temporada estival– que invoca la recurrente, teniendo en cuenta el anuncio publicado en el Boletín Oficial de Pontevedra de 29 de junio de 2007 .

En contraposición al interés público antes aludido, y alegado por la Entidad local recurrida, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente. pues se concreta en la protección del medio ambiente. cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio, La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales. eficaces y sostenibles.

En este sentido. los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible.

Teniendo en cuenta. además y sin prejuzgar el resultado del proceso por la naturaleza provisional del juicio que ahora nos corresponde, que la evaluación ambiental que impone el artículo 7 de la Ley 9/2006. de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. que traspone la Directiva 2001/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la aplicación al caso ex disposición transitoria primera, apartado 1. de la misma, que impone tal obligación del artículo 7 a los planes cuyo primer acto

preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004. De modo que dicha ley, que entró en vigor al día siguiente al de su publicación ex disposición final sexta, no estaba vigente cuando se dicta la Decisión de la Junta de 28 de marzo de 2006, concretamente de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental.

Se aprecia, en consecuencia, en la resolución recurrida, infracción del artículo 130 de la LJCA. en relación con la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, por lo que procede la estimación del motivo invocado y haber lugar al recurso de casación. Además, al situarnos en la posición que demanda el citado 95.2.d) LJCA. procede igualmente revocar la denegación de la suspensión cautelar acordada por la Sala de instancia, acordando la medida cautelar de suspensión del Acuerdo del Pleno impugnado”.

(STS de 29 de enero de 2010. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 4º y 5º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 1317).

XVIII. PERSONAL

LEGITIMACIÓN DE LOS SINDICATOS

Los sindicatos que tienen atribuida una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores en general, están legitimados para impugnar la modificación de los estatutos de una sociedad mercantil de capital público, cuya ampliación de su objeto social a actividades desempeñadas directamente por la Administración Pública de la que depende, podría significar una merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración.

“Se aduce por la representación procesal del sindicato recurrente. como primer motivo de casación, al amparo de lo establecido en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción, que la Sala sentenciadora ha infringido lo dispuesto en los artículos 24 de la Constitución, 28.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, y 19.1.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio, porque, en contra de lo resuelto por el Tribunal *a quo*, aquél ostenta interés directo en la impugnación del Decreto en cuestión porque con él se privatizan varios ámbitos de actuación de la Administración autonómica andaluza con el consiguiente menoscabo competencial y detrimento del empleo público, de manera que dicho Decreto afecta directamente a los objetivos del sindicato en su doble papel asociativo e institucional que le reconoce el artículo 7 de la Constitución.

Para decidir acerca del indicado motivo de casación, debemos recordar previamente la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la legitimación de los sindicatos para accionar en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, recogida la primera en las Sentencias de esta Sala de fechas 21 de septiembre de 2004 (recurso de casación 6147/2001) y 14 de abril de 2008 (recurso contencioso-administrativo 44/2006), y la segunda en las Sentencias del Tribunal Constitucional 153/2007, de 18 de junio y 203/2002, de 28 de octubre. Según tal jurisprudencia y doctrina constitucional, hay que reconocer, con carácter abstracto o general, la legitimación de los sindicatos para impugnar en sede jurisdiccional decisiones que afecten a los trabajadores funcionarios públicos y personal estatutario, de manera que los sindicatos tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino también de los intereses colectivos de los trabajadores en general (Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2001, de 26 de marzo fundamento jurídico tercero).

Ese reconocimiento abstracto tiene su raíz en la función de los sindicatos que, desde la perspectiva constitucional, consiste en defender los intereses de los trabajadores, en este caso, al servicio de la Administración, y, por consiguiente, hay que reconocer en principio legitimado al sindicato, en cualquier proceso en que se diriman intereses colectivos de los trabajadores (Sentencias del Tribunal Constitucional 210/1994, de 11 de julio, fundamento jurídico tercero, 28/2005, de 14 de febrero fundamento jurídico tercero, y 358/2006, de 18 de diciembre, fundamento jurídico cuarto).

No obstante, esa genérica legitimación abstracta debe proyectarse de un modo particular sobre el objeto de las acciones que esgriman ante los jueces y tribunales mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión ejercitada, porque esa función atribuida constitucionalmente a los sindicatos no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 210/1994, de 11 de julio, fundamento jurídico cuarto, 28/2005, de 14 de febrero, fundamento jurídico tercero, y 358/2006, de 18 de diciembre, fundamento jurídico cuarto).

El vínculo exigible entre la actividad o fines del sindicato y el objeto del pleito ha de ser ponderado en cada caso, lo que en el proceso contencioso-administrativo implica la necesidad de acudir a las nociones de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado del eventual éxito de la acción entablada (Sentencias del Tribunal Constitucional 24/2001 de 29 de enero, fundamento jurídico quinto, 84/2001, de 26 de marzo, fundamento jurídico tercero, 28/2005, de 14 de febrero, fundamento jurídico tercero, y 358/2006, de 18 de diciembre, fundamento jurídico cuarto).

A los argumentos expresados hay que sumar la jurisprudencia que exige realizar una interpretación de las normas procesales razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad, amplia y no restrictiva, es decir favorable al principio *pro actione* con interdicción de decisiones de inadmisión que por su rigorismo, su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, resulten desproporcionadas entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008 -recurso de casación 2417/2006-).

En el caso sometido a nuestro enjuiciamiento en casación, el objeto del recurso lo constituye la modificación de los estatutos de una entidad mercantil de capital mayoritario público, destinada, con carácter principal, a la prestación de un servicio también público relacionado con la protección y mejora del ambiente, como se reconoce en el preámbulo del Decreto del Consejo de Gobierno de Andalucía, objeto de este pleito, al expresar que «La Empresa de Gestión Medioambiental SA ... cumple servicios esenciales en materia de desarrollo y conservación del medio ambiente», y en su artículo 2.1 dispone que dicha Sociedad «tendría por objeto social ... la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente».

El Decreto impugnado amplía el objeto social de la empresa con una serie de actividades enumeradas y descritas de la A a la V, que podrían ser desempeñadas directamente por la Administración Pública de la que depende, cual son, entre otras, las de fomento, protección, conservación y explotación de los recursos naturales, clasificación y deslinde de vías pecuarias, desarrollo socio económico integrado de los espacios naturales, realización de planes, programas y proyectos de cooperación al desarrollo, razón por, la que en el propio preámbulo se añade que con la modificación introducida se «refuerza, aún más si cabe, el carácter de la empresa de ser medio propio instrumental de la Administración».

La representación procesal del recurrente justifica su interés en el litigio en que con el Decreto en cuestión se privatizan servicios públicos desempeñados directamente por órganos administrativos, con lo que se *desfuncionalizan* tales actividades con «merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración pública», y, además, porque, al afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios integrados en esa sociedad de capital público, el sindicato recurrente debió haber sido convocado al procedimiento para su elaboración, con mayor razón por tratarse del sindicato más representativo en la Administración autonómica andaluza, hecho no discutido por ésta.

De lo expuesto, llegamos a la conclusión, contraria a la sostenida por la Sala de instancia, de que la pretensión, esgrimida en este litigio por el sindica-

to recurrente, guarda relación con su círculo de intereses, cual es la defensa del empleo público y, por consiguiente, ostenta legitimación activa para promoverlo sin necesidad de prejuzgar los concretos motivos de impugnación utilizados en la demanda, solución esta equivalente a la que adoptamos en nuestra Sentencia de fecha 6 de marzo de 2007 (recurso de casación 7411/2001), sin que el carácter organizativo de la disposición impugnada tenga relevancia para apreciar la legitimación procesal atendidos los legítimos intereses del sindicato recurrente (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico sexto).

(STS de 24 de noviembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 1º, 2º, 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1823).

XX. RESPONSABILIDAD

MEDIDA DE ALERTA ALIMENTARIA

Con independencia de que el artículo 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias a adoptar medidas preventivas, sin la tramitación de procedimiento contradictorio previo, se ha de tener en cuenta la obligación legal de productores y distribuidores de comercializar únicamente productos seguros. Por consiguiente no procede exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, al no concurrir la antijuridicidad del daño.

“La sentencia impugnada estimó el recurso contencioso-administrativo formulado a instancia de “AGRIBÉTICA, SA” y de “SOVENA IBÉRICA, SA”. contra la desestimación primero presunta y después expresa mediante Resolución de 5 de abril de 2004, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por aquéllas en orden a la reparación de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la Orden autonómica de inmovilización de los productos por aquellas comercializados consistentes en aceite de orujo de oliva, El recurso de casación formulado por la Junta de Andalucía se sustenta en cuatro motivos, todos ellos formulados con base en el art. 88.1.d) de la Ley de Jurisdicción.

El primero de ellos denuncia la infracción de los artículos 26 de la Ley General de Sanidad, 9 del Real Decreto 44/1996 y 72.1 de la LRJAP y de la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 2007. En esencia, considera que la sentencia de instancia ha malinterpretado la previsión del art, 26 de la Ley General de Sanidad que permite a las autoridades sanitarias adop-

tar las medidas preventivas que estimen pertinentes, entre ellas la inmovilización de productos, cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de riesgo inminente y extraordinario para la salud, al considerar que tales medidas no pueden ser adoptadas sin la previa tramitación de un procedimiento administrativo contradictorio.

El segundo, se basa en la infracción de los arts. 30 y 152 del Tratado de la Unión Europea (RCL 1999, 1205 ter); del Reglamento comunitario 315/93 del Consejo, que regula la presencia de contaminantes en los productos alimenticios; de la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de Seguridad General de los Productos; del art. 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio y de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de precaución. En su desarrollo, la parte insiste en la importancia del principio de protección de la salud en el Derecho comunitario y en las distintas normas y pronunciamientos de los que se deduce que una situación de sospecha de una situación de riesgo para la salud es suficientemente para justificar la adopción de medidas para su protección, en virtud del principio de cautela.

El tercero apunta la infracción por la sentencia de instancia de los arts. 139, 140 y 141 de la LRJAP, en cuanto no podía estimarse concurrente en el caso el presupuesto de la responsabilidad patrimonial administrativa consistente en la antijuridicidad del daño al haber actuado las autoridades competentes conforme al principio de garantía de un nivel adecuado de protección de la salud de las personas, en relación con la jurisprudencia que, en ciertos casos, ha declinado la existencia de responsabilidad patrimonial en relación con medidas cautelares adoptadas causa de peligros que posteriormente se revelaron como aparentes o inciertos.

La cuestión planteada en el primer motivo por la Junta de Andalucía ha sido objeto de pronunciamiento a su misma instancia por parte de esta Sala en la Sentencia de 14 de noviembre de 2007 recaída en el recurso de casación 77/2004, interpuesto en interés de ley.

En aquel recurso, formulado también contra una sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de contenido similar que ahora se impugna, declaramos a iniciativa de la administración autonómica la siguiente doctrina legal: “El 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento administrativo cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores”.

Del mismo modo, se ha manifestado esta Sala con reiteración con respecto a la cuestión de fondo planteada, esto, posible existencia de responsabilidad patrimonial administrativa a raíz de las medidas cautelares adoptadas en el

2001 en relación con la comercialización de ciertos productos. Así, enjuiciando supuestos similares al que ahora nos ocupa, las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 4 de marzo (dos), 13 de mayo 1, 9 y 12 de junio, 1 de julio y 20 de octubre de 2009, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 9520/2004, 9528/2004, 11473/2004, 11161/2004, 11459/2004, 11451/2004, 1515/2005 y 55712008, alcanzaron la conclusión de que los perjuicios derivados de la alerta alimentaria acordada el 3 de julio de 2001 respecto de los productos comercializados bajo las denominaciones de “aceite de orujo refinado y de oliva” y “aceite de orujo de oliva”, y de su inmovilización cautelar y transitoria decidida a raíz de ella, no debían ser considerados como antijurídicos, sino como unos que las empresas productoras de tales aceites tenían el deber jurídico de soportar con la consecuente inexistencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones PÙblicas que obligara a éstas a su indemnización, Conclusión que se alcanzó sin olvidar o sin dejar de tener en cuenta que la sentencia de mismo Tribunal de fecha 27 de junio de 2007 dictada en el recurso de casación número 20/2004, había confirmado una anterior del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anuló, por no ser conforme a Derecho, aquella decisión de 3 de julio de 2001.

[...] El Real Decreto 44/1996 de 19 de enero, regula en su art. 3º las obligaciones de productores y distribuidores, imponiéndoles el cumplimiento de la obligación de comercializar únicamente productos seguros, y obligando a los productores a tomar medidas apropiadas para mantener informados a los consumidores de los riesgos que los productos que comercialicen podrán presentar, estando obligados los mismos, en función de lo dispuesto en el art. 4º. en ausencia de disposiciones comunitarias o españolas, a tomar en consideración los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en ese sector o bien la situación de la práctica y de la técnica, así como de la seguridad que ahora razonablemente los consumidores puedan esperar.

y es que, en definitiva, y, al margen de las facultades de las autoridades sanitarias españolas, tanto nacionales como autonómicas, no pueden los productores prescindir de la adopción de las medidas correspondientes en relación con la comercialización para el consumo humano de un producto susceptible de entrañar riesgos y que se estaba comercializando con un nivel superior a los 70 microgramos por Kilo, como resulta de las pruebas analíticas realizadas sobre muestras antes de la adopción de la alerta, y ello con mayor motivo cuando en su fundamento de derecho octavo, la sentencia recurrida pone de manifiesto que la contaminación del aceite de orujo de oliva por benzopireno se produce en el proceso industrial de obtención del producto, y no porque previamente existan niveles de HAPs en la materia

prima, sino porque los mismos, al parecer, son resultado de un proceso de combustión tendente a evitar la humedad del producto, y sobre todo porque existía, y existe, la posibilidad de reducir los niveles de contaminación mediante la aplicación de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo, combinando tiempos, temperatura y presiones, como igualmente pone de manifiesto el Tribunal de instancia, afirmando que las técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo posibilita reducir los niveles de contaminación, llegándose a la práctica eliminación de estos compuestos, especialmente del benzopireno o, al menos, su reducción a menos de 1 microgramo conociendo las industrias elaboradoras de este producto industrial, por tradicional, esta técnica, y estando las mismas en condiciones de incorporarlas rápidamente al proceso industrial tecnológico, según rotundamente afirma la sentencia recurrida.

En definitiva, constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía, de conformidad con lo dispuesto en el artº 4º del Real Decreto 44/1996 de 19 de enero, al objeto de reducir, y prácticamente eliminar, el benzopireno existente en el producto, sin que por las mismas se haya puesto en práctica medida alguna tendente a la reducción, al menos, del benzopireno que, por otro lado, resultaba obligado a partir de lo dispuesto en la Orden de 25 de julio de 2001 por la que se redujo el nivel de benzopireno y se determinó la fórmula analítica para su determinación”.

(STS de 6 de abril de 2010, Sala 3ª, Secc. 4ª. FD. 1º, 2º y 3º, Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 2650).

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

DECRETO AUTONÓMICO

Se declara la nulidad del Decreto 28/2006 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, regulador de depósitos de sangre procedentes del cordón umbilical, sin que la discrecionalidad de recabar en el procedimiento de elaboración del mismo, de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes, pueda justificar una decisión basada en la sola voluntad del que decide.

“Así las cosas, aunque es cierto que no concurren en el supuesto que enjuicamos los presupuestos requeridos para que fuera preceptivo el trámite de audiencia en sí mismo o en sentido propio que regula el inciso primero del art. 24.I.c) de la Ley 50/1997, no por ello procede estimar aquellos recur-

sos de casación ni casar la sentencia de instancia, pues ésta, bien que bajo esa denominación común y en aquel tratamiento conjunto e indiferenciado del que dimos cuenta al extractarla, aprecia con acierto otro vicio en el procedimiento de elaboración del Decreto 28/2006, de 23 de marzo, de no menor gravedad en este caso e igualmente determinante de su nulidad.

El inciso final del párrafo primero de la letra b) de dicho art. 24.1 impone a la Administración el deber de recabar en el proceso de elaboración del reglamento “*cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto*”. Ahí, pese a la expresión “se estimen convenientes”, no se le concede una potestad enteramente libre, sólo regida por su criterio, sino una que, como todas, queda sujeta ante todo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la Constitución y al designio de servir con objetividad los intereses generales que como principio rector de su actuación proclama e impone el art. 103.1 del mismo Texto.

En el caso de autos, las dudas, incertidumbres y preocupaciones existentes en la materia que pretendía ser regulada, según hemos constatado; la posibilidad de opciones diversas en aspectos esenciales de su regulación, cuyo fundamento o razón de ser es además, en grado o entidad no menor que otros lícitos criterios de elección, el estado de la ciencia médica; la percepción de que una de esas opciones pudiera tal vez incidir negativamente en la futura eficacia del sistema de trasplantes; la exigencia de tomar en consideración y de prever todo lo necesario para garantizar un elevado nivel de protección de la salud, así como el derecho de la madre o de la pareja a recibir una información cierta y suficiente; la derivada de ésta de prever también lo necesario para impedir toda publicidad engañosa, falsa o tendenciosa; el estudio ya iniciado para la elaboración de un Plan Nacional de Sangre de Cerdón Umbilical, etc., etc., son algunas de las circunstancias que sólo permiten como conclusión la siguiente: no había ni hay razón alguna que justifique que en el procedimiento de elaboración de aquel Decreto 28/2006 no se estimara conveniente recabar estudios y consultas con objeto de arrojar luz sobre esas múltiples cuestiones y sobre las importantes decisiones normativas a tomar, hasta el punto de que sin recabarlos no cabe, en este caso, ver, reconocer, que el designio, el propósito, el fin perseguido fuera, como manda aquel precepto, garantizar el acierto y la legalidad del texto.

A modo de ejemplo y por citar sólo algunos, nada justifica a la vista de lo que llevamos razonado que dejara de recabarse el parecer de la Comisión Permanente de Trasplantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de la que depende la Subcomisión de Trasplante Hematopoyético, órgano asesor para todos los aspectos técnicos relacionados con la

donación y el trasplante de progenitores hematopoyéticos, en el que están representadas las principales Sociedades Científicas relacionadas con los TPH, como Hematología, Pediatría, Transfusión Sanguínea, Oncología Médica e Inmunología. O el del Registro Español de Donantes de Médula Ósea (REDMO), que en nuestro país realiza las búsquedas tanto de donantes de médula ósea como de unidades de sangre de cordón, coordinando la Organización Nacional de Trasplantes en colaboración con él y con los bancos de SCU la obtención y distribución de la sangre de médula ósea de los donantes y de las unidades de SCU de los bancos.

Digamos por fin que la conclusión alcanzada no contradice las razones de decidir de las sentencias que traen a colación las partes recurrentes. De un lado, porque el reconocimiento de una cierta discrecionalidad a la Administración al decidir si han de recabarse o no aquellos estudios y consultas, lo es dentro de los límites de ejercicio de toda potestad discrecional, que admiten el arbitrio legítimo, pero no una decisión basada en la sola voluntad del que decide, esto es, una que se muestra objetivamente, sin asomo de duda, carente de toda razón que la justifique, como aquí ocurre. Y, de otro, porque aquel escueto expediente administrativo cuyo contenido detallamos al principio, no permite flexibilizar el deber de recabarlos cuando nada hay en él que pueda suplirlos y garantizar, como quiere la norma, el acierto y la legalidad del texto reglamentario en elaboración”.

(STS de 9 de febrero de 2010. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Ar. 1323).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. DERECHOS FUNDAMENTALES. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Negar el derecho al debate vulnera el derecho a la participación de los concejales aunque la materia haya sido tratada en otro pleno y fuera conocida.

Considera la juzgadora de instancia, tras ponderación de la prueba practicada, que ha existido vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos de los apelados, concejales del Ayuntamiento de [...], por cuanto en el pleno extraordinario y urgente celebrado del día 29 de diciembre de 2008 no se respetaron en lo esencial las normas sobre funcionamiento de los Plenos al omitirse la posibilidad de articular un debate sobre los puntos que constituían el orden del día.

El Ayuntamiento apelante considera que no ha existido vulneración del art. 23 CE por cuanto, en el contexto en que tuvo lugar el Pleno municipal y tratándose únicamente de abordar la aprobación o no de dos enmiendas a las Ordenanzas Fiscales aprobadas provisionalmente en un Pleno anterior, la cuestión que se sometía a la consideración de los concejales era por todos conocida, tratada en plenos anteriores y donde nadie cambiaría el sentido de su voto.

En realidad, la argumentación de la Corporación Local es una simple petición de principio. Da por hecho que la inmodificabilidad del resultado de una votación y que el conocimiento previo de los asuntos a tratar hace innecesario el debate, razón por la cual, y como se recoge en la sentencia, la sesión, de una duración no superior a seis minutos, se limitó a la lectura de las propuestas de modificación de las Ordenanzas Fiscales y su votación, negando incluso la solicitud de apertura de un periodo de debate por uno de los concejales. Con ello se vulnera expresa y diafanamente el derecho de todo representante de los ciudadanos a manifestar y dar a conocer su opinión sobre los asuntos de interés municipal en cuanto parte integrante del derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE, sin que el mismo pueda verse negado o limitado por la simple presunción de que el tema a tratar era ya conocido o que el resultado de la votación de los representantes elegidos democráticamente era previsible en un sentido determinado. La

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

exposición pública de las razones que justifican una determinada propuesta a fin de obtener su aprobación en un órgano colegiado como es el Pleno municipal es esencial en la función representativa que desempeñan los concejales y la privación de tal posibilidad merma esencialmente el derecho de participación política consagrado constitucionalmente, tal y como se recoge en la sentencia apelada.

(St. de 11 de mayo de 2010. Sala de Sevilla Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XII. EXPROPIACION FORZOSA. VALORACIONES. SUELO URBANO CONSOLIDADO O NO. CRITERIOS. DETERMINACIÓN DEL APROVECHAMIENTO MEDIO Y CRITERIOS DE VALORACIÓN RESPECTO A LAS DOTACIONES

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de [...], adoptado en sesión celebrada el día 19 de junio de 2007 y en el que se fija en la cantidad de 1.670.925,77 € el justiprecio, incluido premio de afección, correspondiente a la expropiación por la Gerencia Municipal de Urbanismo de [...] de una superficie total de 2.052,70 m² correspondiente a las parcelas nº 10, 13, 11 y 14 afectada por el Sistema General Viario/Espacios Libres Río Guadalquivir (SGV/EL RG) en la superficie correspondiente a la parcela [...] (la correspondiente a la mayor superficie afectada) y por el Sistema General Verde y Viales y Plan Especial del Río Guadalquivir (PAM PE RIO) en el resto de parcelas, según definición contenida en el Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Córdoba aprobado definitivamente el 18 de marzo de 2003.

Para una ordenada resolución de las cuestiones planteadas tanto por los expropiados como por la Administración expropiante resulta conveniente exponer brevemente el método de valoración seguido por la Comisión Provincial de Valoraciones de [...] (en adelante CPV).

Siguiendo el informe técnico de valoración, emitido por Arquitecta en su condición de Asesora Técnica de la Delegación Provincial de Obras Públicas y Transportes y vocal técnico de la CPV, la citada Comisión considera que a la fecha de valoración del suelo, 27 de septiembre de 2005, fecha de exposición al público del proyecto de expropiación al haberse seguido el procedimiento de tasación conjunta, la superficie expropiada se corresponde con la clasificación propia de suelo urbano no consolidado con la consiguiente aplicación de la regla de valoración contenida en el art. 28.1 de la

Ley 6/1998, de 13 de abril, esto es, aplicando al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido, el valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencia de valores catastrales.

Dada la pérdida de vigencia de las ponencias catastrales al haber superado los diez años desde su aprobación, la CPV aplica el método residual por imperativo del art. 28.4 de la Ley 6/98 y en particular, entre los dos posibles, elige el método residual dinámico. Al tratarse de suelo calificado como zona verde o vial, carente de aprovechamiento lucrativo, y en base al art. 29 de la Ley 6/98, el aprovechamiento a considerar a efectos valorativos es el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos referidos al uso predominante del polígono fiscal en que a efectos catastrales estuviera incluido. En la determinación del aprovechamiento aplica la previsión contenida en el art. 60.b de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y considera que el mismo se corresponde con el resultante de dividir el aprovechamiento lucrativo entre la superficie total del polígono excluida la ocupada por dotaciones ya existentes y afectadas a su destino, resultando un aprovechamiento medio del polígono fiscal de 1,275413 m²/m²s que multiplicado por la superficie expropiada (2.052,70 m²) y con deducción del 10% del aprovechamiento, arroja un aprovechamiento resultante de 2.356,24 de los cuales 1.837,86 corresponde a viviendas y 518,37 a locales comerciales. Tras el cálculo de ingresos, gastos necesario y pagos, el valor de repercusión sería de 675,38 que multiplicado por el aprovechamiento a valorar determina un justiprecio de 1.591.357,87 € y que incrementado en un 5% por el premio de afección, coincide con el antes indicado de 1.670.925,77 €.

Los expropiados entienden que el justiprecio ha de elevarse a la cantidad total de 7.762.408,50 € y comienza su oposición con el acuerdo impugnado en lo relativo a la clasificación del suelo. Consideran los recurrentes que nos encontramos ante un suelo urbano consolidado que a la fecha de valoración ya tenía la condición de solar, contando con todos los servicios urbanísticos y que al tratarse de una urbanización relativamente nueva no necesitaba renovación, mejora o rehabilitación o, si fueran precisas actuaciones de urbanización complementarias, como acometidas o acerados, podrían llevarse a cabo como incluidas en un proyecto de obras ordinarias (art. 67.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico) que no necesitarían proyecto de urbanización. Además consideran los actores que las obras de ejecución del viario y tratamiento de espacios libres en cuanto que son las previstas en el PGOU que motiva la expropiación no deben ser tomadas en consideración al determinar la clasificación del suelo y que, de cualquier forma, sólo precisaría el suelo de ejecución de obras complementarias de urbanización, de

posible ejecución simultánea a la edificación (art. 41 RGU) por lo que igualmente nos encontraríamos ante un suelo urbano consolidado según dispone el art. 14.1 de la Ley 6/98 y art. 45 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA). Igualmente se hace referencia a que el entorno se encuentra edificado e integrado en la trama urbana, con plena dotación de servicios urbanísticos, sin que el suelo expropiado se encuentre incluido en unidad de actuación alguna que precise de la ejecución de proceso alguno de equidistribución de beneficios y cargas, sino ante una actuación aislada dirigida a la obtención de suelo para dotaciones sin que por eso pierda su condición de suelo urbano consolidado ni, desde luego, pueda considerarse que a la propiedad solo le corresponde el 90% del aprovechamiento urbanístico.

Respecto a la cuestión planteada en el fundamento anterior hay que partir de la circunstancia de que la Ley 6/1998 únicamente define lo que es suelo urbano en su art. 8 que tiene la naturaleza de legislación básico. Es el ordenamiento urbanístico autonómico, en particular la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía la que regula las categorías, dentro del suelo urbano, de consolidado y no consolidado y, en particular, respecto de esta segunda categoría, el art. 45.2. Uno de los supuestos que prevé dicho precepto como de suelo urbano no consolidado es aquel que, aún tratándose de suelo urbano, carece de urbanización consolidada, bien por no comprender la urbanización existente todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos, o unos y otras no tengan la proporción o las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir (supuesto regulado en el número 1 de la letra a del art. 45.2 LOUA), o, como segundo supuestos (número 2), por precisar la urbanización existente de renovación, mejora o rehabilitación que deba ser realizada mediante actuaciones integradas de reforma interior, incluidas las dirigidas al establecimiento de dotaciones.

El suelo que nos ocupa, en el planeamiento anterior (PGOU de [...], de 1986), se encontraba incluido en la Unidad de Actuación F1, pendiente de desarrollo a través de estudio de detalle y proyecto de urbanización, con previsión de ejecución por el sistema de compensación. Con posterioridad, el Plan Especial de Protección, Infraestructuras y Sistemas Generales del Río Guadalquivir (PAM PE RIO) modificó la ordenación prevista delimitando la AA RG-1, calificada como Sistema General Viario y de Espacios Libres a obtener por expropiación como sistema de actuación. El PGOU que justifica la expropiación excluye del PAM PE RIO esta AA RG-1, sustituyéndola por la ordenación como Sistema General Viario/Espacios Libres Río Guadalquivir, aunque parte del terreno, como indicábamos en el fundamento jurídico primero todavía queda incluido en el PAM PE RIO.

En ningún instante se ha acreditado que la urbanización prevista en el PGOU de 1986 e instrumentos de planeamiento posteriores se hubiera llevado a cabo o que se hubiera actuado sobre el suelo siguiendo el sistema de compensación con la consiguiente equidistribución, ni siquiera que se hubieran aprobado los instrumentos de planeamiento de desarrollo previstos. Por otro lado, el hecho, supuesto que así fuera, que los terrenos de alrededor de las parcelas expropiadas se hubieran urbanizado e incluso edificado, ello no obsta al mantenimiento de la categoría de no consolidado atribuible al correspondiente a la propiedad de los demandantes.

Tampoco se precisan cuales serían las obras de “escasa entidad” que no precisarían de un proyecto de urbanización. Por el contrario, en principio, las obras de adecuación de la zona verde y nuevo vial, recogidas en el planeamiento que justifica la expropiación, deben ser consideradas obras de urbanización en los términos señalados en el art. 113 LOUA y precisamente tomadas en consideración como criterios de clasificación del suelo a los efectos de expropiación y valoración, reforzando así la consideración del suelo como urbano no consolidado.

Continúa la demanda de los expropiados alegando que, a efectos valorativos para la determinación del justiprecio, el aprovechamiento a tener en cuenta debe ser el resultando de dividir la edificabilidad obtenida entre los suelos con aprovechamiento lucrativo pero sin que en el denominador se incluya la superficie destinada a viales y la de los sistemas generales adscritos pues una cosa es la determinación del aprovechamiento medio en el área de reparto en los términos recogidos en el art. 60 LOUA y otra su cálculo a efectos valorativos, donde resulta de aplicación la previsión contenida en el art. 29 de la Ley 6/98.

Al respecto hay que partir, como ya hemos concluido, que nos hallamos ante suelo urbano no consolidado, con aplicación, en principio, de la regla valorativa contenida en el art. 28.1 de la Ley 6/98. La circunstancia doble de pérdida de vigencia de los valores catastrales y de falta de atribución de aprovechamiento lucrativo alguno a los terrenos expropiados, determina que deba acudir a lo establecido en el art. 29 de igual norma legal, de tal modo que el aprovechamiento a tener en cuenta a efectos valorativos será el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal en que, a efectos catastrales esté incluido el terreno. En el presente caso, el suelo propiedad de los expropiados se encuentra incluido en el Polígono [...] Para el cálculo del aprovechamiento medio ponderado, referido al uso predominante, del polígono fiscal, a falta de regulación específica en la Ley 6/98, necesariamente ha de acudirse a la normativa urbanística de aplicación que no es otra que la contenida en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, en particular al

precepto que prevea un supuesto idéntico de aprovechamiento medio ponderado en relación al uso predominante. Esto obliga a acudir al art. 60 b) LOUA, de tal forma que el aprovechamiento medio ponderado no será otro que el resultante de dividir el aprochamiento total del uso característico entre la superficie total con inclusión de los sistemas generales adscritos por el planeamiento y exclusión de los ocupados por dotaciones ya existentes y afectadas a su destino. Este el método seguido por la CPV, pues si bien en un primer informe técnico se incluían los terrenos destinados a dotaciones existentes, en un segundo y ulteriormente aceptado informe técnico se excluye del denominador los citados suelos, actuando así conforme a la norma valorativa correctamente interpretada e integrada.

Muestran igualmente los expropiados su disconformidad con el hecho de que en el cálculo del valor del suelo se hubieran descontando los costes de urbanización, circunstancia que a su parecer no procede por cuanto no es precisa urbanización alguna.

La desestimación de este argumento deviene de la propia clasificación del suelo como urbano no consolidado, precisamente porque no existe urbanización o la misma ha de ser completada. Este hecho, en buena lógica, determina que en la fijación de su valor deban deducirse los gastos necesarios para su urbanización, circunstancia por lo demás expresamente prevista en el art. 30 de la Ley 6/98.

Se cuestiona también la no inclusión del aprovechamiento de la planta sótano al entender los expropiados impropcedente la aplicación de la previsión del art. 49.3 LOUA por no ser norma de valoración sino precepto encaminado a fijar la responsabilidad de la Administración en el ejercicio de potestades urbanísticas y cuya finalidad es exclusivamente la protección del patrimonio arqueológico, subordinando la utilización del subsuelo a las previsiones del Plan General y al interés público y sin que exista limitación de tal clase que impida tener en cuenta el aprovechamiento del subsuelo.

También debe desestimarse este argumento impugnatorio pues no es cierto, de principio, que en la valoración del suelo sólo haya de estarse a las reglas contenidas en la Ley 6/98 sin posibilidad de ser completadas con la normas urbanísticas, estatales o autonómicas. Del mismo modo que en ocasiones ha de acudirse a Normas Técnicas de Valoración como son las aprobadas por el Decreto 1020/1993, de 25 de junio, o semejantes, nada impide la necesidad de acudir a la normativa urbanística para la integración de conceptos manejados en la Ley 6/1998. Y esto último es que lo que sucede en el presente supuesto, donde para la determinación del aprovechamiento urbanístico se acude a un precepto, como el art. 49 LOUA que contiene los principios generales del régimen urbanístico legal de la propiedad del suelo y cuyo nº 3 recoge el específico uso urbanístico del subsuelo que ha de aco-

modarse a las previsiones del Plan General con subordinación de su aprovechamiento a las exigencias del interés público, quedando además delimitado su contenido urbanístico por la necesidad de preservar el patrimonio arqueológico y condicionando la adquisición y materialización de su aprovechamiento a lo que atribuya el instrumento de planeamiento, presumiéndose que el aprovechamiento atribuible al subsuelo es público cuando no se precise en el plan. Siendo así que la Comisión Provincial de Valoraciones ha aplicado la previsión de tal precepto, sin que nada se oponga en particular a un hipotético cálculo erróneo, la conclusión ha de ser la ya apuntada de desestimación de la demanda en este punto.

Por último, en lo que hace referencia a la demanda de los expropiados, se cuestiona la distribución seguida por la CPV de superficies construidas (78% viviendas y 22% locales) argumentando que la misma no se corresponde con la obtención de un beneficio óptimo permitido y que sería de 69% viviendas y 29% locales y que tampoco se ajustan al mercado los precios de venta y costes de construcción manejados en el informe técnico en que se fundamenta el acuerdo valorativo, debiendo sustituirse por los aportados por los actores en su hoja de aprecio.

En realidad, este aspecto de la determinación del justiprecio, a diferencia de los anteriores de naturaleza esencialmente jurídica, es una cuestión de hecho, fundamentalmente probatoria y que lleva a esta Sala, ponderando la aportada por los recurrentes y la precisión del informe técnico manejado por la CPV, a considerar que no existe razón alguna para considerar acreditada una apreciación errónea por parte del órgano de valoración en los conceptos cuestionados.

Resta por examinar los argumentos impugnatorios del justiprecio hechos valer por la Administración expropiante y sin que a su necesario análisis quepa oponer, como pretenden los expropiados, la circunstancia de que los mismos no se articularon en trámite de alegaciones al informe técnico que sirve de propuesta de valoración pues tal hecho no es impeditivo de que en vía judicial puedan formularse cuantas razones de discrepancia con el acuerdo recurrido se consideren convenientes.

El motivo de oposición que como principal se esgrime por la Administración expropiante es, a su entender, la incorrecta determinante del aprovechamiento urbanístico de conformidad con las previsiones contenidas en el planeamiento urbanístico que justifica la expropiación, siendo así que más ajustado a un valor real sería el tener en consideración el aprovechamiento reconocido por el planeamiento vigente (PGOU de [...], de 1986).

La Comisión Provincial de Valoraciones se ha limitado a ajustarse a las reglas valorativas contenidas en la Ley 6/98, integradas según lo antes razonado por la normativa urbanística autonómica, y teniendo en consideración

que al seguirse el procedimiento de tasación conjunta, la valoración del suelo hay que referirla a la fecha de exposición pública del proyecto de expropiación (27 de septiembre de 2005) y, consiguientemente, tomando en consideración las determinaciones contenidas en el planeamiento entonces vigente y que no es otro que el Texto Refundido del PGOU de [...] cuya aprobación definitiva tuvo lugar el 18 de marzo de 2003. No resulta por tanto admisible acogerse a las determinaciones que para el cálculo del aprovechamiento urbanístico se establecen en un planeamiento no vigente a la fecha de valoración del suelo sobre la base, puramente subjetiva, de que así se obtiene un valor “más razonable y justo”.

Con igual argumento debemos desestimar la pretensión articulada como subsidiaria por la Administración expropiante de que en el cálculo del aprovechamiento urbanístico, la exclusión de las dotaciones existentes y afectadas a su destino a que se refiere el art. 60 LOUA debe limitarse a las realmente existentes al momento de la entrada en vigor de la ponencia catastral (año 1994) y no a la fecha de determinación del justiprecio. En realidad las dotaciones consideradas no son las existentes y afectadas a la fecha de determinación del justiprecio, sino a la fecha a que debe ir referida la valoración (27 de septiembre de 2005), sin que encontremos razón jurídica alguna para entender que deben ser las propias del momento de aprobación de una ponencia que, además, no se aplica en sus valores catastrales por desfase de los mismos al haber transcurrido más de diez años desde su aprobación.

(St. de 9 de diciembre de 2010. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. VALORACIÓN SUELO DESTINADO A ZONA VERDE. IMPROCEDENCIA DE APLICAR CRITERIOS DERIVADOS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN SENTENCIA ANTERIOR DE LA MISMA SALA

La pretensión de que se valore la edificabilidad inicialmente concedida y luego no materializada por modificación del planeamiento, no encaja dentro de los posibles supuestos de expropiación forzosa, sino de responsabilidad de la Administración. La indemnización que en tales supuestos pudiera fijarse no guarda identidad con el justiprecio del suelo expropiado por resultar destinado a zona verde. Su naturaleza es distinta y en ningún caso forma parte del expediente expropiatorio ni puede ser objeto de pronunciamiento por la Comisión Provincial de Valoraciones

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de [...], en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 2007, fijando en la cantidad de 127.076,70 €, el justiprecio, incluido premio de afección, correspondiente a la expropiación por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de [...], de una parcela destinada por el planeamiento a zona verde sita en Avda [...]

Para un correcto entendimiento de donde fundamenta la actora su pretensión de que el justiprecio se eleve a la cantidad de 1.042.650 € es preciso referir la siguiente relación circunstanciada de hechos :

1º) Sobre la parcela propiedad de la demandante el Ayuntamiento de concedió el 9 de agosto de 1977 licencia para la construcción de una edificación plurifamiliar de cuatro plantas y aparcamientos en planta sótano. Solicitada prórroga de dicha licencia el día 28 de diciembre de 1981 y denegada la misma, se interpuso recurso contencioso-administrativo, registrado con el número 1004/82, que finalizó por sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Sevilla de fecha 5 de junio de 1987 declarando la nulidad del acuerdo municipal y reconociendo el derecho de la recurrente al otorgamiento de nueva licencia. Recurrida en apelación, el recurso fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1989.

2º) La aprobación en el año 1987 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento determinó la imposibilidad de llevar a cabo la edificación autorizada por la licencia al calificarse la parcela como zona verde. La modificación del planeamiento determinó la inejecutabilidad de la sentencia referida en el número anterior e interesado por el Ayuntamiento de [...] que por vía incidental se fijara indemnización sustitutoria, se dictó auto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de fecha 2 de marzo de 1992 acordando que la cantidad por tal concepto debería ascender a 22.366.213 ptas, más intereses.

En los términos que luego se precisaran, la parte expropiada fundamenta su pretensión sobre la base de las afirmaciones contenidas en dicho auto.

3º) Una inicial petición de expropiación y fijación del justiprecio formulada el 8 de octubre de 1996 es desestimada por sentencia de este TSJ de fecha 20 de enero de 2000 al considerar que no habían transcurrido los cinco años desde la entrada en vigor del planeamiento establecidos en el art. 69 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976, para que la Administración pueda resultar advertida del propósito de iniciar expediente expropiatorio.

Esa advertencia tiene lugar por la aquí demandante mediante la presentación de un escrito en tal sentido el 21 de junio de 2001 y el 28 de noviembre de 2003 formula hoja de aprecio en el cual, acompañando informe de Arquitecto, valora el inmueble en la cantidad de 993.000 € al que debería añadirse el premio de afección.

El Pleno de la Corporación municipal, en sesión celebrada el día 28 de enero de 2004, rechaza la valoración efectuada por la propietaria de la parcela y aprueba su hoja de aprecio en la que fija el valor de la misma en 146,94 €/m², sin perjuicio de la determinación exacta de la real extensión de la finca. Interpuesto recurso de reposición, es considerado como no aceptación de la valoración municipal y remitido el expediente de expropiación a la Comisión Provincial de Valoraciones.

El impugnado acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de [...] acepta las consideraciones contenida en el informe técnico de valoración emitido a su instancia. En el mismo se parte de la clasificación del suelo como urbano consolidado según las Normas Subsidiarias Municipales aprobadas definitivamente el 18 de septiembre de 1987, siendo su calificación la de “sistema local de espacio libre, destinado a zona verde. Actuación aislada” y sin disponer de aprovechamiento urbanístico al tratarse de zona verde y sin cargas de urbanización.

Aplicando los criterios de valoración recogidos en el art. 28 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, para el suelo urbano consolidado por la urbanización, así como el art. 29 de igual norma y dada la no atribución por el planeamiento de aprovechamiento lucrativo alguno, se toma en consideración para el cálculo del aprovechamiento el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos que se relacionan para el Polígono 20 Ensanche Norte, con los coeficientes de uso y tipología que figuran en el callejero de la Ponencia de valores catastrales y tras determinar el aprovechamiento medio, resulta un aprovechamiento urbanístico total de 345,55 m². Aplicando a continuación el método residual estático y fijado el valor de repercusión del suelo en 354,43 €/m², su multiplicación por el aprovechamiento urbanístico arroja la cifra de 121.025,43 €, incrementado en un 5% por el premio de afección y alcanzando un valor total de 127.076,70 €.

La discrepancia de la actora con el justiprecio fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones no radica en cuestiones tales como la clasificación o calificación del suelo, incorrecta aplicación del método residual o resultados diferentes en la determinación de los valores de referencia (valor en venta, valor de construcción, valor de repercusión).

La demandante, en realidad, muestra su disconformidad con respecto al bien objeto de valoración. Para la recurrente el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones confunde el objeto del bien a valorar, que no sería el suelo antes reseñado, sino la edificabilidad de 1.718,27 m² que se reconocía en la licencia inicial de construcción de una edificación de ocho pisos en cuatro plantas, más locales comerciales y aparcamientos. Esta afirmación la fundamenta la recurrente en el razonamiento jurídico primero del auto de este Tribunal, de fecha 2 de marzo de 1992 y que antes citamos

como aquel que fijaba la indemnización sustitutoria derivada de la imposibilidad de ejecutar la sentencia que reconocía el derecho a la concesión de una nueva autorización para edificar en sustitución de la originaria que había caducado. En dicha resolución judicial se señala que la indemnización a determinar se debería limitar al beneficio dejado de obtener por la imposibilidad, tras la modificación del planeamiento, de realizar la construcción autorizada más los gastos por honorarios del arquitecto redactor del proyecto, si bien también contiene en el fundamento jurídico primero la siguiente consideración : *“Ello sin perjuicio del derecho subsistente de la propiedad de la superficie, ante la nueva calificación atribuida a los terrenos, a la expropiación, en su caso, de los mismos y a recibir el justiprecio que proceda atendiendo a la edificabilidad que le correspondía, derecho a la edificabilidad ya consolidado, en tanto que el mismo es expresión del derecho al otorgamiento de la licencia que en la sentencia de este pleito se declaró”*.

La argumentación de la expropiada parte de la atribución de eficacia de cosa juzgada al pronunciamiento contenido en el auto de 2 de marzo de 1992, entendiendo que éste, de forma definitiva e irrevocable, determinaría cual es el concreto bien a expropiar considerando como tal la edificabilidad determinada en la licencia y no materializada por modificación del planeamiento. Esta tesis supone en realidad desconocer cual es el objeto del auto, que se limita a determinar la indemnización sustitutoria por imposibilidad de ejecución de la sentencia que declara el derecho de la actora a la concesión de una nueva licencia en sustitución de la inicial caducada. En modo alguna esa resolución judicial puede incidir, ni en la determinación cual sería el objeto de una ulterior e hipotética expropiación, ni menos aún en la determinación del justiprecio del bien o derecho expropiado. Nos encontramos ante procesos con muy distinto objeto, pues muy diferente es la determinación del justiprecio en una expropiación, objeto del presente recurso, de la cuantificación del beneficio dejado de obtener como indemnización por imposibilidad de materializar el derecho a edificar reconocido en licencia municipal que se fija por el auto de 2 de marzo de 1992. Esa inexistencia de identidad de objeto es lo que imposibilita hablar de cosa juzgada.

Resta entonces por determinar si, pese a la inexistencia de cosa juzgada, en cualquier caso el justiprecio debería ser el resultado valorativo de la edificabilidad reconocida en la licencia y de imposible materialización por modificación del planeamiento.

La respuesta ha de ser negativa. Como indica la propia demandante en su solicitud de iniciación del expediente expropiatorio, la misma se fundamenta en lo que venía establecido en el art. 202 del TR LS de 1992 en cuanto fue asumido como legislación autonómica tras la declaración de inconstitu-

cionalidad del precepto (y que encuentra encaje legal en el supuesto de expropiación previsto en el art. 160.1.B) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía). En estos casos el bien expropiado no es otro que suelo destinado, en el presente supuesto, a zona verde y valorado conforme a los criterios contenidos en la Ley 6/1998.

La pretensión de que se valore la edificabilidad inicialmente concedida y luego no materializada por modificación del planeamiento, no encaja dentro de los posibles supuestos de expropiación forzosa, sino de responsabilidad de la Administración que, en el devenir legislativo, se han ido sucesivamente recogiendo en disposiciones tales como el art. 87.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el art. 42.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y el art. 174 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Pero la indemnización que en tales supuestos pudiera fijarse no guarda identidad con el justiprecio del suelo expropiado por resultar destinado a zona verde. Su naturaleza es distinta y en ningún caso forma parte del expediente expropiatorio ni puede ser objeto de pronunciamiento por la Comisión Provincial de Valoraciones cuyo acuerdo, al resolver en este sentido, y no siendo impugnado por ningún otro motivo que el ya examinado, debe ser confirmado con la consiguiente desestimación del recurso contencioso-administrativo.

(St. de 28 de octubre de 2010. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA. VALORACIONES. REVERSIÓN. MOMENTO AL QUE REFERIR LA VALORACIÓN

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Sevilla en sesión celebrada el día 20 de abril de 2006 por el que se fija en la cantidad de 115.088,42 € el justiprecio correspondiente a la reversión a favor de la entidad Inversiones [...], de la finca nº 108 en su día expropiada a dicha entidad con motivo de la ejecución del Polígono [...], sita en la localidad de [...], con una superficie de 53.529,50 m².

Por la Abogacía del Estado se invoca como motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo la falta del acuerdo social habilitante para la interposición del recurso al ser la actora una persona jurídica, al amparo de lo establecido en el art. 45.2.d) en relación con el art. 69 b), ambos de la LJCA. La posibilidad de inadmisión del recurso queda rechazada de forma inducida desde el momento en que la sociedad actora presentó el acuerdo del

órgano de administración de la entidad delegando en el Director General las facultades concercientes a la autorización para la interposición de acciones judiciales (art. 11.1.5 del Real Decreto 1.525/99, de 1 de octubre, aprobando los Estatutos de SEPES), así como el acuerdo de fecha 4 de agosto de 2006 del Director General de dicha Sociedad para formular el presente recurso contencioso-administrativo.

Analizando lo que constituye el fondo del asunto, al Sociedad Estatal demandante insta la elevación del justiprecio fijado para la reversión hasta la cantidad de 386.161,73 €. En la demanda se reconoce explícitamente que a la fecha de solicitud de la reversión de los terrenos (11 de mayo de 1990), momento al que hay que referir la valoración del bien objeto de reversión según dispone el art. 54 LEF, los terrenos tenían la clasificación urbanística de suelo no urbanizable y ello como consecuencia de una modificación en el PGOU de [...] el 20 de noviembre de 1987.

Dado que el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa valora los terrenos de conformidad con su clasificación urbanística como no urbanizable en el momento de la solicitud de reversión, la Sociedad actora muestra su disconformidad entendiendo que la valoración ha de llevarse a cabo como si fuera suelo urbanizable de uso industrial. Dicha pretensión la fundamenta la recurrente atendiendo a lo que denomina “clasificación potencial e irremisible de los terrenos” por cuanto el 13 de julio de 1990, dos meses después de la fecha del ejercicio del derecho de reversión, se aprobó y publicó en el Bolletín Oficial de la Junta de Andalucía, el acuerdo de Modificación Puntual al PGOU de [...] que, estando en tramitación a la fecha de valoración, volvía a clasificar el suelo como urbanizable programado para el primer cuatrienio, de uso industrial, dentro del Sector 2, perdiendo su transitoria consideración urbanística de no urbanizable.

El art. 54 LEF claramente dispone que en la determinación del justo precio del bien objeto de reversión se atenderá al valor del mismo en el momento en que se solicite su recuperación. Indiscutido que los terrenos a dicha fecha se encontraban clasificados en el PGOU como suelo no urbanizable, el Jurado de Expropiación los valora conforme establece el art. 26 de la Ley 6/1998, de 13 de abril. La circunstancia de que dos meses después de la solicitud de reversión tenga lugar una modificación puntual del planeamiento y el terreno pase a tener la clasificación de urbanizable, no autoriza a que el método de valoración también deba sufrir alteración y pase a ser el establecido en la Ley 6/1998 para el suelo urbanizable. El tiempo tiene influencia en el ámbito del Derecho, siendo determinante incluso del ejercicio efectivo de derechos o de su nacimiento (pensemos, por ejemplo, en la mayoría de edad a los 18 años y el ejercicio del derecho de sufragio o en el instituto de la prescripción) y, razones de seguridad jurídica aconsejan, en oca-

siones, el establecimiento de un momento determinado y preciso para el nacimiento, pérdida, ejercicio o determinación de algún elemento de una relación jurídica, derecho o deber. Esto es lo que sucede con la valoración de los bienes objeto de reversión, en cuanto que a alguna fecha a que referir su valoración, y el legislador ha querido que sea conforme a su estado en el momento de solicitud de la reversión, aprobando métodos de valoración distinto según la clasificación urbanística del suelo revertido. No resulta jurídicamente posible, al amparo de una supuesta irreversibilidad en la modificación del planeamiento, alterar el criterio de valoración aplicable sobre la base de una distinta clasificación urbanística de los terrenos que solo tiempo después tuvo lugar y sin que sea trasladable al presente supuesto la jurisprudencia citada en la demanda y que guarda relación con la consideración de las expectativas urbanísticas como concepto a considerar en la determinación del justiprecio. No es equiparable atender a las circunstancias urbanísticas como factor relevante en el cálculo del valor real del suelo con la pretensión hecha valer por la sociedad estatal actora de modificar el criterio de valoración de los terrenos partiendo de una clasificación urbanística distinta a la que tenían en el momento al que hay que referir su justo precio. Ello supondría una alteración sustancial en el valor de los terrenos como se deduce de que la actora pretende un incremento del justiprecio que triplica el valor otorgado por el Jurado de Expropiación y que, en la medida en que no es cuestionado en su resultado valorativo como suelo no urbanizable, ha de ser mantenido con la consiguiente desestimación de la demanda.

(St. de a 16 de diciembre de 2010. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XX. RESPONSABILIDAD. CAUSALIDAD ADECUADA. TEORÍA GENERAL

La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo al considerar que las lesiones que sufre el demandante sea consecuencia de una caída en la que no ha quedado demostrada la relación causa-efecto entre el accidente producido y el funcionamiento del servicio correspondiente.

Sobre la base de tal afirmación de la sentencia fundamenta el apelante su recurso señalando que hay un reconocido mal estado del acerado incumpléndose con ello el deber de la Administración de conservar éste en buen estado.

Admitiendo que la caída se produjo en el lugar y día manifestado por el apelante, en la sentencia de instancia hay una clara referencia a la falta de acreditación del nexo causal como motivo determinante de la desestimación del recurso y que debería haber sido rebatida, limitándose el apelante a afirmar que obligación municipal es la de mantener el acerado en buen estado.

Sobre la base de lo expuesto resulta ahora conveniente traer a colación lo que ya son reiterados pronunciamientos judiciales sobre el nexo causal y las demás exigencias propias de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, como viene sosteniendo el Tribunal Supremo, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no comporta que ésta venga obligada a indemnizar por el solo hecho de que aquél haya ocurrido en un lugar cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, puesto que esta interpretación no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992. En efecto, no cabe generalizar dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, puesto que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración, cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyan un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas impliquen la creación de tal situación de riesgo, de modo que procederá su desestimación cuando el hecho causal causante del accidente sea ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación exista entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

Por lo demás, la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema pro-

videncialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (STS de 5 de junio de 1998).

Como nos dice la Sentencia de 5 de junio de 1998, ya citada “hay que reconocer con la doctrina que el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo –y así ocurre en el presente caso– se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una «conditio sine qua non», esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño («in iure non remota causas, sed proxima spectatur»). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor.

Pues bien, del examen del reportaje fotográfico en realidad, dada su mala calidad, nada se advierte sobre los desperfectos existentes en el acerado. Por lo antes expuesto no es cualquier desperfecto motivo determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial. También existe por parte del peatón un deber de atención mínimo en la deambulación por la ciudad. La cuestión queda entonces circunscrita a acreditar que la irregularidad en el

acerado es de tal entidad y alcance que, por sí misma, ya implica un riesgo para los peatones, extremo que se niega en la sentencia apelada y que en ningún caso ha quedado rebatido ni por los argumentos contenidos en la apelación ni de un nuevo examen del expediente administrativo y pruebas practicadas en el proceso de primera. De aquí que el resultado no pueda ser otro que el de confirmar la sentencia apelada.

(St. de 14 de enero de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

El papel del Parlamento Andaluz en los conflictos en defensa de la Autonomía Local

En sesión celebrada el 20 de diciembre de 2010, la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía aprobó el Dictamen solicitado por un nutrido grupo de Ayuntamientos por entender que la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía, lesiona gravemente la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Como es bien conocido, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional acometida en la LO 7/1999, de 21 de abril, abrió a los gobiernos locales el acceso directo al Tribunal Constitucional, que hasta entonces le estaba vedado, de tal suerte que la única vía de residenciar ante dicho Tribunal sus reclamaciones de relevancia constitucional se circunscribía a la cuestión de inconstitucionalidad. El nuevo procedimiento articulado al efecto, a saber, el conflicto en defensa de la autonomía local, se configura como un recurso dirigido esencialmente frente al legislador, toda vez que se ciñe a “las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada” (art. 75 bis 1). Pues bien, si ya entonces todo hacía presagiar que esta nueva vía sería en la práctica más frecuentemente transitada frente a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, dado que era de la legislación sectorial autonómica de donde cabía esperar habitualmente la intromisión en los ámbitos competenciales locales, parece evidente que el nuevo marco estatutario ha venido a confirmar dicha predicción. Especialmente, el de aquellas CCAA que, como la andaluza, están impregnados de una fuerte vocación municipalista.

Que el conflicto en defensa de la autonomía local está jugando especialmente frente a los legisladores subcentrales, es una apreciación que se percibe con nitidez tras realizar un somero examen de las –contadísimas– resoluciones recaídas al respecto. En efecto, salvando el pionero conflicto contra la Ley general de estabilidad presupuestaria –que sería inadmitido mediante ATC 419/2003, de 16 de diciembre¹–, los trabados en torno al Plan Hidrológico

¹ Véase asimismo el ATC 46/2004, de 10 de febrero, de inadmisión del recurso de súplica formulado contra el citado ATC 419/2003.

Nacional² y el que planteó la Ciudad Autónoma de Ceuta contra la Ley 6/1998, sobre el régimen del suelo y valoraciones (STC 240/2006, de 20 de julio), los restantes han tenido como objetivo leyes autonómicas, más concretamente de los siguientes Parlamentos: aragonés (ATC 108/2010, de 28 de septiembre, de inadmisión); balear (AATC 513/2004, de 14 de diciembre, y 326/2007, de 12 de julio, ambos extinguidos por pérdida de objeto); castellano-leonés (ATC 486/2004, de 30 de noviembre, que deniega práctica de prueba); castellano manchego (ATC 322/2007, de 3 de julio, de inadmisión); riojano (ATC 251/2009, de 13 de octubre, inadmisión por ser notoriamente infundado) y valenciano (STC 47/2008, de 11 de marzo).

Por otro lado, importa destacar otra conclusión que cae por su propio peso tras analizar la práctica seguida en relación con este procedimiento constitucional: Que hasta la fecha pocos reproches se han podido hacer a la actividad desplegada por el Parlamento andaluz desde el punto de vista del respeto de la autonomía del nivel local de gobierno. Pues, como hemos visto, del número total de resoluciones generadas por este procedimiento solo una afectaba a nuestra Comunidad Autónoma, pero no se dirigía contra una norma con rango de ley autonómica, sino estatal: el Real Decreto-Ley 10/2004, por cuanto había venido a derogar el art. 13.5 de la Ley 10/2001 (Plan Hidrológico Nacional). Conflicto que, instado por la Diputación provincial de Almería, sería inadmitido por considerarse que no era la única entidad afectada por dicha derogación (ATC 360/2005, de 11 de octubre, FFJJ 3º y 4º).

En relación con esta causa de inadmisión, debe recordarse que el primer apartado del art. 75 ter LOTC atribuye legitimación al “municipio o provincia que sea destinatario único de la ley”, pero no es habitual que se produzca este supuesto de hecho. En efecto, esta legitimación singular está pensada para los casos de leyes singulares o de caso único, las cuales, aunque no sean inverosímiles en nuestro ordenamiento —piénsese en la Carta municipal de Barcelona o en la Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid—, no están llamadas obviamente a ser de uso frecuente. Más problemas interpretativos puede generar este supuesto de legitimación en relación con aquellos casos en que los destinatarios de una medida normativa no son la generalidad de los municipios o provincias del Estado o de la concreta Comunidad Autónoma, sino un

² Más concretamente contra la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 10/2004, que vino a derogar diversos preceptos de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional (AATC 360 a 364/2005; conflictos que fueron formulados, respectivamente, por las Diputaciones de Almería, Castellón, Valencia y Alicante).

conjunto más o menos amplio de ellos en función de sus específicas características. Posibilidad ésta que contempla expresamente el art. 30 de la Ley de Bases de Régimen Local a propósito de las leyes autonómicas sobre régimen local, ya que “podrán establecer regímenes especiales para municipios pequeños o de carácter rural y para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes”. Y normas llamadas a aplicarse a determinadas categorías de municipios han existido de hecho en otros ámbitos (así, la designación directa de secretarios e interventores en municipios de más de 100.000 habitantes contemplado en la Ley 10/1993).

Pues bien, esta eventual aprobación de leyes destinadas no a la totalidad, sino a un concreto grupo de entidades locales, no parece, pues, haber sido tomada en consideración por el legislador orgánico³. Pero, comoquiera que sea, lo que importa ahora subrayar es que el aludido conflicto planteado por la Diputación de Almería tampoco podía reconducirse a este último supuesto: el mismo se dirigía contra la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 10/2004 en la medida en que había venido a derogar el art. 13.5 del Plan Hidrológico Nacional, en cuya virtud se habilitaba la transferencia anual de hasta 95 hm cúbicos con origen en la zona del Bajo Ebro del Plan Hidrológico de la Cuenta del Ebro con destino al ámbito territorial del Plan Hidrológico del Sur. A juicio del Tribunal Constitucional, en modo alguno cabía sostener que la Diputación recurrente fuese la única afectada, “toda vez que el Plan Hidrológico del Sur, beneficiario del trasvase, incluye otras cuencas hidrográficas que transcurren por los territorios de las provincias de Cádiz, Málaga, Granada y Almería, desde esta perspectiva se alcanza la conclusión de que la provincia de Almería no era la única destinataria del agua que se preveía trasvasar” (ATC 360/2005, FJ 4^o)⁴.

En resumidas cuentas, la inadmisión del conflicto planteado por la Diputación de Almería, mediante el ATC 360/2005, impidió que el Parlamento andaluz se “estrenara” en este procedimiento constitucional. Por eso, con inde-

³ Véase MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: “Comentario al art. 75 ter”, en Requejo Pagés (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE/Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, pág. 1194.

⁴ Y con una argumentación semejante se inadmitieron asimismo por falta de legitimación los conflictos planteados contra dicha disposición derogatoria por las Diputaciones de Castellón, Valencia y Alicante (AATC 361, 362 y 363/2005, respectivamente).

pendencia del que suscita el propio contenido sustantivo de la queja, resulta de interés aproximarse al conflicto en defensa de la autonomía local que han acordado plantear un número suficiente de municipios⁵ contra la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía. Pues en esta ocasión, dado que no parecen plantearse problemas de legitimación ni estar el conflicto notoriamente infundado, todo parece indicar –a falta de la improbable existencia de defectos formales insubsanables– que no se incurre en ninguna causa de inadmisión *a limine* del conflicto⁶. Y en consecuencia, una vez admitido a trámite, “el Tribunal dará traslado del mismo a los órganos legislativos y ejecutivo de la Comunidad Autónoma de quien hubiese emanado la ley y, en todo caso, a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado. La personación y la formulación de alegaciones deberán realizarse en el plazo de veinte días”.

Se trata, como es palmario, de una regulación que sigue muy de cerca lo previsto en el art. 34.1 LOTC en relación con el recurso de inconstitucionalidad. Por tanto, al igual que sucede con este procedimiento, los aludidos órganos no son partes necesarias del proceso, de tal modo que pueden con entera libertad decidir no personarse o, si renuncian a intervenir como parte, comunicar al Tribunal que no formularán alegaciones. Es de esperar, sin embargo, que el Parlamento andaluz no deje pasar la ocasión de ser parte activa en el procedimiento, en consideración a la proximidad de la aprobación de las leyes reguladoras de la autonomía local en Andalucía y de participación en tributos –que han supuesto un verdadero hito en la conformación de los gobiernos locales en el Estado Autonomático–, así como en atención al interés y relevancia de los interrogantes planteados en el conflicto. Pero veamos esto último con algún detalle.

Según se desprende del dictamen del Consejo Consultivo, la pretendida vulneración de la autonomía local de la que se quejan los Ayuntamientos promotores del conflicto se basa en que la Ley crea “una superestructura, centra-

⁵ De acuerdo con el art. 75 ter. 1. b) de la LOTC, están legitimados para plantear el conflicto “un número de municipios que supongan al meno un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente”. Requisitos cuantitativos de orden cumulativo que, en efecto, parecen satisfacerse en este supuesto.

⁶ “Planteado el conflicto –dice el apartado primero del art. 75 quinquies–, el Tribunal podrá acordar, mediante auto motivado, la inadmisión del mismo por falta de legitimación u otros requisitos exigibles y no subsanables o cuando estuviere notoriamente infundada la controversia suscitada”.

lista e intervencionista que controlará, vigilará y sancionará, vía desarrollo reglamentario, a las Entidades locales”. Más específicamente, se dirigen contra el régimen de los nuevos cánones que ha diseñado en materia de aguas el legislador. Como es sabido, de un lado, establece tributos destinados a la financiación de las competencias y servicios autonómicos (a saber, el “canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma”, el “canon de regulación y la tarifa de utilización del agua” y el “canon de servicios generales”) y, por otra parte, prevé la fijación de un tributo local, el denominado “canon de mejora de infraestructuras hidráulicas competencia de las Entidades Locales”. Pues bien, por lo que hace a los tributos que se configuran como ingresos propios de la Junta de Andalucía, la queja se fundamenta en que se obliga a los Ayuntamientos a recaudarlos; en concreto, se precisa que “el canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma es un tributo autonómico que, sin embargo, a partir de ahora, van a exigir y recaudar los Ayuntamientos andaluces, sin que tengan ningún margen de decisión sobre el mismo y sin que tampoco se prevea simultáneamente la dotación de recursos económicos para hacer frente a las nuevas cargas financieras que han de asumir tal y como prevé el artículo 25 de la LAULA”. En esta línea, se subraya que “es muy preocupante que la Junta de Andalucía pretende que sean los Ayuntamientos (art. 78) los responsables de la recaudación ante los ciudadanos, en un intento que los ciudadanos perciban que son estos Ayuntamientos los responsables del cobro y gestión de dicho impuesto o canon”; así como que “pretenden imponer que los Ayuntamientos han de pagar a la Junta, aunque no hayan recaudado”. En relación con el “canon de mejora de infraestructuras hidráulicas competencia de las entidades locales”, lo cierto es que los Ayuntamientos promotores del conflicto no hacen referencia a ninguna afectación de la autonomía local, limitándose a mencionar su existencia. Finalmente, los Ayuntamientos identifican otras pretendidas vulneraciones de dicha autonomía, como la posible exclusión de un Ayuntamiento de la recepción de las ayudas, si no cumple con las exigencias de la Administración Andaluza del Agua (art. 32.4), así como que se impida el acceso a la financiación para la mejora de las instalaciones a los Ayuntamientos que no alcancen el rendimiento que se determine (art. 33.1).

Pues bien, entrando en la primera de las quejas referidas, esto es, el hecho de que los gobiernos locales se encarguen de la recaudación de los cánones autonómicos, no puede sino compartirse la apreciación del Dictamen del Consejo Consultivo de que en modo alguno la Ley afecta a la autonomía local. Pues, en efecto, el art. 102 de la Ley 9/2010 dispone que “corresponde la aplicación de estos cánones y tarifa a la Agencia Tributaria de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de la delegación a que hace referencia la disposi-

ción adicional quinta de la Ley 23/2007, de 18 de diciembre, por la que se crea la Agencia Tributaria de Andalucía...”. Y, por otro lado, la circunstancia de que las entidades suministradoras se conceptúen como sustitutos del contribuyente respecto del “canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma” –o directamente como contribuyentes, en el supuesto de pérdidas de agua en redes de abastecimiento– (art. 82), tampoco puede considerarse lesiva de la reiterada autonomía a juicio del Consejo Consultivo: “[...] en la medida en que la norma en conflicto no ha mermado la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés, de tal forma que sea susceptible de situarla por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno. Y es que, en el presente caso –prosigue el Dictamen–, las entidades locales van a seguir ejerciendo sus competencias en relación con el suministro de agua y tratamiento de aguas residuales en la misma forma en que lo venían haciendo hasta ahora”.

En lo que concierne al “canon de mejora de infraestructuras hidráulicas competencia de las entidades locales”, ya dijimos que ningún reproche se hacía por los Ayuntamientos acerca de un eventual menoscabo de la autonomía local, lo que habría justificado que el Dictamen omitiese por completo la cuestión. Sin embargo, razonablemente –cabría añadir–, la Comisión Permanente del Consejo Consultivo no se resiste a la tentación de argumentar algo sobre el particular: “A pesar de lo anterior, no puede este Órgano dejar de señalar que, en cualquier caso, el establecimiento de un tributo no puede lesionar la autonomía local, pues no es susceptible de restringir el ejercicio de competencias por parte de los Municipios; y es que todo tributo ha de ser creado por Ley...”. Decíamos líneas arriba que era razonable que el Dictamen entrase en esta cuestión habida cuenta de que suscita un novedoso e interesante interrogante en punto a la autonomía local en su dimensión financiera, a saber, calibrar si, cómo y en qué medida están obligadas las Comunidades Autónomas a compensar por el incremento de las funciones y tareas que les marcan a los gobiernos locales. Se trata de una cuestión que ha experimentado un renovado auge a partir de la aprobación del nuevo Estatuto, que entroniza el principio de lealtad institucional como un principio estructural de la organización territorial de Andalucía (art. 90), y lo proyecta específicamente a los supuestos de modificación del orden competencial en sentido descendente. Y lo hace incluso reiteradamente, puesto que, si el art. 93.1 del Estatuto ya contempla que toda transferencia o delegación de competencias en los Ayuntamientos exige “la necesaria suficiencia financiera para poder desarrollarla”, el art. 192.7 recuerda esta obligación con un mayor alcance al extenderla a la generalidad de los

Entes locales: “Cualquier atribución de competencias irá acompañada de la asignación de recursos suficientes”⁷.

Por su parte, la LAULA no ha venido sino a ratificar y profundizar el alcance de estos compromisos financieros de la Junta de Andalucía, al explicitar la exigencia de que toda transferencia (art. 17.1), delegación (19.2) o encomienda de gestión (23.2) vaya acompañada de los recursos precisos, configurándose además la pertinente dotación económica como condición *sine qua non* para que se produzca la efectividad de la delegación competencial y la encomienda de gestión. Todo ello sin olvidar la garantía genérica que, para la “financiación de nuevas atribuciones”, se contiene en el artículo 25 de la LAULA: “En el caso de que la Comunidad Autónoma de Andalucía asigne a las entidades locales servicios o funciones que entrañen nuevos gastos o la ampliación de los ya existentes, acordará simultáneamente la dotación de los recursos económicos para hacer frente a las nuevas cargas financieras”.

En definitiva, dichas previsiones estatutarias, primero, y la LAULA, después, han venido a delimitar un nuevo marco normativo especialmente protector de la autonomía financiera local, que vendría a superponerse a la garantía constitucional derivada del art. 142 en conexión con el art. 137 de la Constitución. De este modo, por utilizar una terminología tomada de la doctrina alemana, nuestro ordenamiento se inclina claramente por un modelo dualista de protección de la suficiencia financiera local. En efecto, como se apunta en la literatura germana, el modelo monista, anclado en la garantía genérica de la suficiencia que ha de realizarse a través de las fuentes ordinarias del sistema hacendístico local, está concebido para regular el problema de la financiación durante largos períodos de tiempo. Contempla —por así decirlo— las relaciones competenciales y financieras desde un punto de vista “estático”, por lo que necesariamente muestra alguna ceguera frente a las modificaciones *ad hoc* que puedan introducirse en el sistema; sistema que, en principio, había mantenido en equilibrio el acervo competencial local y la masa de recursos puesta a su disposición. De ahí que, al objeto de aclarar jurídicamente esa dimensión dinámica del sistema, se entienda conveniente completar la garantía genérica con otra garantía específicamente destinada a proteger la vertiente financiera del “principio de conexión entre la competencia y el gasto”⁸. Una ga-

⁷ Sin embargo, nuestro Estatuto no es en este extremo tan garantista como el catalán, en el que la aportación de los medios suficientes se configura como una condición necesaria para que entre en vigor la transferencia competencial (art. 219.3).

⁸ Sobre este principio, véase MANUEL MEDINA GUERRERO: *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a la alteración de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2004, pág. 13 y ss.

rantía adicional que se considera *lex specialis* y que, por tanto, se aplica con preferencia a la general garantía de suficiencia financiera⁹.

Pues bien, por lo que hace al ordenamiento andaluz resulta evidente que se ha inclinado por fórmulas que obedecen a lo que la doctrina alemana ha dado en denominar “principio de conexión estricto”¹⁰. Se considera que la norma asume este principio cuando exige que la alteración del orden competencial esté necesariamente vinculada con una dotación de recursos. En contraste, se entiende que se incorpora solamente el “principio de conexión relativo” cuando la norma únicamente requiere que, al tiempo de la transferencia, el legislador regule acerca del problema de los costes, lo que no tiene por qué conducir necesariamente a un traspaso de medios por parte del ente que decide la delegación competencial, siempre y cuando logre demostrar que el Ente local tiene recursos propios suficientes para hacer frente a los gastos¹¹. Esta última hipótesis es, por tanto, imposible en el marco de un modelo dualista como el establecido en nuestro ordenamiento, que reclama la efectiva transferencia de medios. Pero es que, además, importa subrayarlo, tal y como se han configurado entre nosotros las garantías financieras *ad hoc*¹², el traspaso de medios ha de cubrir la totalidad del coste de las nuevas funciones que se asignan a los Entes locales. Esta correspondencia plena, absoluta, entre los nuevos gastos que se generan al nivel local de gobierno y la dotación financiera que debe suministrar el ente que, en última instancia, los ha causado, constituye sin duda una ventaja fundamental de los modelos dualistas –que preservan específicamente el principio de conexión– frente a aquellos otros que se limitan a reconocer la garantía genérica de la suficiencia financiera¹³. Si la suficiencia financiera *ex*

⁹ STEFAN MÜCKL: “Kommunale Selbstverwaltung und aufgabengerechte Finanzausstattung – Das Konnexitätsprinzip in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte”, *DÖV*, 1999, pág. 844; FRIEDRICH SCHOCH: *Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie*, Richard Boorber Verlag, Stuttgart, 1997, pág. 163.

¹⁰ Salvando el supuesto de delegación voluntaria, que parece responder más propiamente al “principio de conexión relativo”, ya que en el acuerdo de delegación podría hacerse constar la renuncia a la aportación económica del delegante (art. 27.1 LRBR).

¹¹ Por todos, consúltese STEFAN MÜCKL: *Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung*, RICHARD BOORBERG VERLAG, Stuttgart, 1998, pág. 201 y ss.; Friedrich Schoch: *Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie*, pág. 166 y ss.; FRIEDRICH SCHOCH/JOACHIM WIELAND: *Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlasste kommunale Aufgaben*, Nomos, Baden-Baden, 1995 pág. 161 y ss.

¹² Salvando el singular supuesto del art. 69.2 del Estatuto balear de 1983, que no predeterminaba la cuantía de la transferencia.

¹³ Así, SCHMIDT-JORTZIG/MAKSWIT: “Gemeinde und Kreisaufgaben – Funktionsordnung des Kommunalbereiches nach «Rastede»”, *JuS*, 1980, pág. 643.

art. 142 CE ha de determinarse «en el marco de las disponibilidades presupuestarias» (STC 104/2000, FJ 4º), no existe tal cortapisa si se cuenta con una garantía financiera específica: Si el nivel de gobierno que pretende transferir o delegar competencias o encomendar la gestión de una tarea a las Entidades Locales no está en condiciones económicas de asegurarles la financiación de la totalidad del gasto, sencillamente no se podrá proceder a la transferencia, delegación o encomienda¹⁴. Como tampoco podrá verse condicionado el derecho a recibir una transferencia que cubra la totalidad del coste por la circunstancia de que los Entes Locales cuenten con una mayor o menor capacidad fiscal¹⁵, de tal modo que, aun cuando se acredite que una determinada Entidad Local tiene recursos propios bastantes para asumir los nuevos costes, esto no podrá justificar que el ente que procede a la transferencia o a la delegación se resista a proporcionar los medios “correspondientes”.

La necesidad de separar claramente entre la garantía genérica y las específicas no es, pues, fruto de un mero prurito academicista. Sus diversos alcance y consecuencia no sólo legitiman, sino que exigen una nítida distinción entre ellas. E, incluso, las diferencias se aprecian en la intensidad del control de constitucionalidad que cabe desplegar en uno y otro caso, dado el muy superior margen de maniobra que confiere al legislador la garantía genérica¹⁶. De hecho, la propia estructura normativa de ambas garantías coadyuva a que la revisión jurisdiccional sea dispar. El mandato de suficiencia genérico *ex art.* 142 CE guarda un cierto paralelismo con las normas que imponen un deber de actuación a los poderes públicos, puesto que, al fin y al cabo, el reiterado precepto constitucional no está sino imponiendo al Estado y a las Comunidades Autónomas que actúen positivamente para asegurar la efectiva vigencia de una

¹⁴ En este sentido, STEFAN MÜCKL: *Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung*, especialmente págs. 81 y 83.

¹⁵ STEFAN MÜCKL: “Kommunale Selbstverwaltung und aufgabengerechte Finanzausstattung”, pág. 844.

¹⁶ Baste recordar que, al regular las diversas fuentes ordinarias que integran establemente el sistema de financiación, además de atender a las necesidades de gasto como reclama la exigencia de suficiencia, pueden perseguirse otras finalidades, como la redistributiva, o tomarse en consideración de forma relevante la capacidad fiscal para potenciar la autonomía financiera. Dada esta pluralidad de objetivos, se explica la amplia libertad de configuración del legislador que determina la suficiencia al regular el sistema hacendístico; libertad que, obviamente, no es trasladable al legislador que se encarga de dar cumplimiento a la garantía del principio de conexión (véase Werner Patzig: “Die Lastenverteilung im Bereich der kommunalen «Fremdverwaltung»”, *DÖV* 1985, pág. 650).

institución, en nuestro caso la autonomía local. Y, como es sabido, a ese tipo de normas suele reconocerse una menor eficacia vinculante, por lo que se entiende que permiten una mayor libertad de configuración al legislador al proceder a su concretización. Por el contrario, el papel que desempeñan las garantías específicas en la protección de la autonomía local se asemeja al que cumplen las normas que consagran “derechos de defensa”, dotadas de una más estricta eficacia vinculante por cuanto sólo reclaman la abstención o no injerencia de los poderes públicos. Bajo este prisma, toda ampliación de las tareas locales que no venga acompañada de la pertinente dotación financiera puede examinarse como un supuesto de intromisión o injerencia en la esfera acotada por la autonomía local, abriéndose así el paso a un más penetrante control jurisdiccional de estas controversias¹⁷.

Llegados a este punto, el siguiente interrogante que se abre antes nosotros es el de determinar “cómo” debe satisfacerse este compromiso de proveer a la financiación adecuada para hacer frente a las nuevas tareas de los gobiernos locales. En principio, puede especularse con que la potenciación de los ingresos tributarios propios constituye una de las fórmulas que pueden emplearse para restaurar la suficiencia que se haya visto alterada con motivo de la ampliación de las funciones locales. Sin embargo, pese a que el nivel de gobierno responsable de la referida ampliación tenga un cierto margen de maniobra al respecto, cabría cuestionarse si cuenta con una plena libertad cuando de tributos propios se trata, dada la estrecha e indisoluble relación recíproca existente entre la potestad tributaria y el principio de autonomía¹⁸. Quiere decirse con esto que, en buena lógica, los tributos propios deberían estar llamados a financiar las *competencias propias* de las Entidades Locales, por cuanto en ellas se condensa el principio de autonomía en su vertiente funcional (art. 7.2 LRBRL). Consecuentemente, el recurso a la ampliación de los recursos tributarios propios no podría considerarse la vía de compensación adecuada para los casos de *delegación* de competencias, toda vez que el ente delegante conserva la titularidad de la competencia y está facultado para ejercer un intenso control sobre el ejercicio de la misma, hallándose únicamente restringido por la exigencia de “respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad local” (art. 7.3 LRBRL). En la medida en que la competencia delegada sigue siendo del

¹⁷ En esta línea UWE VOLKMANN: “Der Anspruch der Kommunen auf finanzielle Mindestausstattung”, *DÖV* 2001, pág. 499.

¹⁸ En este sentido, consúltese FRIEDRICH SCHOCH y JOACHIM WIELAND: *Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlaßte kommunale Aufgaben*, pág. 184.

delegante, resulta razonable que su financiación corra a cargo de las fuentes de ingresos locales que procedan, en última instancia, de aquél. La vía de la participación en los tributos –o cualquier fórmula de transferencia presupuestaria– se configura, en suma, como la más respetuosa con el principio de autonomía local en los supuestos de delegación¹⁹, y, tal vez, como la única constitucionalmente posible.

Así pues, en el caso de que la Junta de Andalucía proceda a la transferencia competencial, puede, en primer término, atribuir nuevos impuestos a los Entes Locales. Desde luego, ésta sigue siendo una vía transitable para las Comunidades Autónomas a pesar de la posición muy restrictiva mantenida respecto de la capacidad autonómica de operar en la esfera de la tributación local en la STC 31/2010 (FJ 140º), ya que ésta dejó expresamente a salvo la posibilidad de que hagan uso de su *poder de crear impuestos* que le confiere el artículo 6.2 LOFCA al objeto de asignárselos a sus Entes Locales; posibilidad que había reconocido expresamente el Tribunal Constitucional en la STC 233/1999:

«[...] la reserva de ley en materia tributaria, impuesta por el art. 31.3 C.E., se extiende a la creación ex novo de los tributos y a la configuración de los elementos esenciales de los mismos (SSTC 37/1981, fundamento jurídico 4.; 6/1983, fundamento jurídico 4.; 179/1985, fundamento jurídico 3.; 19/1987, fundamento jurídico 4.; 221/1992, fundamento jurídico 7.; 14/1998, fundamento jurídico 11; entre otras). En el caso de que se trate de tributos que constituyan recursos propios de las Corporaciones Locales –carentes de potestad legislativa, aunque habilitadas por el art. 133.2 C.E. para establecerlos y exigirlos–, aquella reserva habrá de operarse necesariamente a través del legislador estatal, «cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución», en tanto en cuanto la misma «existe también al servicio de otros principios –la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes– ...» (STC 19/1987, fundamento jurídico 4.), principios que sólo puede satisfacer la ley del Estado. Además, y desde el momento en que esta concreta potestad normativa del Estado tiene como inmediata finalidad garantizar la suficiencia financiera de tales Corporaciones –suficiencia financiera que, según indicamos ya en el fundamento jurídico 2., es en última instancia responsabilidad de aquél–, su ejercicio encuentra anclaje constitucional en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14 C.E.), debiendo entenderse veda-

¹⁹ Naturalmente, y *a fortiori*, resulta inimaginable el recurso a los tributos propios locales para financiar las encomiendas de gestión.

da, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo.

«Todo ello no es óbice, sin embargo, para que éstas, al igual que el Estado, puedan ceder también sus propios impuestos o tributos en beneficio de las Corporaciones Locales, pues, al contrario de lo afirmado por los recurrentes, nada hay que lo impida en la L.H.L., ni tampoco en la C.E. o en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (L.O.F.C.A.), siempre y cuando, claro está, las Comunidades Autónomas respeten los límites a su capacidad impositiva que se establecen en estas dos últimas.» (FJ 22º; el énfasis, obviamente, es nuestro)

No existe, por ende, ningún impedimento de índole competencial para que la Junta de Andalucía pueda recurrir a la creación de impuestos propios para hacer frente al mandato de suficiencia; e, incluso, en línea de principio, estaría facultada para establecerlos a título de impuestos obligatorios locales, habida cuenta de que «no es cierto... que la autonomía local que se reconoce en la Constitución implique la necesidad de que la Ley dote a las Corporaciones Locales de libertad para imponer o no cada uno de sus tributos propios» (STC 233/1999, FJ 22º).

Un papel radicalmente diferente juegan al respecto las *tasas*. De hecho, dada la inmediata y estrecha conexión que media entre la titularidad de la competencia y el beneficiario del tributo, va de suyo que la transferencia competencial debe ir inescindiblemente acompañada de las tasas anejas al servicio transferido. Efectivamente, en correspondencia con la justificación material de esta categoría tributaria, su establecimiento requiere ineludiblemente la realización de una actividad administrativa por parte del ente beneficiario de la misma; de no existir tal actividad, y por ende no generarse ningún gasto, es evidente que no concurre el presupuesto legitimador de la exacción de este tributo. Por lo tanto, en puridad estos supuestos, más que plantear una cuestión de reparto del “poder tributario” propiamente dicho, no encierran sino una cuestión de distribución material de competencias: quien es el competente para prestar el servicio, ha de ser el titular de las tasas que penden sobre el mismo. Esta ineludible conexión entre transferencia competencial y asunción de las tasas se puso ya de manifiesto de forma expresa en la redacción inicial tanto de la LOFCA (art. 7.2) como de algún Estatuto de Autonomía²⁰ en relación con las transferencias competenciales que se pudieran producir desde el Estado y

²⁰ Artículo 58.2 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

la Corporaciones Locales a favor de las Comunidades Autónomas, disponiéndose que las tasas pasarían a considerarse automáticamente tributos propios de éstas. Y así se ha mantenido en la vigente redacción del artículo 7.2 de la LOFCA:

“Cuando el Estado o las Corporaciones Locales transfieran a las Comunidades Autónomas bienes de dominio público para cuya utilización estuvieran establecidas tasas o competencias en cuya ejecución o desarrollo presen servicios o realicen actividades igualmente gravadas con tasas, aquéllas y éstas se considerarán como tributos propios de las respectivas Comunidades”²¹.

Se haya consagrado o no de forma expresa en el ámbito local dicha cláusula de traslado automático de las tasas anejas a los servicios transferidos, resulta incuestionable que el ente que transfiere la competencia no puede pretender mantener entre sus recursos propios las tasas anudadas a dicha competencia. Y es que, ciertamente, una previsión como la contenida en el art. 7.2 LOFCA puede considerarse una «cautela en buena medida innecesaria porque la propia naturaleza de la tasa excluye que una Administración pueda continuar con su exacción sin que mantenga la competencia cuyo ejercicio constituye el hecho imponible de la misma»²². En definitiva, si respecto de la competencia transferida ya se habían establecido tasas, y la recaudación de éstas puede estimarse bastante para cubrir los costes del servicio, se habrá satisfecho el mandato de suficiencia sin necesidad de recurrir a ninguna otra fuente de financiación²³. También es posible, de otra parte, que el ente que proceda a la transferencia decida crear una tasa hasta entonces inexistente para cubrir el coste del servicio transferido. Si, en efecto, el rendimiento de la tasa resulta bas-

²¹ Redacción prácticamente idéntica a la del actual art. 62.2 del Estatuto balear (LO 3/1999), que, no obstante, añade el siguiente fragmento: “El rendimiento previsto para cada tasa por la prestación de servicios o realización de actividades no podrá sobrepasar el coste de dichos servicios o actividades”.

²² M. MEDINA GUERRERO: “La Hacienda de la Comunidad Autónoma andaluza”, *El Estatuto de Autonomía I. Las competencias* (Cruz/Porras/Medina/Terol), Ariel, Barcelona, 1990, pág. 172.

²³ Como señaló Morell Ocaña para los supuesto de delegación competencial previstos en el art. 243 o) LBRL de 1955: «[...] en otra serie de supuestos la sola delegación de la titularidad lleva consigo, de modo latente, la posibilidad de financiación de la obra o servicio (a través de la potestad tributaria de la Corporación: contribuciones especiales, tasas); supuestos en los cuales carece de sentido plantearse el tema de la transferencia de recursos económicos, pues el propio ordenamiento jurídico tiene dispuesta una fuente específica de financiación para ellos distinta a la presupuestaria» (*La delegación entre entes en el derecho público español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972, pág. 148).

tante, sería acorde con 142 CE; mientras que, por el contrario, si este rendimiento claramente no alcanza a cubrir el nuevo gasto del ente que asume la prestación del servicio, se estaría obligado a arbitrar otra fuente de financiación.

No obstante, cualquiera que sea la vía a través de la cual se provean los pertinentes recursos, lo que sí resulta evidente es que los gobiernos locales están legitimados para elevar directamente al Tribunal Constitucional este tipo de reclamaciones, siempre y cuando –claro está– sean normas con rango de ley las pretendidamente lesivas de aquellas garantías. De entrada, debe repararse en que todas las garantías previstas en el Estatuto y la LAULA –y no solamente la contenida en el artículo 142 CE– están inmediatamente orientadas a la salvaguarda de la suficiencia financiera. Y el Tribunal Constitucional viene sosteniendo insistentemente en que existe una conexión inherente entre el derecho a la suficiencia y la autonomía local. En este sentido, se ha declarado profusamente que la tantas veces citada suficiencia constituye el «presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE» [por todas, STC 233/1999, FJ 4 B)]; que deviene un «complemento inexcusable de la autonomía financiera» (STC 87/1993, FJ 3); o, sencillamente, que sin tal suficiencia la autonomía deviene imposible (STC 233/1999, FJ 37). Aunque, muy probablemente, la más decidida proclamación de la aludida vinculación sea la contenida en el fundamento jurídico cuarto de la STC 104/2000:

«Y sobre este particular, hay que comenzar diciendo que el principio de autonomía (para “la gestión de sus respectivos intereses”, según el art. 137 C.E.) que preside la organización territorial del Estado, configura uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8). La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas (SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; 201/1988, de 27 de octubre, FJ 4; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 8; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, FJ 10; y 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 166/1998, de 15 de julio, FJ 10; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22); es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los

arts. 137, 140 y 141 C.E. (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2B; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, FJ 4)» (el énfasis es nuestro).

Dada esta equiparación entre salvaguarda de la suficiencia financiera y protección de la autonomía local constitucionalmente consagrada, parece inobjetable que la defensa de la primera puede y debe hacerse valer en el marco del conflicto en defensa de la autonomía local. Y es que, como ya se ha señalado acertadamente, este proceso constitucional no se circunscribe al examen de las eventuales vulneraciones de la misma que traigan causa de invasiones o intromisiones ilícitas en el ámbito competencial de la Administración Local²⁴, sino que se extiende a cualquier otro elemento constitutivo de la autonomía, incluyendo las controversias relativas a los «medios financieros y patrimoniales»²⁵. Dado que la *vindicatio potestatis* no constituye un elemento esencial de este proceso, «en defensa de la autonomía local no sólo pueden impugnarse [...] las leyes que menoscaben o reduzcan las competencias de los entes locales o que no les atribuyan nuevas competencias, sino también las que regulen el sistema de gobierno local en contra de lo previsto en la Constitución, o las que les priven de los recursos económicos para su mantenimiento...»²⁶; y ello, obviamente, porque la autonomía local «implica asimismo la titularidad por parte de los entes locales de los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones»²⁷.

Y ésta, en fin, es también la conclusión a la que se llega si se parte de la idea de que el parámetro a utilizar en este proceso para enjuiciar la vulneración de la autonomía local no se limita a los específicos preceptos constitucionales que consagran dicho principio (arts. 137, 140 y 141 CE), sino que también pueden emplearse a tal objeto cualesquiera otras disposiciones del bloque

²⁴ Y aunque así fuera, no debe soslayarse que el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente que en los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas éstas pueden alegar posibles vulneraciones de su autonomía financiera, sin excluir las reivindicaciones centradas en una disminución de los recursos autonómicos (SSTC 128/1999, FJ 8 y 192/2000, FJ 8).

²⁵ G. FERNÁNDEZ FARRERES: “El conflicto de defensa de la autonomía local: justificación, configuración jurídica y funcionalidad”, *Anuario del Gobierno Local 2001*, Diputación de Barcelona/Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 66, nota 29.

²⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN: “Comentario a los artículos 75 bis–75 quinquies de la LOTC” *cit.*, pág. 1184.

²⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN: *idem*, pág. 1189.

de la constitucionalidad que, siquiera con eficacia declarativa, sirvan de auxilio para acotar con precisión el alcance de dicha autonomía. Y entre ellas, qué duda cabe, deben contarse los preceptos del Estatuto que contienen las diferentes garantías financieras, cuyo alcance último ha quedado perfilado en la LAULA en los términos conocidos.

Por lo demás, quizás sea oportuno reseñar que la posibilidad de recurrir a otros preceptos constitucionales distintos a los que consagran específicamente la autonomía local se ha admitido con entera naturalidad en Alemania a propósito del recurso de amparo local (*Kommunalverfassungsbeschwerde*). Así es; a la hora de constatar si se ha producido una vulneración de dicha autonomía no se atiende únicamente a si se ha quebrantado el artículo 28.2 de la Ley Fundamental, pudiendo asimismo examinarse si se han conculcado aquellas otras disposiciones constitucionales que son adecuadas para «codeterminar la imagen constitucional de la autonomía»²⁸. De ahí que, en el marco del recurso de amparo local, operen como parámetros las disposiciones de la *Constitución financiera* federal (Título X de la Ley Fundamental de Bonn) relativas a la Hacienda de las Entidades Locales²⁹.

Manuel Medina Guerrero

²⁸ *BVerfGE* 1, 167, 181 y ss.; 71, 25, 38 y ss.

²⁹ Acerca de esta extensión de la condición de parámetro a las disposiciones de la Ley Fundamental de Bonn que esbozan el sistema hacendístico local, y señaladamente a las normas que reconocen a los Entes Locales el derecho a la recaudación sobre determinadas figuras impositivas, consúltese Christian Pestalozza: *Verfassungsprozessrecht*, pág. 193; Klaus Schlaich: *Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, pág. 114; Eberhard Schmidt-Aßmann: “Kommunalrecht”, págs. 25–26; T. H. Clemens: “Kommunalverfassungsbeschwerde”, pág. 1237 y especialmente págs. 1240 y 1241.

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Séptimo Congreso de la Sociedad Europea de Derecho Público (Estrasburgo, 10-12 Junio 2010), “El Soft Law de las Organizaciones Europeas”

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz

Catedrático de Derecho Administrativo

1.– El barroco es el estilo artístico de la contrarreforma, lo que, objetivamente, supone toda una desgracia: está salpicado por el tufo de incorrección política que, guste o no, destila todo lo que, aun de manera remota, huele a Concilio de Trento. Pero lo más cierto es que son los escritores españoles de esa época los que (con el precedente, sí, del gran Platón) aportaron al pensamiento universal, y lo describieron con toda crudeza, la idea de que en esta vida traidora las apariencias engañan y todo, o casi todo, es, para decirlo con las palabras de Pedro Calderón de la Barca, “el gran teatro del mundo”. En el cual, para seguir recordando referencias bien conocidas, sucede que por debajo de la *vanitas vanitatis* que se gastan los supuestos poderosos lo que realmente se embosca es la nada más absoluta. Un autor tan característico de esa época como fue Sebastián de Covarrubias Orozco, cuando en su “Tesoro de la lengua castellana o española”, ya casi al final, tiene que ocuparse de la voz *verdad*, lo que hace no es aportar una definición, sino lamentar lo mucho que se la escarnece y lo grave de las consecuencias: lo primero que afirma acerca de la verdad es que “si ésta se practicase en el mundo, no habría tantos engaños ni maldades”. Y es que “como los ojos de los murciélagos y lechuzas aborrecen el sol, así muchos aborrecen la verdad”.

Han pasado varios siglos desde entonces –el Diccionario de Covarrubias es de 1611, de modo que su cuarto centenario lo tenemos aquí ya– y, mal que bien, España está, por fin, normalizando su posición dentro de lo que antes se llamaba el concierto de las naciones europeas. Pero eso no significa que el dedo acusatorio que con tanto tino emplearan nuestros maestros del barroco haya perdido su razón de ser. Más aún: puede incluso notarse que, en cierto sentido, y si es que la quintaesencia de lo hispánico es el divorcio entre la apariencia (otra vez Covarrubias: “lo que a la vista tiene un buen parecer y puede engañar en lo intrínseco y sustancial”) y la realidad, lo que en buena medida

ha sucedido es que toda Europa, incluso la que quedó a salvo de Trento, ha terminado quedando contaminada por España. Al menos, y ya voy centrando el tiro, en lo que hace a eso que los juristas llamamos “las fuentes del derecho (objetivo)”. O, visto desde la perspectiva del individuo, las fuentes de los derechos y de las obligaciones de cada quien.

2.– La Constitución española de 1978 tiene, sí, muchos menos años que la italiana (1947), la alemana (1949) o la francesa (1958), pero, si nos fijamos en su texto, se convendrá en que es también un cumplido fruto de las concepciones jurídicas dominantes en la segunda postguerra mundial, que, a su vez, no consisten sino en poner un añadido constitucional y humanista (como reacción frente a la barbarie: recuérdese que como empieza la Ley Fundamental de Bonn es proclamando que “la dignidad humana es intocable”) al material dogmático elaborado en las Universidades alemanas a lo largo del siglo XIX, cuya idea central consistía, como es bien sabido, en poner a la ley estatal –al Código, en singular– en el lugar central. Si además ocurre que quien aprueba la norma es un órgano parlamentario, la conclusión –que entonces, hace más de un siglo, constituyó un evidente progreso– era que así se alcanzaba, por fin, la democracia y se hacía carne y hueso el maravilloso principio de que, al obedecer a la norma, en rigor lo que estamos haciendo es obedecernos a nosotros mismos: lo que Rousseau formuló como un ideal que aparecía, por fin, como algo alcanzable.

De la Constitución española de 1978 apenas habrá que recordar unas pocas de sus muchas palabras. En el Preámbulo, “la nación española (...) proclama su voluntad de (entre otras cosas) consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Y, precisamente por eso, se ha de tratar de una norma que ha de ser concebida y gestada a fuego lento. El Capítulo II del Título III se rotula precisamente “de la elaboración de las leyes” (en el seno de las Cortes Generales, compuestas por Congreso de los Diputados y Senado) y va repasando los distintos estadios, empezando por la iniciativa (Arts. 87 y 89) y terminando por la tramitación en el Senado, que se tomará dos meses o, en caso de urgencia, y como mínimo, veinte días naturales (Art. 90). Hay, sí, otras fuentes normativas, como los reglamentos, pero sin duda se colocan por debajo. Por el Art. 9.3, y entre las cosas que la propia Constitución afirma que “garantiza”, se encuentra “la jerarquía normativa”. Lo que de los Jueces se predica en el Art. 117.1 es que están “sometidos únicamente al imperio de la ley”. Y ese esquema alcanza una especial intensidad si se trata de las normas cuyo incumplimiento –las penales, en esencia– puede acarrear el más aflictivo de los castigos, que es, por supuesto, la privación de la libertad personal. El Art. 25 declara en su apartado 1 que “nadie

puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En un escalón inmediatamente inferior se sitúa el campo de lo tributario. Art. 31.3: “Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”. Es la venerable idea –por mucho que en su día, se insiste, fuera algo poco menos que revolucionario– de la libertad y la propiedad como los asuntos que son objeto de reservas materiales de ley.

Por supuesto que el propio texto constitucional es el primero en abrir algunas vías para que ese esquema tan asfixiante pueda alegrarse con un poco de oxígeno. Así, para empezar, sucede que, dentro de las leyes de las Cortes Generales, no todas son iguales: la menos importante es la de Presupuestos Generales de cada año (que, pese a su inequívoca naturaleza legislativa, no colma la reserva de ley tributaria: por el Art. 134.6, no puede crear gravámenes y sólo podrá modificarlos si cuenta con una autorización explícita) y, más abajo aún, los Reales Decretos–Leyes, que, según el Art. 86, el Gobierno, con el concurso sólo del Congreso de los Diputados y sin la menor presencia del Senado, puede aprobar “en caso de extraordinaria y urgente necesidad”. O sea, cuando, por las circunstancias concurrentes, no diera tiempo a la tramitación ordinaria del texto en las dos Cámaras.

El esquema tradicional –Parlamento, democracia, representación, Ley– también tiene algunas fisuras desde la óptica de lo que constituye el *locus* de adopción de las correspondientes decisiones legislativas. El órgano estatal tiene que repartirse el campo de juego con sus colegas de las CCAA –Arts. 152.1 y 153.a)–. Y, si en efecto el Art. 93 permite que “se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, y entre ellas está sin duda la función legislativa, nadie podrá discutir que, por encima del Estado, también puede existir otra Asamblea.

Pero todo eso no son sino matices que acompañan a un modelo tradicional que, en cuanto tal, sigue incólume. El constituyente de 1978 era un hijo fiel de los codificadores del siglo XIX. Las fuentes del derecho son un monopolio del Estado y, dado que estamos en una democracia, el concepto que en lo formal lo explica todo es el citado de representación. Y si adoptamos como punto de vista el del contenido de las propias normas así aprobadas, el reflector se ha de poner sobre la idea general de sanción, cuyo peldaño más elevado lo ocupan, por supuesto, los castigos penales: la terrible cárcel, en resumidas cuentas. En fin, para completar la exposición, debe añadirse que la pregunta por la efectividad de dichas normas (¿de verdad la gente adecúa su conducta a ellas,

o, si de lo que se trata es de reprimir, acaso el público las obedece o no?), que a veces puede resultar embarazosa, carece de todo interés desde la perspectiva del razonamiento propiamente jurídico. Que se ocupen, si acaso, los sociólogos, o, desde un ámbito científico más reducido, los criminólogos.

3.– Pero, como notó Ferdinand Lasalle en la Prusia de poco antes de la unidad alemana, hoy somos muchos los que pensamos que lo más importante de las Constituciones no es lo que se encuentra en el papel. Porque bien podemos ver a diario (no hace falta, en efecto, ser un lince para observarlo) que, incluso sin salirse de los propios esquemas formales del texto, sucede, por poner sólo un ejemplo, que las medidas económicas más importantes son, en especial a partir del estallido de la gran crisis en septiembre de 2008, las que se aprueban mediante Real Decreto–Ley. Es notorio que la “extraordinaria y urgente necesidad” ha dejado de ser un sinónimo de lo infrecuente: antes al contrario, resulta indiscutible que los ritmos del procedimiento legislativo común, incluso aunque los plazos se acorten al mínimo, no valen para actuar en los tiempos que –nunca mejor dicho– corren. Con la Ley de Presupuestos ha pasado algo quizá no idéntico, pero sí parecido: la realidad le ha ido confiriendo una importancia que va mucho más allá del modesto papel que la Constitución de 1978 le parecía tener dispensado.

Si podemos observar la existencia de todas esas graves distorsiones aun dentro del propio esquema formal que la Constitución estableció hace treinta y dos años, lo cierto es que el estallido ha sido mucho más violento si nos salimos de ahí y lo que pasamos a contemplar es ya todo el campo de juego de las fuentes del derecho. Porque fuera hay muchísimas más cosas. A veces, y de nuevo es una mera referencia, son los mismos órganos legisladores los que prefieren manifestarse por cauces distintos a los de la producción normativa: son, por ejemplo, las proposiciones no de ley del Congreso de los Diputados, las mociones del Senado, las Resoluciones del Parlamento Europeo o las Recomendaciones o Comunicaciones de la Comisión de Bruselas, que no se integran en el ordenamiento y, en lo que hace a su contenido, no estipulan sanción alguna para el supuesto de inobservancia. Y en otras ocasiones lo que sucede es lo contrario: que quien actúa es alguien sin poderes formales aunque, por la razón que sea, y que casi siempre tiene que ver con la economía (y es que dos más dos siguen siendo, nos pongamos como nos pongamos, cuatro) con una enorme capacidad de hecho para obtener adhesiones. Ahí entran desde las normas técnicas que elaboran privadamente las propias industrias de cada sector, hasta los Códigos de Buen Gobierno de las sociedades mercantiles que cotizan en la Bolsa o, en fin, los acuerdos de los dirigentes bancarios reunidos en Basilea al margen de las organizaciones de

dirección de la economía internacional. En todos esos casos, se insiste, no se da –en teoría– la fuerza de obligar (porque falta algún requisito, ya se refiera al *quién* o al *cómo*), pero, de hecho, los mandatos se terminan cumpliendo por todo el mundo sin rechistar, como si no hacerlo trajera consigo el más terrorífico de los baldones.

El cuadro de fuentes *reales* del derecho –o sea, el que sociológicamente explica la conducta de las personas– es, pues, muy otro del que surge de la lectura de cualquier Constitución, y de la española de 1978 en particular. Si ya ella supuso una inyección de pluralismo con respecto a la situación monolítica clásica, lo cierto es que lo que ha venido después lo ha desbordado todo. Las fuentes del derecho son ya un poliedro de mil caras, en permanente cambio además, y en el que, por supuesto, no resulta fácil establecer jerarquía alguna. La seguridad jurídica (en su sentido más tradicional: la solución justa es una y, siempre o casi siempre, además resulta previsible) es algo de épocas pasadas. Estamos, como ha explicado Ulrich Beck, ante la sociedad del riesgo. También en lo jurídico.

4.– En suma, resulta evidente que existe un profundísimo divorcio entre norma y realidad (realidad estrictamente jurídica: la puntualización no es de arte menor). La gente de nuestro tiempo, sobre todo si hemos hecho del derecho nuestra vocación, o al menos si de ese oficio es de donde obtenemos el pan, tenemos que reflexionar sobre ello. Está, de entrada, la postura de quienes niegan la evidencia y siguen aferrados al positivismo legalista más rabioso. Un segundo grupo es el constituido por los discípulos intelectuales de los autores del período barroco a los que yo comenzaba por aludir al principio: son los aguafiestas que (en buena hora) se dan cuenta de que las cosas no son como parecen y lo denuncian a voz en grito y de la manera que resulte más expresiva desde el punto de vista literario o incluso pictórico. Pero, una vez dado ese paso indispensable (en definitiva, algo tan obvio como tener los ojos abiertos a la vida), hay gente que quiere ir un poco más allá: no quedarse en la manifestación de haber sufrido un desengaño –otra palabra típica de la España del siglo XVII– y pasar a intentar reconciliar las dos orillas de lo que aparece como un abismo insondable. Debe indicarse que a las personas que se integran en este tercer grupo les debemos mucho. Para empezar, la denominación de *soft law*, derecho blando, que agrupa a cosas tan heterogéneas como las que se han mencionado más arriba. Y, además, los esfuerzos, nada sencillos, por reconstruir las ruinas y volver a darles unidad. Una labor que requiere, por supuesto, endurecer lo suave (de alguna manera formalizarlo, en resumidas cuentas), pero también, y es algo más complicado, practicar la operación inversa: detectar, como entre nosotros ha hecho Alejandro Nieto en los últimos años, lo que en

las normas parlamentarias hay de puro ornamento, de mero manifiesto político sin otra pretensión que la propagandística. Ya se sabe cómo actúan los que, en esta sociedad mediática en la que vivimos, tienen que pasar por el engorroso trance de someterse con periodicidad al severo escrutinio del pueblo soberano.

Ni que decir tiene que en estos acercamientos intelectuales al *soft law* aflora lo más profundo del pensamiento de cada quien. La mayor o menor simpatía hacia estas nuevas figuras jurídicas deja traslucir las creencias (en el sentido orteguiano del término) y, más aún, la edad. Entre los mayores (con la excepción, por supuesto, de quien se acaba de mencionar, que, al menos mentalmente, es el más joven de los administrativistas) el entusiasmo suele ser ciertamente escaso: la mayoría prefiere poner el foco (y no deja de ser una preocupación muy plausible) más en la legitimidad de las normas que en su efectividad.

5.— La *Societas Iuris Publici Europeae*, SIPE, Sociedad Europea de Derecho Público, ha dedicado su Congreso de 2010 —el séptimo de su existencia— a estos asuntos. Más aún: teniendo en cuenta el origen internacional del concepto y la diversa procedencia nacional de los asistentes, el tema fue, literalmente, “el *soft law* de las organizaciones europeas”. Con esta última referencia se quería aludir no sólo a la Unión Europea y al Consejo de Europa —la reunión, no se olvide, tuvo lugar en Estrasburgo—, sino también a las instituciones enteramente nacionales (sobre todo, las judiciales) cuando han de aplicar disposiciones que, sin embargo, no son privativas del correspondiente país.

El Congreso (que, para mayor gloria de los asistentes, se celebró en el edificio que desde 1992 alberga la mítica Escuela Nacional de Administración —ENA— francesa) tuvo tres sesiones. En la primera de ellas —“objetivos y funciones del *soft law* europeo”— se disertó, por supuesto, sobre los planteamientos más generales, aunque se huyó deliberadamente de los análisis ceñidos a lo académico. Hubo dos ponencias, con objeto respectivo en las experiencias de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

La organización de la segunda sesión partió de la base de diferenciar, dentro del *Soft law* europeo, entre su efectividad y su eficacia. Las cuatro ponencias analizaron tales aspectos desde la óptica de lo hecho por las autoridades nacionales y de la jurisprudencia de los respectivos Tribunales Constitucionales y de las dos Cortes propiamente continentales: la de Luxemburgo y la de Estrasburgo. En el primero de los puntos, se hizo un especial hincapié en la ya remota pero siempre actual Sentencia Grimaldi de 1989: es co-

nocido que se trataba en cuanto al fondo de una enfermedad profesional no catalogada en el derecho belga pero sí en una Recomendación europea, que, a juicio del Tribunal, tenía que ser “tomada en cuenta” (?) por el Juez a la hora de resolver la disputa.

En fin, la tercera sesión consistió en una mesa redonda bajo el rubro “Legitimidad y legitimación del *soft law* europeo”.

Particular interés presentaron las reflexiones finales, donde se formuló una explícita y fatal “ley de la gravitación judicial”: cuanto mayor riqueza en las fuentes del derecho, menos principio de legalidad, o imperio de la ley, y –de nuevo son palabras de Alejandro Nieto– más arbitrio judicial y, por qué no decirlo, más subjetivismo judicial. Son esos, queramos o no, los vientos de la historia: abajo el legislador, vivan los jueces. Nada se gana con vendarse los ojos frente a una realidad mucho más compleja de lo que pretende el texto constitucional. Una realidad cuyas consecuencias –las buenas y las malas– hay que asumir.

Hasta aquí, lo que se discutió en el Congreso. Verdaderamente interesante. Valió la pena estar allí.

5.– A los asistentes españoles, las conclusiones del Congreso (la “ley de la gravitación judicial”), por mucho que se limitaran a recoger lo que es muy obvio, nos dejaron un regusto de preocupación. Y es que a nadie le gusta que le pongan sobre la mesa el terrible dato de que lo gigantesco de la delicada tarea de la selección de las normas –duras, blandas o mediopensionistas– a aplicar en cada caso para zanjar un conflicto –de lo cual depende, por supuesto, y eso es lo peor, el resultado– contrasta poderosamente con la ínfima calidad intelectual de quienes (después de haber ganado en su juventud, eso sí, una oposición), al menos en nuestro país, están llamados a la labor, o, como poco, la inmensa mayoría de ellos. Si el panorama del poder judicial patrio acaso necesitara un retratista entre los artistas del barroco, no podría ser otro que el mismísimo Juan Valdés Leal. Con la particularidad de que ahora es la propia realidad la que resulta tenebrosa a más no poder: no haría falta exagerarla nada para llegar a donde llegó ese maestro de la pintura.

Por supuesto que no es la primera vez en que la inmensidad de la función desborda las limitaciones del órgano encargado de su desempeño, o, dicho de manera más exacta, de las personas de carne y hueso que están al frente de ese órgano. Pero ese es muy pobre consuelo. Como tampoco reconforta nada que, en lo que tiene que ver con los jueces, la cocción de las habas no sea algo pri-

vativo de la celebrada gastronomía española: son otros muchos los lugares del mundo donde en los fogones también se practica, y cómo, dicho arte.

Ojalá que por los resquicios del (inevitablemente creciente) subjetivismo judicial lo que se terminara deslizando fuera simplemente la ideología. Lo malo es que lo que (también inevitablemente) se colará serán dosis aún mayores, si cabe, de arbitrariedad.

“Medidas para la agilización de la justicia en el orden jurisdiccional social” (*)

Ana María Orellana Cano.

Magistrada Especialista de lo Social.
Presidente de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. I. LOS MEDIOS DE EVITACIÓN DEL PROCESO: 1. LA CONCILIACIÓN PREVIA ANTE EL SERVICIO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE. 1.1 Antecedentes legislativos. 1.2 Concepto. 1.3 El carácter obligatorio. Excepciones. 1.4 Los efectos sobre la prescripción o la caducidad de la acción. 1.5 La impugnación del acuerdo. 1.6 La eficacia del acuerdo adoptado. 2. LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS LABORALES. 2.1 El reconocimiento normativo. 2.2 Los medios extrajudiciales de solución de conflictos: la conciliación, la mediación y el arbitraje. 2.3 El carácter voluntario. 2.4 La eficacia del acuerdo adoptado en la conciliación–mediación. 2.5 La eficacia del laudo firme dictado en el arbitraje. 3. LA RECLAMACIÓN PREVIA A LA VÍA JUDICIAL. 4. LA CONCILIACIÓN PROCESAL. II. ÚLTIMAS MEDIDAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL ORDEN SOCIAL A OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES: 1. La incidencia de la Ley Concursal en la litigiosidad laboral. 2. La delimitación de competencias con la jurisdicción contencioso administrativa en relación con el personal estatutario. 3. La influencia del Estatuto del Trabajo Autónomo en las competencias del orden social. III. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN LABORAL. MEDIDAS PARA MEJORAR SU FUNCIONAMIENTO. 1. La implantación de la nueva Oficina Judicial. 2. La utilización en el proceso de medios telemáticos. 3. Medidas procesales para agilizar la justicia en el orden social.

RESUMEN:

En el presente estudio se realiza un análisis de la situación actual de la jurisdicción social y de los medios utilizados para paliar las graves consecuencias de la

(*) Conferencia impartida el 17/11/2009 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Sevilla.

crisis económica en el número de asuntos cuyo conocimiento corresponde a este orden de la jurisdicción. Se examinan los resultados obtenidos con la implantación de los medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales, los medios procesales de evitación del procedimiento, la atribución de competencias a otros órdenes jurisdiccionales, se reseñan las medidas implantadas para mejorar su funcionamiento, como la implantación de la nueva oficina judicial, el fomento del uso de medios telemáticos y por último, se abordan las reformas procesales que se están estudiando en el seno del plan de modernización de la justicia.

Palabras clave:

Jurisdicción social, reforma procesal, solución extrajudicial de conflictos laborales y medios de evitación del proceso.

ABSTRACT

In the present study there is realized an analysis of the current situation of the social jurisdiction and of the means used to relieve the serious consequences of the economic crisis in the number of matters which knowledge corresponds to this order of the jurisdiction. There are examined the results obtained with the implantation of the means of extrajudicial solution of the labor conflicts, the procedural means of avoidance of the procedure, the attribution of competitions to other jurisdictional orders, the measures are outlined implanted to improve his functioning, as the implantation of the new judicial office, the promotion of the use of telematic means and finally, there are approached the procedural reforms that are studied in the bosom of the plan of modernization of the justice.

Key words:

Social jurisdiction, procedural reform, extrajudicial solution of labor and average conflicts of avoidance of the process.

INTRODUCCIÓN

En un informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, sobre la evolución de la jurisdicción social a la vista de la Estadística Judicial, en febrero de 2007¹, analizando los datos obtenidos durante once años, desde 1995 a 2005, se declara que la jurisdicción social es la que muestra una mayor esta-

¹ BOLETÍN DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA del Consejo General del Poder Judicial, número 6, febrero de 2007.

bilidad en relación al número de asuntos ingresados y su distribución entre los distintos tipos de órganos que la componen. De este modo, mientras que, en el conjunto de los órganos judiciales, el incremento de asuntos desde el año 1995 al 2005, ha supuesto el 46,6%, en la jurisdicción social el incremento ha sido del 6,6%. En esta línea, ha decrecido el número de asuntos ingresados en el orden social en relación con el total de asuntos ingresados en el conjunto de los órganos judiciales, pasando de representar un 6,06% en 1995, al 4,44% en el año 2005. Sin embargo, en el año 2007 se produce un crecimiento notable en el número de asuntos ingresados en la jurisdicción social, que se incrementan, —tras un cierto periodo de estabilidad en el trienio 2005 a 2007, ambos inclusive, en los que el número de asuntos ingresados anualmente osciló entre 322.000 y 326.000 asuntos—, a 349.862 en el año 2008, número que ha crecido también considerablemente el año 2009. El Consejo General del Poder Judicial ha elaborado un informe estadístico sobre el “Efecto de la crisis económica en los órganos judiciales en el Primer trimestre 2010”. Del mismo se desprende que los despidos bajaron un 19% en el primer trimestre de 2010. Por otra parte, la estadística de los órganos judiciales de España revela una disminución del número de asuntos del 9% en la jurisdicción social. En concreto, los 31.200 despidos registrados en el primer trimestre de 2010 representan una reducción del 19% respecto al mismo periodo de 2009. Los datos se extraen del documento elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, denominado “La justicia dato a dato” presentado el 29 de junio de 2010.

La doctrina científica² ya había puesto de manifiesto, —antes de que se hubiese llegado a esta alarmante situación—, la actual crisis del Derecho del Trabajo, ante las denominadas zonas grises de las relaciones laborales, derivadas de la falta de adaptación de la legislación a la nueva realidad laboral. Efectivamente, estamos asistiendo a un profundo cambio de esta rama del Derecho. El empleador generalmente adopta la forma societaria y, además, su ámbito de actuación no coincide con los límites geográficos de un país³. La descentralización productiva incide notoriamente en la organización del trabajo y, la aparición de otras formas de prestación de servicios, tales como el trabajo a domicilio o el teletrabajo, implican la flexibilización de las condiciones de trabajo.

² SOLÉ PUIG, ASCENSIÓ: “Algunas notas sobre la litigiosidad laboral y social a través de la experiencia en los Juzgados Sociales de la ciudad de Barcelona”, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales de la Universidad de Barcelona, volumen VI, número 119, 1 de agosto de 2002.

³ SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Los temas sociolaborales y el cincuentenario de las Comunidades Europeas”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 724/2007, página 1.

Por otro lado, el sistema público de protección de la Seguridad Social, está cambiando sus principios inspiradores, de forma tal, que se está potenciando el papel de las modalidades privadas de protección, mediante los compromisos por pensiones y, se está pasando de un sistema contributivo a la consideración de las prestaciones como rentas de compensación. Un claro ejemplo de ello lo constituye el nuevo régimen de la pensión de viudedad contenido en la reforma de la Ley General de la Seguridad Social operada en diciembre de 2007.

La gravedad de la actual situación de crisis económica que atravesamos, unida a la modificación del Derecho del Trabajo y el cambio en la Seguridad Social, está generando un incremento de la litigiosidad que debe afrontarse con el incentivo de las medidas de evitación del proceso vigentes junto a la adopción de nuevos mecanismos o reformas procesales, que ayuden a solventar este acuciante problema. El acto de conciliación y la reclamación previa en vía administrativa, contemplados en la Ley de Procedimiento Laboral, tienen un gran arraigo como medios de solución de conflictos. Además, el legislador laboral reguló una conciliación judicial previa al acto del juicio. Junto a estos medios, se han implantado otros sistemas de solución extrajudicial de los conflictos laborales que están equiparados al acto de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

El aumento del número de asuntos ingresados en el orden social de la jurisdicción, a partir del año 2007, podría haber sido mayor, pues debe tenerse en cuenta que otro factor de gran influencia en la minoración de la litigiosidad laboral deriva de las medidas establecidas sobre la atribución de competencias laborales a otros órdenes jurisdiccionales; cuestión que también se abordará. En este sentido, ha sido relevante la asunción de competencias por el Juez del Concurso y el conocimiento de los conflictos del personal estatutario por la jurisdicción contencioso administrativa. Por otro lado, también se le ha atribuido a la jurisdicción social, competencias para el conocimiento de los conflictos que se susciten por los trabajadores autónomos económicamente dependientes, según el Estatuto del Trabajo Autónomo de 11 de julio de 2007.

Por último, se realizará un balance de la situación actual de la jurisdicción social, examinando algunas medidas que incidirán en su funcionamiento, tales como la implantación de la nueva Oficina Judicial, la utilización en el proceso de medios telemáticos y posibles reformas de la Ley de Procedimiento Laboral. En este aspecto, se examinarán las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

I. LOS MEDIOS DE EVITACIÓN DEL PROCESO

Ha sido una preocupación constante del legislador laboral, poner a disposición de las personas implicadas en un conflicto laboral, medios de solución extrajudicial de la controversia suscitada.

El Título V de la Ley de Procedimiento Laboral regula los medios de evitación del proceso y, dedica el capítulo primero a la conciliación previa ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los Acuerdos Interprofesionales o los Convenios Colectivos a que se refiere el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores. En el capítulo segundo, regula la reclamación previa a la vía judicial. Por otra parte, en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del citado texto adjetivo, relativa al proceso ordinario, el artículo 84 contempla la conciliación previa al acto del juicio, que ha sido modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (B.O.E. de 4 noviembre de 2009). A continuación, se examinarán brevemente, estos medios de solución del conflicto laboral.

1. La conciliación previa ante el servicio administrativo correspondiente

De conformidad con el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, el intento de conciliación es un requisito previo para la tramitación del proceso laboral y puede realizarse ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, constituido mediante los acuerdos interprofesionales o los Convenios Colectivos, a tenor del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores.

1.1 Antecedentes legislativos

La conciliación como trámite previo a la vía judicial nace como una reacción frente a la justicia absoluta del Rey en el Antiguo Régimen. Por esta razón, se recogió, como un logro, en los artículos 282 a 284 de la Constitución Española de 1812. Sin embargo, a pesar de esta consagración constitucional, no fue operativa debido a su coexistencia con normas procesales excesivamente formalistas. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reguló la conciliación en el ámbito de la jurisdicción civil como un acto preparatorio del juicio y, siguiendo la línea de esta norma, la Ley de Procedimiento Laboral de 17 de agosto de 1973 y la de 13 de agosto de 1980, recogieron la conciliación con esta misma consideración. Consiguientemente, no incidía en la disminu-

ción de la litigiosidad laboral. A estos efectos, la Organización Internacional del Trabajo, en un informe difundido en el año 1985, sobre la “Situación sindical y las Relaciones Laborales en España”, puso de manifiesto la excesiva judicialización de los conflictos laborales en nuestro país⁴. Fue la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990 la que reconoce la conciliación otorgándole un carácter extraprocésal y extraprocedimental, como un medio de evitación del procedimiento, al igual que se recoge en la actual Ley de Procedimiento Laboral.

1.2 Concepto

El profesor Montero Aroca⁵ define el acto de conciliación como “*la comparecencia obligatoria o facultativa de las partes ante una autoridad designada por el Estado o ante un órgano constituido según las reglas de aquél, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto de intereses que las separa*”. Se trata de una conciliación y no una mediación, es decir, el encargado del servicio administrativo correspondiente no tiene que elaborar una propuesta y someterla a la consideración de las partes. No obstante, en la práctica es muy difícil, en el desarrollo del acto de conciliación, diferenciar entre una conciliación pura y una mediación, sobre todo, distinguir entre la conciliación y la mediación no formalizada. La distinción se abordará cuando analicemos estas dos instituciones que son propias de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos laborales establecidos en virtud de Acuerdos Interprofesionales o de Convenios Colectivos.

Según el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral el intento de conciliación es un requisito previo para la tramitación del proceso, lo que permite afirmar que es un presupuesto procesal. Como tal puede ser controlado de oficio o a instancia de parte, aunque la falta de acreditación del intento del acto de conciliación, no pone fin al proceso, pues se trata de un defecto subsanable. En este sentido, el artículo 81.2 del citado texto adjetivo establece que el órgano judicial admitirá provisionalmente la demanda, aunque no vaya acompañada de la certificación acreditativa del intento del acto de conciliación, pero otorgará a la parte demandante el plazo de quince días para que presente tal acreditación, bajo apercibimiento de archivo de las actuaciones, sin más trámites.

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “*Situación sindical y Relaciones Laborales en España*”. 1985, páginas 99 y siguientes.

⁵ COMENTARIOS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL. Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, página 421.

1.3 Carácter obligatorio. excepciones

De lo expuesto en el epígrafe anterior se deduce el carácter obligatorio del intento de conciliación. Esta obligatoriedad se extiende, como acto previo, a todos los procesos laborales, excepto a los supuestos que contempla, como *numerus clausus*, el artículo 64, que regula las excepciones. Por lo tanto, no es preceptivo el intento de conciliación en los siguientes supuestos:

1. Los procesos que requieren reclamación previa en vía administrativa.
2. Los procesos que versen sobre Seguridad Social.
3. Los procesos relativos al disfrute de vacaciones, –entendidos como tales, los de la modalidad procesal especial encaminada a determinar la fecha de disfrute– y, a la materia electoral.
4. Los procesos de oficio.
5. Los procesos de impugnación de Convenios Colectivos.
6. Los procesos de impugnación o de modificación de los Estatutos de los Sindicatos.
7. Los procesos de tutela de la libertad sindical.
8. Los procesos en los que, una vez iniciada la vía judicial, se apreciara la falta de litis consorcio pasivo necesario y hubiera de dirigirse la demanda frente a otras personas distintas de los demandados, en cuyo caso no será obligatorio el intento de conciliación respecto de éstos últimos.

1.4 Efectos sobre la prescripción o la caducidad de la acción

El artículo 65.1 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que la presentación de la solicitud de conciliación interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad de la acción. Ahora bien, a tenor del artículo 66.2 del citado texto normativo, cuando el solicitante no comparezca al acto de conciliación, habiendo sido debidamente citado, sin alegar justa causa, no se producirán estos efectos, ya que se tiene por no presentada la solicitud de conciliación.

1.5 Impugnación del acuerdo

El artículo 67 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que el acuerdo adoptado en conciliación podrá ser impugnado por las partes y por aquellos a quienes perjudique, cuando concurra alguna de las causas que invalidan los contratos. Esta acción de nulidad está sujeta al plazo de caducidad de treinta días.

1.6 Eficacia del acuerdo adoptado

La fuerza ejecutiva de los acuerdos adoptados en conciliación se reconoce por el legislador en el artículo 68 de la Ley de Procedimiento Laboral. Ello significa que, en caso de incumplimiento, podrá solicitarse su ejecución por los trámites de los artículos 235 y siguientes de la reseñada ley, sin necesidad de ratificación previa en presencia judicial.

El artículo 68 ha sido reformado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y, por lo tanto, a partir del 4 de mayo de 2010, establece que *“lo acordado en conciliación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro IV de esta Ley”*.

2. Los sistemas de solución extrajudicial de los conflictos laborales

La solución extrajudicial de los conflictos como medida alternativa para evitar el incremento de la litigiosidad ha sido puesta de manifiesto en el último informe de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), emitido en el año 2008, con datos relativos al año 2006, titulado *“Efficiency and quality of justice”*, que dedica su apartado sexto precisamente a este tipo de medidas. El análisis se refiere a los sistemas implantados en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, que reconocen la mediación, la conciliación y el arbitraje.

De estos países, en 38 de ellos se reconoce la mediación como sistema alternativo de solución extrajudicial de conflictos. Y, de estos 38, sólo en 22 países se permite la utilización de la asistencia gratuita para los procesos de mediación. En los Países Bajos, el número de mediadores por cada 100.000 habitantes es el mayor de Europa.

La conciliación se usa más que la mediación en los 47 países analizados, de los que sólo 33 reconocen el arbitraje. En la mayoría de ellos, no se prevé expresamente, como medida de solución extrajudicial de conflictos laborales. Para los temas laborales, es relevante el arbitraje en Hungría, en Francia y, en Serbia. Concretamente, en Serbia se reconoce el arbitraje para la solución de los conflictos laborales individuales y, la conciliación para la solución de los conflictos laborales colectivos. No lo reconocen ni Irlanda, ni Italia. A continuación, se examinará el sistema español.

2.1 El reconocimiento normativo

La solución extrajudicial de los conflictos laborales, tanto individuales como colectivos, a través de la conciliación administrativa que se ha analizado anteriormente, como trámite previo al procedimiento judicial y, con el objetivo de evitar el proceso, ha venido funcionando con regularidad. Sin embargo, la conciliación ante los órganos creados en virtud de Acuerdos Interprofesionales o de Convenios Colectivos no tiene en nuestro país, tan larga tradición. No obstante, el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, permitía ya adoptar medidas de solución de conflictos colectivos a través de Acuerdos Interprofesionales. El primer Acuerdo Interprofesional fue suscrito en 1984, por el País Vasco. A principios de la década de los noventa, se concertaron Acuerdos Interprofesionales, sólo en relación con los conflictos laborales colectivos y no respecto de los individuales, en Cataluña, en Galicia y en la Comunidad Autónoma Valenciana. Con posterioridad, se firmaron estos Acuerdos también en las Comunidades Autónomas de La Rioja, Canarias y Madrid.

El Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, contempla en el artículo 83 párrafos segundo y tercero, la posibilidad de que, mediante Acuerdos Interprofesionales, se adopten medidas de solución de conflictos laborales colectivos, concretando el artículo 91.2 del citado texto normativo, como procedimientos que se pueden utilizar, la mediación y el arbitraje. Además, el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores permite utilizar también estos procedimientos en los conflictos laborales individuales, cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), por la parte empresarial y, los Sindicatos Comisiones Obreras (CCOO) y Unión General de Trabajadores (UGT), por los trabajadores, adoptaron el 25 de enero de 1996, el I Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC I), que fue renovado el 31 de enero de 2001 (ASEC II) y, el 29 de diciembre de 2004, por el III Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC III). El actualmente vigente IV ASEC fue aprobado por la Resolución de 24 de febrero de 2009. Este Acuerdo es de aplicación directa y completa, es decir, que no tiene el carácter de disposición marco, que contenga las líneas directrices que habrán de ser recogidas en los distintos Acuerdos Interprofesionales autonómicos. Su ámbito territorial –al igual que el de los dos que le precedieron–, es estatal o, superior al de una Comunidad Autónoma. Para los conflictos colectivos laborales de ámbito inferior, las distintas Comunidades Autónomas han dictado Reglamentos de desarrollo de

Acuerdos Interprofesionales que regulan el sistema de solución extrajudicial de los conflictos colectivos laborales, que funcionan con eficacia.

Por expresa disposición del artículo 4.3 del ASEC III, los conflictos laborales individuales quedan excluidos de su ámbito de aplicación, pues se ha venido entendiendo que, dada su naturaleza individual, se trataría de controversias encuadrables en el territorio de una Comunidad Autónoma y que, en cualquier caso, no sería de aplicación, a este tipo de cuestiones, el Acuerdo estatal. Sin embargo, la realidad demuestra que existen conflictos individuales que exceden de los límites geográficos de las Comunidades Autónomas.

Con base en el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores, poco a poco, se han ido extendiendo los medios de solución extrajudicial de los conflictos colectivos laborales, a los conflictos individuales, en los Acuerdos Interprofesionales de las distintas Comunidades Autónomas, siempre que el empresario fuera un ente privado, excluyéndose, por tanto, todas aquellas controversias suscitadas con Organismos Públicos que actúan en su condición de empleador y, naturalmente, toda la materia de Seguridad Social.

De este modo, ya en el año 2000, —según consta en un informe del Consejo Económico y Social—, en La Rioja, se admitía la solución extrajudicial de todos los conflictos laborales individuales, excepto aquellos que versaran sobre tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales. En los Reglamentos que desarrollaban los Acuerdos Interprofesionales adoptados al respecto en Cataluña y Baleares, sólo se admitía la solución de los conflictos laborales individuales, de naturaleza plural y, que afectaran a determinadas materias concretas. Estos Acuerdos han ido evolucionando, ampliándose su ámbito de actuación y, en Baleares, actualmente, se permite la solución extrajudicial de todos los conflictos individuales, salvo los que afecten a la tutela de libertad sindical y de otros derechos fundamentales y a la materia electoral.

En Aragón, se excluye de la solución extrajudicial, los conflictos individuales suscitados en materia electoral de tutela de libertad sindical y de otros derechos fundamentales y, las reclamaciones de cantidad.

En el Acuerdo Interprofesional de Navarra se contiene una lista de materias respecto de las que los conflictos individuales que surjan pueden solucionarse con medios extrajudiciales.

En Cantabria, todos los conflictos individuales se pueden solventar mediante la conciliación—mediación, pero del arbitraje, se excluyen los relativos a

la extinción de los contratos y a la reclamación de salarios cuando pudiera derivarse alguna responsabilidad para el Fondo de Garantía Salarial.

En Andalucía, se ha regulado la solución extrajudicial de los conflictos laborales individuales por la Resolución de 2 de septiembre de 2005, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, que dispuso la inscripción, depósito y publicación del Reglamento que desarrolla el Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo de 2005 que establece un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía, y contiene una lista de materias. La Disposición Adicional de este Reglamento establece que será de aplicación subsidiaria, en todo lo no previsto, lo dispuesto en el Reglamento SERCLA relativo a los procedimientos en los conflictos colectivos.

2.2 Los medios extrajudiciales de solución de conflictos: la conciliación, la mediación y el arbitraje

Además de la intervención previa de las Comisiones Paritarias de los Convenios Colectivos, –para la solución de los conflictos colectivos–, con carácter general, los medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales adoptados por estos sistemas, son la conciliación, la mediación y el arbitraje. Estos medios se caracterizan por la intervención o la participación de un tercero, –que no sea Juez o Magistrado en ejercicio–, en la resolución del conflicto. En la conciliación, el tercero se limita a procurar el acuerdo entre las partes; en la mediación, el tercero elabora un acuerdo y lo propone a las partes para su consideración; y, en el arbitraje, el tercero dirime el conflicto planteado, mediante un laudo, en el que fija los términos y las condiciones de la solución adoptada⁶. A su vez, la mediación puede ser formalizada, –cuando la propuesta que lleva a cabo el tercero, se realiza por escrito, de forma razonada y tiene que pronunciarse sobre ella– o, informal –cuando no concurren todos o alguno de los requisitos expresados.

Es importante destacar la función que cumplen los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos. Y, al respecto, ha de indicarse que no pretenden estos mecanismos sustituir la vía judicial de solución de conflictos, sino que constituyen una alternativa complementaria del sistema judicial.

⁶ MARTÍN VALVERDE, ANTONIO: “Las relaciones entre el sistema judicial y los medios no judiciales de solución de conflictos de trabajo”. *Relaciones Laborales* n° 7, abril 2007, página 2.

Las garantías que han de respetarse en la utilización de estos medios extrajudiciales de solución de conflictos son, entre otras:

- El derecho de defensa de las partes.
- La imparcialidad de los terceros que intervienen como conciliadores, mediadores o árbitros. Como ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 10 de noviembre de 2003, para garantizar esta imparcialidad en el arbitraje, será necesario que el árbitro no pertenezca a la línea jerárquica de la Administración.
- La obtención de resoluciones motivadas, en su caso.
- La posibilidad de impugnación de la resolución que recaiga o se adopte.
- El acceso a la ejecución de la resolución, para el caso de incumplimiento.
- La cobertura por el Fondo de Garantía Salarial, en los supuestos en los que proceda.
- El acceso de la parte a las prestaciones por desempleo, cuando corresponda.

1. La Conciliación y la Mediación

En algunos Acuerdos Interprofesionales y en los Reglamentos que los desarrollan, –en Castilla–La Mancha, Murcia y Extremadura–, se contempla como medio de solución, la mediación. La conciliación o la conciliación–mediación, como procedimiento de solución extrajudicial diferente a la mediación formalizada, no es habitual y, sólo se contempla en el artículo 3 del Acuerdo de Canarias y, en el artículo 15 del Acuerdo del País Vasco. En Galicia, aunque se diseña un mecanismo de conciliación–mediación, se permite que, con posterioridad, éste se convierta en un procedimiento diferenciado de mediación formalizada. En el Reglamento andaluz para la solución de conflictos individuales, la conciliación–mediación se asemeja más a la conciliación o a la mediación informal, que a la mediación formalizada. En cualquier caso, la distinción entre la conciliación y la mediación informal, –como ya se indicó al examinar la conciliación administrativa–, es difícil en la mayoría de las ocasiones, debido a la enorme flexibilidad con que se suele regular el acto. En este sentido, las diferencias entre estos dos sistemas, en la mayoría de los casos, son inexistentes⁷.

⁷ CRUZ VILLALÓN, JESÚS: “*El arbitraje laboral en la reforma legislativa*”. Valencia, 1995, página 31.

2. El arbitraje

El arbitraje, con carácter genérico, sin distinguir entre el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, se contempla en todos los Acuerdos Interprofesionales autonómicos, tanto para la solución de conflictos colectivos como de conflictos individuales y en el ASEC IV, para la solución de los conflictos colectivos. El arbitraje de equidad plantea problemas en orden a la impugnación y a la ejecución del laudo arbitral que recaiga. Pero el arbitraje de derecho es poco utilizado, debido fundamentalmente a que se prefiere por las partes acudir al orden jurisdiccional social para que sea un Magistrado el que solventa, en derecho, el conflicto. De ahí, que se haya producido una escasa utilización del arbitraje, como mecanismo de solución extrajudicial de los conflictos laborales.

2.3 El carácter voluntario

Los Reglamentos para la solución de los conflictos laborales establecen el carácter voluntario del sometimiento a la conciliación, a la conciliación–mediación o al arbitraje, por lo que se requiere para la iniciación del procedimiento, el consentimiento expreso de ambas partes. Este principio genérico de voluntariedad, así consagrado, podría suponer una influencia negativa en la eficacia práctica de los mecanismos de solución extrajudicial de los conflictos individuales, sobre todo, incluso, con mayor relevancia que en los conflictos colectivos, pues el enfrentamiento de dos partes, en la mayoría de las ocasiones, conlleva una discrepancia que excede del ámbito meramente jurídico y trasciende al plano personal, por lo que obtener el consentimiento expreso de las dos partes para acudir al Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Laborales, puede resultar difícil, una vez que haya surgido el conflicto. Por este motivo, se establece, además, que no será preciso el consentimiento expreso de ambas partes, cuando en el Convenio Colectivo de aplicación o en el Acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, con eficacia en la empresa o el centro de trabajo, se hubiera suscrito una cláusula de compromiso expreso de sumisión al Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos.

En concordancia con el régimen jurídico expuesto, se exige para iniciar el procedimiento, la presentación del sometimiento expreso por escrito, firmado por ambas partes, a la conciliación, a la conciliación–mediación o al arbitraje. Este requisito no será necesario cuando exista pacto al respecto en los Convenios Colectivos o, en los Acuerdos de Empresa o de Centro de Trabajo.

En esta misma línea, ha de destacarse que el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores, refiriéndose a la mediación y al arbitraje, considera que estos procedimientos serán, asimismo, utilizables en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos. Cabría plantearse si, a tenor de este precepto estatutario, podría imponerse a las partes, para la solución extrajudicial de los conflictos individuales, con carácter obligatorio, la conciliación, la mediación o el arbitraje. El establecimiento obligatorio de estos medios de solución es posible en relación con los conflictos colectivos. Pero para los conflictos individuales parece, en principio, que el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores constituye un obstáculo. A estos efectos, ha de distinguirse entre el régimen de la conciliación, la conciliación–mediación y, la mediación, de un lado, y, de otro, el régimen del arbitraje.

En relación con la conciliación, la conciliación–mediación y la mediación, se ha de tener en cuenta que la conciliación preprocesal del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, prevista también para los conflictos individuales, es obligatoria, en determinados supuestos. Y, dada la equiparación que contemplan expresamente, los Reglamentos Autonómicos y el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre la conciliación y la conciliación–mediación y, la conciliación previa a la vía judicial, a la que puede sustituir, ha de entenderse que el carácter voluntario respecto de la conciliación y la conciliación–mediación, se ve matizado por lo que se expone a continuación. Cuando concurren en una Comunidad Autónoma un órgano de conciliación convencional con un órgano de conciliación administrativo, las partes no son libres de acudir a uno o a otro, sino que se tiene que analizar, previamente, si existe una obligación de acudir al órgano convencional. De este modo, si las partes han prestado su consentimiento expreso de someterse en el conflicto individual al Sistema Extrajudicial de Solución, este pacto desplegará la eficacia propia de los contratos y, consiguientemente, en cumplimiento del mismo, tendrán que someterse a la Conciliación o a la Conciliación–Mediación ante el órgano competente de este sistema, no pudiendo acudir al servicio administrativo correspondiente. Por otro lado, si el sometimiento al Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Laborales, deriva de la cláusula pactada al respecto por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, en el Convenio Colectivo de aplicación o en el Acuerdo de Empresa o de Centro de Trabajo, la eficacia vinculante de los Convenios Colectivos, que es erga omnes y, de estos Acuerdos, entre las partes afectadas, impedirá, igualmente, que se pueda intentar ante servicio administrativo correspondiente el acto de conciliación y se tendrá que acudir a la conciliación o a la conciliación–mediación ante el órgano del Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Laborales, como trámite previo de evi-

tación del proceso, para dar cumplimiento al artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral. La conciliación, la conciliación–mediación y el arbitraje, como medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales individuales, sustituyen al preceptivo y previo trámite de conciliación administrativa, que seguirá vigente en dos supuestos, a saber, cuando no haya sometimiento de las partes al Sistema Extrajudicial o, cuando el conflicto individual no esté dentro del ámbito objetivo del mismo.

Ha de concluirse, consiguientemente, que cabe la imposición de los medios de conciliación, mediación y conciliación–mediación, puesto que el resultado de los mismos no es impuesto, sino que queda a la voluntad de las partes llegar o no a un acuerdo. Y, además, tras el oportuno acto, queda expedita la vía judicial para la solución del conflicto individual. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, el trámite previo de conciliación es obligatorio en determinados supuestos, siendo voluntario el sometimiento de las partes al Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Laborales.

Por el contrario, el derecho a la tutela judicial efectiva, sí que puede verse limitado si se entiende que puede imponerse a las partes, con carácter obligatorio, un arbitraje para la solución de los conflictos individuales y, en este sentido, la interpretación literal del artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores, ha de ser más estricta y concluir que no cabe la imposición de este medio de solución, con carácter obligatorio, puesto que lo contrario afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva.

2.4 La eficacia del acuerdo adoptado en la conciliación o en la conciliación–mediación

El acuerdo adoptado en la conciliación o en la conciliación–mediación en el seno del Sistema Extrajudicial de los Conflictos Laborales producirá los siguientes efectos:

1. Impedirá a las partes afectadas plantear acciones judiciales o administrativas sobre el mismo objeto de conflicto resuelto por el acuerdo. Esta consecuencia es la que se denomina, para los conflictos individuales, *afección*. Ha de resaltarse que las partes, al llegar a un acuerdo en el procedimiento de conciliación o de conciliación–mediación, realizan un contrato de transacción que, a tenor del artículo 1809 del Código Civil, es aquel por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Y, de acuerdo con el artículo 1816 del Código Civil, la transacción tiene para las partes la autoridad

de la cosa juzgada, por lo que se puede afirmar que este efecto es consecuencia de los preceptos indicados del Código Civil. Según lo expuesto, por lo tanto, si se acude a la vía judicial, una vez adoptado el acuerdo, será para su ejecución, ya que de interponerse una demanda sobre el mismo objeto, la parte demandada podrá oponer la existencia del acuerdo vinculante.

2. La fuerza ejecutiva del acuerdo entre las partes intervinientes. Como ha quedado reseñado anteriormente, el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral equipara el intento de conciliación realizado ante el servicio administrativo correspondiente y el que se lleve a cabo ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los Acuerdos Interprofesionales o los Convenios Colectivos. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 68 de la Ley de Procedimiento Laboral, los acuerdos que se alcancen en el procedimiento de conciliación o de conciliación–mediación serán directamente ejecutables por los trámites de ejecución de las sentencias firmes. Esta última norma declara que lo acordado en conciliación, tendrá fuerza ejecutiva entre las partes, sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias, es decir, conforme a lo preceptuado en los artículos 235 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. En cualquier caso, tras la reforma del artículo 68 de la Ley de Procedimiento Laboral, operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, los acuerdos sólo serán un título ejecutivo para iniciar las acciones ejecutivas, por el trámite de ejecución de sentencias.

3. La iniciación del trámite de conciliación o de conciliación–mediación, suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los plazos de prescripción. Esta consecuencia es lógica y necesaria, teniéndose en cuenta que puede que este medio de solución no finalice por acuerdo, en cuyo caso, las partes tendrán expedida la vía judicial para la interposición de la demanda correspondiente.

4. La eficacia del acuerdo adoptado en la conciliación o en la conciliación–mediación frente al Fondo de Garantía Salarial plantea algunos problemas, por lo que es necesario abordar esta cuestión, con un análisis detenido de lo preceptuado en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la responsabilidad de este Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para los supuestos de insolvencia del empresario. La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en el abono de los salarios de los trabajadores pendientes de pago y de los salarios de tramitación, reconocidos en el acto de conciliación, viene expresamente reconocida en el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores. Y ha de entenderse que el legislador al referirse al acto de conciliación, considera también como tal, el

acuerdo adoptado en la conciliación o en la conciliación–mediación celebrada en el seno del Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Laborales. El Fondo de Garantía Salarial no podrá abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días. Sin embargo, respecto de las indemnizaciones de los trabajadores, derivadas del despido o de la extinción del contrato, para que responda el Fondo, exige el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores que hayan sido reconocidas por Sentencia, Auto, acto de conciliación ante el Secretario, –al que habrá de dársele el mismo tratamiento que a la anterior conciliación judicial– o resolución administrativa. Consiguientemente, el Fondo de Garantía Salarial no responde de las indemnizaciones pactadas en los acuerdos adoptados en el seno del Sistema Extrajudicial de Solución de Conflictos Laborales, ni en los actos de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, en el caso de insolvencia del empresario. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 306/1993, de 25 de octubre, ha declarado que esta circunstancia no viola el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, sí que tendrá que tenerla en cuenta el trabajador a la hora de decidir si le conviene o no llegar a un acuerdo, cuando exista la probabilidad de una insolvencia empresarial y, no fomenta la utilización de los medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales.

5. Por último, ha de examinarse la eficacia de los acuerdos adoptados en la conciliación o en la conciliación–mediación respecto de la situación legal de desempleo del afectado. El Servicio Público de Empleo Estatal viene admitiendo, como forma de acreditar la situación legal de desempleo, el acuerdo dictado en los medios de solución extrajudicial de conflictos individuales, dada la equiparación de los mismos con la conciliación administrativa. El artículo 1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, –en vigor, con carácter reglamentario, en materia de desempleo, hasta que no se desarrolle la Ley General de la Seguridad Social–, establece la forma de acreditar la situación legal de desempleo. Y así, en relación con la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, fundada en incumplimientos reiterados y constantes del empresario, a tenor del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 1.1 i) del Real Decreto 625/85 exige para acreditar la situación legal de desempleo, la resolución judicial definitiva. Sin embargo, el Servicio Público de Empleo Estatal viene aplicando la doctrina jurisprudencial, sentada, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 14 de julio de 1994 y, admitiendo que la conciliación ante los órganos creados por los Acuerdos Interprofesiona-

les, es válida también a estos efectos. Y también, en los casos de opción por la extinción del contrato de los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el trabajador no acepte la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, viene admitiendo el Servicio Público de Empleo Estatal la conciliación como forma de acreditar la situación legal de desempleo, a pesar de que el artículo 1.1 h) del Real Decreto 625/85, parece no admitirla. Tan sólo no se admitirá el acuerdo y tampoco la conciliación administrativa, en los supuestos despidos colectivos, en los que será necesaria la Resolución de la Autoridad Laboral, ya que si los contratos de trabajo se extinguen por el Juez del Concurso, en la propia resolución judicial se declara a los trabajadores en situación legal de desempleo.

2.5 La eficacia del laudo firme dictado en el arbitraje

Los efectos que despliega el laudo firme dictado en el procedimiento de Arbitraje se analizarán siguiendo la misma sistemática que en el epígrafe anterior.

1. Impedirá a las partes afectadas plantear acciones judiciales o administrativas sobre el mismo objeto de conflicto resuelto por el laudo. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 17 de julio de 2001 declaró que, al ser el laudo arbitral directamente ejecutable, la demanda presentada sobre la misma cuestión resuelta en éste, debió ser desestimada por el Juzgado de lo Social, pues se da la excepción de cosa juzgada que fue alegada y que la sentencia de instancia debió apreciar.

2. La fuerza ejecutiva de los laudos arbitrales firmes, es reconocida expresamente en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Procedimiento Laboral que los equipara a las sentencias firmes, a efectos de ejecución. Cabría plantearse si el laudo no firme también estaría equiparado a la sentencia no firme y, por lo tanto, si se podría ejecutar provisionalmente. Dado el silencio del legislador al respecto, ha de concluirse que los laudos que no hayan adquirido firmeza, no serán ejecutables provisionalmente.

3. La iniciación del trámite del arbitraje, de acuerdo con el artículo 65.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los plazos de prescripción. La circunstancia de que la suscripción de un compromiso arbitral, en virtud de Acuerdos Interprofesionales o de Convenios Colectivos produzca estos efectos, pone de manifiesto la falta de fuerza vinculante de estos compromisos, ya que sólo se interrumpirá la prescripción de la acción o se suspenderá la caducidad, si no se dicta el laudo ar-

bitral. Esta previsión, que es razonable para la conciliación y para la conciliación–mediación, sin embargo, en relación con el arbitraje, no es tan clara, ya que si bien, tras las primeras, las partes pueden acudir a la vía judicial, si no se adopta un acuerdo, si el compromiso arbitral implica el sometimiento de las partes al arbitraje, éste terminará por un laudo arbitral que resuelve el conflicto y es, como se ha indicado, directamente ejecutable por el trámite de ejecución de las sentencias firmes. De este modo, ya no se reanuda el plazo de caducidad de la acción, ni empezará, de nuevo, el plazo de prescripción, sino que operará el plazo procesal para instar la ejecución ante el orden jurisdiccional social.

4. La eficacia de los laudos arbitrales frente al Fondo de Garantía Salarial, para hacer efectiva la responsabilidad de este Organismo, en los supuestos de insolvencia del empresario, plantea problemas de interpretación. Y así, el artículo 33.1, en relación con la responsabilidad del Fondo por los salarios pendientes de pago y por los salarios de tramitación, se refiere sólo a las cantidades reconocidas en el acto de conciliación o en la resolución judicial, omitiendo toda alusión al laudo arbitral. Por su parte, respecto de las indemnizaciones derivadas del despido o de la extinción de los contratos, el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el Fondo de Garantía Salarial abonará las reconocidas en la Sentencia, el Auto, el acto de conciliación judicial o la resolución administrativa. Por lo tanto, tampoco se refiere al laudo arbitral. Sin embargo, el artículo 33.9 del Estatuto de los Trabajadores establece que el Fondo de Garantía Salarial tendrá la consideración de parte en la tramitación de los procedimientos arbitrales, a efectos de asumir las obligaciones previstas en este artículo. Esta norma permite concluir que el Fondo de Garantía Salarial responderá de los salarios pendientes de pago, de los salarios de tramitación y de las indemnizaciones, hasta el tope legal al que alcanza su responsabilidad, claro está y, siempre que haya intervenido en el procedimiento arbitral.

5. La eficacia del laudo arbitral frente al Servicio Público de Empleo Estatal, a los efectos de acreditar la situación legal de desempleo del interesado ha sido escasa, debido a que tanto la Ley General de la Seguridad Social como el Real Decreto 625/85 se refieren a la conciliación pero no al laudo arbitral, por lo que el reseñado Organismo es reticente para reconocer la situación legal de desempleo derivada del laudo arbitral, sobre todo en el arbitraje de equidad, aunque parece que, actualmente, la situación va cambiando.

La eficacia y la utilización de estos medios de solución extrajudicial de los conflictos, –sobre todo de los individuales–, queda, en gran medida, en manos de los interlocutores sociales.

3. La reclamación previa a la vía judicial

La Ley de Procedimiento Laboral regula en sus artículos 69 a 73 la reclamación previa a la vía judicial como un medio de la evitación de proceso, pero lo cierto es que, actualmente, en escasas ocasiones cumple esta finalidad y la resolución resolutoria de la reclamación previa suele ser una repetición de la resolución impugnada. De este modo, en el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre “La evolución de la jurisdicción social a la vista de la Estadística Judicial”⁸, analizando los datos desde el año 1995 al 2005, se concluye que, en los procesos de Seguridad Social, –que precisan reclamación previa en vía administrativa–, el porcentaje de sentencias estimatorias dictadas por los órganos judiciales del orden laboral, está en torno al 44%. Este porcentaje sería menor, de haberse estimado la reclamación previa en vía administrativa, en estos casos. Sin embargo, desde el año 2004, se constata que, después de las reclamaciones de cantidad y de los despidos, en los procesos de Seguridad Social se obtiene el mayor número de sentencias estimatorias de las pretensiones deducidas, ocupando, consiguientemente, en este ranking, el tercer lugar, lo que evidencia la escasa efectividad práctica de la reclamación previa.

Con carácter general, aunque hay excepciones, la reclamación previa en vía administrativa es preceptiva para demandar al Estado, a las Comunidades Autónomas, a las Entidades Locales o a los Organismos Autónomos dependientes de los mismos, de conformidad con el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Laboral. Sin embargo, hay excepciones a esta exigencia y, aunque el demandante se proponga demandar a uno de estos Organismos, no tendrá que formular la reclamación previa en los procesos relativos al disfrute de vacaciones y a la materia electoral, los iniciados de oficio, los de conflicto colectivo, los de impugnación de Convenios Colectivos, los de impugnación de los Estatutos de los Sindicatos o de su modificación, los de tutela de la libertad sindical y, la reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial. A partir del 4 de mayo de 2010, tampoco es preceptiva la reclamación previa, según la reforma del artículo 70 de la Ley de Procedimiento Laboral, operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que adiciona un párrafo segundo, para el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁸ BOLETÍN DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA del Consejo General del Poder Judicial, número 6, febrero de 2007.

Además, de acuerdo con el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Laboral, rige el principio de congruencia, por lo que las partes no podrán introducir variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los formulados en la reclamación previa y en la contestación a la misma. Algún sector doctrinal, en una interpretación estricta de este principio, considera que no podrá el Organismo demandado ni siquiera esgrimir en el acto del juicio, excepciones procesales, que no se hayan hecho constar en la contestación a la reclamación previa o en el expediente administrativo. Considero, –con la mayoría de la doctrina judicial⁹–, que si los hechos en los que se funda la excepción procesal, aparecían en el expediente administrativo, ha de admitirse la alegación de las excepciones procesales, aunque no se hayan opuesto con anterioridad como tales.

Este presupuesto procesal ha de ser interpretado de una forma flexible y poco rigorista, teniendo en cuenta el derecho de acceso al proceso, como integrante de la tutela judicial efectiva. Como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional 330/2006, de 20 de noviembre¹⁰, ha de concederse una especial protección a la voluntad del reclamante de cumplir las reglas procesales, de forma tal que se entenderá cumplimentado el trámite, si éste ha mantenido en todo momento una actitud diligente dirigida a cumplimentar su obligación de presentar la reclamación previa ante la Administración y, se ha podido cumplir la finalidad de poner en conocimiento del Organismo Público que se va a entablar una acción frente a él.

Al igual que establece el artículo 65.1 de la Ley de Procedimiento Laboral para la conciliación, la presentación de la reclamación previa interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, a tenor del artículo 73 del citado texto adjetivo.

4. La conciliación procesal

Como ya se indicó anteriormente, la conciliación judicial ha desaparecido a partir del 4 de mayo de 2010, fecha de entrada en vigor de la reforma de

⁹ PERDIGUERO BAUTISTA, EDUARDO: “*Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral*”, Cuadernos de Derecho Judicial, n° 27, Madrid, 1995, página 255. El profesor Valdés Dal Ré mantiene que no se pueden oponer excepciones si no se han esgrimido en la contestación a la reclamación previa o en el expediente administrativo.

¹⁰ BORRAJO DACRUZ, EFRÉN: “*Acceso a la jurisdicción y reclamación previa*”. Actualidad Laboral n° 4, 2ª quincena de febrero de 2007.

la Ley de Procedimiento Laboral, operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que atribuyó la competencia para la conciliación procesal anterior a la celebración del acto del juicio al Secretario Judicial. De esta forma, el nuevo artículo 84 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que el Secretario judicial intentará la conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia, y advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Si las partes alcanzan la avenencia, dictará decreto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones. Si el Secretario judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará en el decreto el acuerdo, advirtiendo a las partes que deben comparecer a presencia judicial para la celebración del acto del juicio. En caso de no haber avenencia ante el Secretario judicial y procederse a la celebración del juicio, la aprobación del acuerdo que, en su caso, alcanzasen las partes corresponderá al Juez o Tribunal y sólo cabrá nueva intervención del Secretario judicial aprobando un acuerdo entre las partes si el acto del juicio se llegase a suspender por cualquier causa.

II. ÚLTIMAS MEDIDAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL ORDEN SOCIAL A OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES:

El ámbito de competencias del orden jurisdiccional social se ha visto sometido a una considerable transformación, en los últimos tiempos, siendo destacable, fundamentalmente, la reforma operada por la Ley Concursal, la atribución al orden jurisdiccional contencioso administrativo de la competencia sobre las controversias suscitadas por el personal estatutario y, la asunción por el orden social de la competencia en relación con los conflictos que surjan en el contrato entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente, a tenor del Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007, de 11 de julio.

1. La incidencia de la ley concursal en la litigiosidad laboral

La incidencia de la Ley Concursal en el ámbito laboral se pone de manifiesto en la profunda modificación producida en la competencia jurisdiccional y, esta circunstancia es relevante a la hora de analizar la litigiosidad laboral, aunque, como se verá, es de mayor entidad en la ejecución que en la fase declarativa.

1. Fase declarativa

La Disposición Final Decimoquinta de la Ley Concursal da una nueva redacción a determinados preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral, exonerando a los órganos del orden jurisdiccional social del conocimiento de las cuestiones litigiosas atribuidas, con carácter exclusivo y excluyente, al Juez del Concurso. De conformidad con el artículo 8.2 de la Ley Concursal, –de idéntico tenor al artículo 86 ter 1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, y con los artículos 8.4 y 9 de la citada norma, en relación con los artículos 64 y 65 de la misma, el Juez del Concurso es competente para el conocimiento de las siguientes materias laborales:

1. La extinción colectiva de las relaciones laborales

El artículo 64.1 de la Ley Concursal y así, en esta materia, será competente el Juez de lo Mercantil, desde la declaración de concurso.

Ahora bien, a los efectos que nos ocupan, ha de indicarse, que la incidencia en la litigiosidad laboral de la atribución de esta competencia al Juez del Concurso es mínima, pues antes de la misma, no era una materia propia del conocimiento del orden social, aunque esta última afirmación merece ser matizada. En este sentido, se ha producido una judicialización de la cuestión, ya que, a tenor del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando no se haya solicitado el concurso, el empleador que pretenda adoptar estas medidas, deberá pedir la autorización a la Autoridad Laboral que resulte competente de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Por su parte, el artículo 51.5.2º del Estatuto de los Trabajadores establece que, cuando la Autoridad Laboral competente aprecie dolo, coacción, abuso o fraude, en la conclusión del acuerdo adoptado entre el empresario y los representantes de los trabajadores, tras el periodo de consultas, de oficio o a instancia de parte, remitirá las actuaciones al Juzgado de lo Social, que se sustanciarán por el denominado “procedimiento de oficio” de los artículos 146 a 150 de la Ley de Procedimiento Laboral¹¹. Y éste era el único supuesto en el que conocía el Juzgado de lo Social de la extinción colectiva de los contratos de trabajo que, en re-

¹¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “La insolvencia empresarial. Incidencia de la nueva Ley Concursal”, en el nº 23 de los Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, sobre “La ejecución laboral”, Madrid, 2005, páginas 277 a 279.

lación con el volumen total de asuntos, suponía un mínimo porcentaje. Este nuevo régimen de competencias ha incidido también en la delimitación entre el orden jurisdiccional contencioso administrativo y social, en el sentido de que las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, conocerán de los recursos de suplicación, en materia de regulación de empleo. Este aspecto sí que tiene incidencia en la litigiosidad laboral, sobre todo dado el volumen de recursos que puede suponer, atendiendo al notable incremento de expedientes de regulación de empleo judiciales, derivado de la crisis económica.

2. La suspensión colectiva del contrato de trabajo

La incidencia en el total de asuntos que se tramitan ante el orden jurisdiccional social, es también escasa.

3. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y los traslados colectivos que supongan movilidad geográfica

El número de controversias de las que, con anterioridad a la Ley Concursal, conocía el orden social, que se ven afectadas por la atribución de competencias en la materia al Juez del Concurso, no es relevante, por lo que tampoco esta atribución de la competencia tiene efectos importantes de carácter estadístico.

4. Las acciones dirigidas a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, fundadas en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado

Desde la óptica del volumen de asuntos de los que conoce el orden social, tampoco tienen una entidad considerable.

5. La suspensión o extinción de los contratos de alta dirección

Su influencia en la litigiosidad laboral no es relevante.

6. Las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado, de acuerdo con el artículo 8.4 de la Ley Concursal y del artículo 86 ter 1.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial

En el ámbito laboral, sólo afectará al patrimonio del concursado, el embargo preventivo del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Laboral.

7. Las cuestiones prejudiciales laborales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal

Están atribuidas al Juez del Concurso, según el artículo 9 de la Ley Concursal.

Pues bien, en esta fase declarativa que se analiza, el tratamiento concursal de los nuevos juicios declarativos, es decir, las acciones que se ejerciten después de la declaración del concurso es distinto del que reciben en la Ley Concursal los procedimientos pendientes en el orden social, cuando se produce esta circunstancia.

Y, así, en primer lugar, en el caso en el que, tras la declaración de concurso del empresario, se presente una demanda frente al concursado ante el orden jurisdiccional social, cuyo conocimiento compete al Juez del Concurso, en el momento de admisión a trámite de la misma, el órgano judicial, –que ha de examinar de oficio su competencia–, se abstendrá de conocer, si aprecia la incompetencia de jurisdicción o la falta de competencia objetiva o material, dictando el oportuno Auto de abstención del conocimiento de la causa, previniendo al demandante que podrá hacer uso de su derecho ante el Juez del Concurso, según el artículo 5.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Si el órgano judicial admite a trámite la demanda, cuando tenga conocimiento de que la causa es competencia del Juez del Concurso, ordenará su archivo y, serán nulas las actuaciones que se hayan practicado.

En segundo lugar, en los juicios declarativos sobre las materias cuya competencia es del Juez del Concurso, pendientes ante el orden jurisdiccional social cuando se declara el concurso, la regla general es que continúe conociendo de los mismos el orden social hasta la firmeza de la sentencia, de acuerdo con el artículo 51.1.1º de la Ley Concursal. La excepción a esta regla general se contempla en el artículo 51.1.2º de la Ley Concursal que impone la acumulación al concurso de las acciones sociales del artículo 8 de la Ley Concursal, siempre que tengan trascendencia en la formación del inventario o en la lista de acreedores¹².

¹² ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Las competencias laborales del Juez del Concurso”. Ponencia presentada en el I Congreso Nacional del Orden Social, pendiente de publicación por el Consejo General del Poder Judicial, Murcia, 2006. Este trabajo contiene una exégesis detallada del artículo 51 de la Ley Concursal.

Por lo tanto, puede concluirse que, en la fase declarativa, la atribución de competencias al Juez del Concurso operada por la Ley Concursal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, no tendrá mucha relevancia en la litigiosidad laboral, de un lado, porque las acciones asignadas a la competencia del Juez del Concurso, no significaban un número importante en el volumen total de asuntos del orden social y, de otro, porque, incluso, en los supuestos en que la competencia corresponde al Juez del Concurso, el órgano judicial del orden social, puede seguir conociendo de la causa hasta la firmeza de la sentencia, si el litigio se encontraba tramitándose, en el momento de la declaración de concurso de deudor, ante este orden jurisdiccional.

2. Las ejecuciones laborales

La situación no es la misma en la fase de ejecución, en la que la trascendencia de la atribución de competencias laborales al Juez del Concurso es muy superior a la de la fase declarativa. Se ha de distinguir, a estos efectos, el régimen que contiene la Ley Concursal de las nuevas ejecuciones, es decir, las que se insten una vez declarado el concurso y, las ejecuciones pendientes en el orden jurisdiccional social, cuando tiene lugar esta declaración.

1. Nuevas ejecuciones laborales

En esta fase del procedimiento, rige el principio general de la prohibición de las ejecuciones separadas frente al concursado, de forma tal, que una vez declarado el concurso, cualquier ejecución ha de instarse ante el Juez del Concurso, con el perjuicio que ello supone para los trabajadores acreedores del empresario, debido al distinto tratamiento de sus créditos en la Ley Concursal, que contiene un orden de prelación menos beneficioso que el que establece el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores para las ejecuciones singulares, en relación con los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo, hasta el doble del salario mínimo interprofesional. Por lo tanto, una vez que se haya declarado el concurso del empresario, no se podrá solicitar ante el Juez de lo Social ninguna ejecución laboral singular, frente a él como ejecutado, de acuerdo con el artículo 55.1 de la Ley Concursal.

2. Las ejecuciones laborales pendientes

Las ejecuciones laborales que se encuentren pendientes o en tramitación ante el orden social, cuando se declare el concurso del empresario ejecutado, como regla general, a tenor del artículo 55.2 de la Ley Concursal, se suspenden desde la misma fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tra-

tamiento concursal que le corresponda dar a los créditos respectivos. La Ley Concursal contempla dos supuestos excepcionales en los que, a pesar de haberse declarado el concurso del empresario, puede continuar la ejecución laboral singular ante el Juez de lo Social. Y así, no se suspenderán:

1. Las ejecuciones laborales en las que, antes de la declaración del concurso, se hubiesen embargado bienes del concursado que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (artículo 55.1.2º de la Ley Concursal).

2. Las ejecuciones de garantías reales en las que, antes de la declaración del concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, siempre que éstos no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, según el artículo 56.2 de la Ley Concursal.

Según lo expuesto, por lo tanto, declarado el concurso del empresario ejecutado, prácticamente todas las ejecuciones deberán tramitarse ante el Juez del Concurso. Teniendo en cuenta que los Juzgados de lo Mercantil entraron en funcionamiento el 1 de septiembre de 2004 y que conocen de todas las ejecuciones, cualquiera que sea el orden jurisdiccional del que procedan, frente al concursado y, sin olvidar que, probablemente, el orden social sea el más afectado por este principio general de prohibición de ejecuciones separadas, se ha de concluir que la incidencia en el volumen de ejecuciones que se tramitan ante el orden social tiene cierta relevancia. Según las estadísticas judiciales correspondientes al año 2008, los Juzgados de lo Social registraron 57.412 ejecuciones de sentencias, resolvieron 49.833 y, en trámite al final de año se encontraban, 43.272. Además los Juzgados de lo Social de Ejecuciones, registraron 8.848 ejecuciones, resolvieron 11.110 y, tenían en trámite al final de año, 5.239. Este número sería superior si no se les hubiese atribuido a los Juzgados de lo Mercantil, la competencia en materia de ejecución, ya que, en estos Juzgados en el año 2006, se registraron 5.258 ejecuciones de sentencias, se resolvieron 2.439 y se encontraban en trámite al final de año, 9.340¹³.

¹³ *La justicia dato a dato. Año 2008*”. Estadística Judicial. Consejo General del Poder Judicial, páginas 30 y 34.

2. La delimitación de competencias con la jurisdicción contencioso administrativa en relación con el personal estatutario

Tradicionalmente, la competencia para el conocimiento de las causas que afectaban al personal estatutario, correspondía a los órganos de la jurisdicción social. Pero esta situación cambió y se atribuyó la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, con la consiguiente incidencia en la litigiosidad laboral. A esos efectos, el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005, declaró que “la Ley 55/2003 configura la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria a través de los distintos servicios de salud, como una relación funcional, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al derecho administrativo, y, en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes, por su naturaleza administrativa, quedan sujetos a la revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 16 de diciembre de 2005. Ha de destacarse que el artículo 1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece que “esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal”. El personal estatutario ha pasado a ser considerado personal funcionario especial, sometido, por tanto, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a la jurisdicción contencioso administrativa. De acuerdo con su Disposición Final Tercera, la Ley 55/2003, entró en vigor el 18 de diciembre de 2003, por lo que todas las acciones que se hayan ejercitado o se ejerciten con posterioridad que afecten al personal estatutario, han sido tramitadas o se tramitarán ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Se excluyen de esta atribución de competencias, de conformidad con el artículo 2 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, todas las cuestiones litigiosas que se promuevan por el personal estatutario en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo.

3. La influencia del estatuto del trabajo autónomo en las competencias del orden social

El Estatuto del Trabajo Autónomo atribuye la competencia para el conocimiento de las cuestiones que afecten al trabajador autónomo económica-

mente dependiente, al orden jurisdiccional social, lo que va a suponer un incremento de la litigiosidad laboral.

El Estatuto del Trabajo Autónomo fue aprobado por la Ley 20/2007, de 11 de julio, que entró en vigor el 12 de octubre de 2007, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de acuerdo con su Disposición Final Sexta. El artículo 17 del Estatuto del Trabajo Autónomo atribuye la competencia al orden jurisdiccional social para el conocimiento de las siguientes materias:

1. De las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente.

2. De todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los Acuerdos de Interés Profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia.

3. Por último, ha de resaltarse que el procedimiento sumario y preferente al que se refiere, con carácter genérico para todos los trabajadores autónomos, el artículo 6.3 del Estatuto del Trabajo Autónomo, mediante el que se recabará la tutela de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la no discriminación, cuando el titular de los derechos lesionados sea un trabajador autónomo económicamente dependiente, se tramitará ante el orden jurisdiccional social, por la modalidad especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 181 y 182 de la Ley de Procedimiento Laboral. Si el órgano judicial estimara probada la vulneración del derecho denunciado, declarará la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta y, cuando proceda, la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto.

Esta atribución competencial se justifica en el apartado III del Preámbulo de la Ley 20/2007, argumentando que la configuración jurídica del trabajador autónomo económicamente dependiente se ha diseñado teniendo en cuenta los criterios que, de forma reiterada, ha venido estableciendo la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha definido una serie de criterios para distinguir entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena. Las cuestiones litigiosas derivadas del contrato celebrado entre el autónomo económicamente dependiente y su cliente van a estar estrechamente ligadas a la propia naturaleza de la figura de aquél, de tal forma que las pretensiones ligadas al contrato siempre van a juzgarse en conexión con el hecho de si el trabajador autónomo es realmente económicamente dependiente o no, según cumpla o no con las exigencias legales.

La regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente constituye la mayor novedad de la Ley 20/2007. Sin embargo, el régimen que de este tipo de trabajadores autónomos contiene el Estatuto del Trabajo Autónomo, puede plantear problemas en la aplicación práctica, derivados de la difícil delimitación entre el trabajador por cuenta ajena, el trabajador autónomo económicamente dependiente y el trabajador autónomo. El trabajador autónomo económicamente dependiente es aquella persona, que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa. Ahora bien, el trabajador autónomo la lleva a cabo “*por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona*”, siendo irrelevante que de o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Y, sin embargo, el trabajador autónomo económicamente dependiente, –que no puede tener trabajadores por cuenta ajena a su cargo–, realiza una actividad predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. La fórmula acogida por el legislador para determinar cuando un autónomo es trabajador autónomo económicamente dependiente, a saber, que obtenga de un cliente, al menos, el 75% de los rendimientos de su trabajo o de su actividad económica o profesional, puede plantear dudas interpretativas. De un lado, no concreta el Estatuto en qué momento tiene que producirse esta circunstancia para que se pueda adquirir la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente. Por otro lado, no determina la Ley qué ocurre si, durante la vigencia del contrato que suscribe el trabajador autónomo económicamente dependiente con el cliente, deja de concurrir este requisito. Podría entenderse que si el trabajador autónomo obtiene, en un momento puntual, este porcentaje de un único cliente, ya tiene la consideración de trabajador autónomo económicamente dependiente. O bien, tomar como referencia los ingresos anuales, con lo cual, hasta que no transcurra un año, no podrá apreciarse si es o no trabajador autónomo económicamente dependiente. O también podrían tenerse en cuenta, a estos efectos, los ingresos del ejercicio fiscal, lo que retrasaría aun más la calificación, ya que habría que esperar al transcurso del ejercicio fiscal y del plazo previsto para la presentación de la oportuna liquidación tributaria. Y, como se indicó, a ello puede unirse otro problema que es que, durante estos periodos, pierda el trabajador autónomo que tenía la consideración de trabajador autónomo económicamente dependiente tal condición, precisamente porque dejen de alcanzar el porcentaje legal, los ingresos obtenidos de ese cliente.

Como puede observarse, todos estos problemas incidirán en el incremento de la conflictividad y, consiguientemente, en el aumento de los asuntos de los que va a conocer la jurisdicción social. Ahora bien, según consta en el aparta-

do III del Preámbulo del Estatuto del Trabajo Autónomo, los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2004, evidencian que 285.600 empresarios sin asalariados a su cargo, trabajan para una única empresa o cliente y, además, este colectivo se ha incrementado en un 33%, desde el año 2001. No obstante, esta afectación de la norma evidencia que, desde el punto de vista estadístico, tampoco supondrá la norma un aumento considerable de asuntos en el orden social de la jurisdicción pero sí que es interesante tener en cuenta la reforma.

III. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN LABORAL. MEDIDAS PARA MEJORAR SU FUNCIONAMIENTO

El balance de la situación actual de la jurisdicción social, a la vista de todo lo indicado en el presente trabajo, en concordancia de los datos estadísticos oficiales, es preocupante. De este modo, como concluye, el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, sobre *“La evolución de la jurisdicción social a la vista de la Estadística Judicial”*, en esta jurisdicción, ya no se resuelve todo lo que ingresa, de forma tal que, si bien la tasa general de resolución¹⁴ de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, es superior a la unidad, concretamente, 1,09, sin embargo, la tasa de pendencia es del 0,57¹⁵, por lo que cada vez hay más asuntos pendientes. Pero es que en los Juzgado de lo Social, donde la incidencia de la crisis ya se ha evidenciado de forma más considerable, la tasa de resolución es del 0,79, lo que significa que no se puede resolver todo lo que ingresa, siendo la tasa de pendencia del 0,62. La carga de trabajo que soportan los distintos órganos judiciales, está muy por encima del 100% del rendimiento exigido, por lo que sería necesario que se articularan mecanismos para adaptar los medios personales a las exigencias de esta jurisdicción. El Consejo General del Poder Judicial ha implantado un sistema de refuerzo en los Juzgados de lo Social, lo que dado que no se ha establecido paralelamente un mecanismo equivalente en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, supondrá que el colapso se desplace hasta estos órganos judiciales.

¹⁴ La tasa de resolución es el cociente que resulta de dividir el número de asuntos resueltos y el número de asuntos ingresados, por lo que cuanto mayor sea el resultado, mejor será el funcionamiento del órgano judicial concreto.

¹⁵ La tasa de pendencia es el cociente que resulta de dividir el número de asuntos en trámite al final del periodo y el número de asuntos resueltos en el mismo, por lo que cuanto menor sea el resultado, mejor será el funcionamiento del órgano judicial concreto.

A estos efectos, se ha de resaltar la influencia decisiva que, para paliar el deficiente funcionamiento del orden social de la jurisdicción, se espera que tenga la implantación de la nueva Oficina Judicial y, que, sin duda está teniendo, la progresiva utilización de los medios telemáticos en el proceso. No obstante, es necesario abordar una reforma de la Ley de Procedimiento Laboral encaminada a conseguir una disminución de los altos índices de litigiosidad.

1. La implantación de la nueva oficina judicial

El análisis de la nueva Oficina Judicial excede de las pretensiones de este trabajo, pero conviene hacer una referencia a la misma, por la trascendencia que su establecimiento y entrada en funcionamiento va a tener en la litigiosidad en general, si cumple sus objetivos. En el cumplimiento del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001, entre los partidos mayoritarios de nuestro país, se abordó la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 19/2003, de 29 de diciembre, que establece un nuevo modelo de Oficina Judicial, con el objetivo de racionalizar y actualizar los medios personales y materiales para una mejor y más rápida Administración de Justicia¹⁶. El artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial define la Oficina Judicial como la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales.

La Oficina Judicial comprende dos tipos de unidades:

1. La Unidad Procesal de Apoyo Directo, es la que asiste directamente a los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de las resoluciones que dicten. Contará con un Secretario Judicial, que podrá formar parte de varias Unidades de Apoyo Directo y, con el personal estrictamente necesario para auxiliar y apoyar al Juez o Magistrado.

2. El Servicio Común Procesal es el que asume las labores centralizadas de gestión y apoyo en las actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales, sin estar integrado en un órgano judicial concreto. Al frente del mismo se encuentra un Secretario Judicial y, está dividido en secciones y, ésta, a su vez, en equipos.

¹⁶ ORTIZ BERENGUER, ÁNGELES: “*El Secretario Judicial. Unidad de Apoyo Directo*”. Estudios de Derecho Judicial “La oficina judicial”, n° 105, 2006, página 148.

En un principio, este modelo de oficina judicial se preveía que entraría en funcionamiento en dos fases, una en el año 2006, con una experiencia piloto previa en once partidos judiciales y 244 órganos judiciales y, otra a finales del año 2007 o principios del 2008. Sin embargo, estas previsiones no se han cumplido y el 22 de abril de 2007, se hizo público por el Gobierno que sólo en tres partidos judiciales iniciaría la experiencia piloto; concretamente, en Ciudad Real, Burgos y Murcia. Sin embargo, dada la reciente publicación de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reformas procesales para la implantación de la Oficina Judicial, parece inminente la implantación de este nuevo sistema de trabajo.

2. La utilización en el proceso de medios telemáticos

El artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, establece que, tanto los órganos judiciales como las personas que ejerciten ante los mismos el derecho a la tutela judicial efectiva, podrán utilizar en el proceso cualquier medio técnico, electrónico, informático y telemático, siempre que cuenten con todas las garantías necesarias de seguridad, autenticidad, integridad y constancia. En desarrollo de este precepto, se ha dictado el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre la implantación en la Administración de Justicia del Sistema Informático de Telecomunicaciones Lexnet, para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de febrero de 2007 y, que ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación. No obstante, la Disposición Transitoria Única prevé la implantación gradual del sistema. La utilización de estos medios tendrá una incidencia decisiva en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia en general.

Y, además, en el ámbito de la jurisdicción social, ya se están adoptando medidas al respecto. Concretamente, el 20 de noviembre de 2006, se firmó un Convenio Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Fondo de Garantía Salarial, en materia de intercambio de información con los Juzgados y Tribunales. Este Convenio tiene, como objetivo principal, la realización de una prueba piloto de una plataforma para el intercambio securizado de información, entre el Fondo de Garantía Salarial y los sistemas de gestión procesal de los órganos judiciales con quienes se relaciona, fundamentalmente, con los del orden social y con los Juzgados de lo Mercantil.

A nivel autonómico, también se está fomentando la utilización de estos medios telemáticos en el proceso. Y, así, ha de resaltarse que el Consejo Gene-

ral del Poder Judicial ha firmado con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, una adenda al Convenio de colaboración suscrito en el año 2005, en la que acuerda la implantación como sistema definitivo para los órganos judiciales de la Comunidad Autónoma de Madrid, de la recepción, a través de Inter-Ius, de todas las comunicaciones y dictámenes referidos a materia de honorarios profesionales de sus colegiados.

Asimismo, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó el 15 de diciembre de 2006 el “Módulo de Presentación telemática de Asuntos”, desarrollado por la Generalidad de Cataluña. El sistema permite presentar las demandas en formato electrónico y de forma remota.

El 19 de febrero de 2007, se firmó un Convenio de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma Valenciana, para la implantación e integración en los órganos judiciales de la misma, de la aplicación informática del “Sistema de Gestión Compartida de los Señalamientos Judiciales”¹⁷.

De todos modos, queda aún un largo camino por recorrer hasta que se consiga la implantación total de los medios telemáticos en el procedimiento, lo que, sin duda, siempre que se lleve a cabo con las necesarias garantías y los oportunos sistemas de seguridad, agilizará y facilitará el funcionamiento de este servicio público que es la Administración de Justicia.

3. Medidas procesales para agilizar la justicia en el orden social

El Consejo General del Poder Judicial está trabajando en la elaboración de una serie de medidas para agilizar la justicia social. Estas propuestas se fundamentan en las aportaciones realizadas por los Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, canalizadas a través de su Grupo de Modernización con el que se han mantenido varias reuniones; así como en las elaboradas por los Decanos, tanto por su Comisión de Modernización (compuesta por los Decanos Exclusivos) como por su Comisión de Seguimiento, que se están plasmando en un documento del Consejo General del Poder Judicial sobre propuestas a corto plazo de agilización de la Justicia en el orden social. A las mismas, se adi-

¹⁷ “Tecnología de la Información y las Comunicaciones”, e-Justicia, n.º 3, Consejo General del Poder Judicial, mayo 2007, páginas 2 y 3.

cionaran algunas medidas que personalmente considero importantes para obtener esta finalidad. Distinguiré las que afectan al procedimiento tramitado en única instancia, generalmente ante los Juzgados de lo Social y, las que inciden en el recurso de suplicación.

3.1 Las medidas a adoptar en la fase de única instancia ante los Juzgados de lo Social

Son las siguientes:

1. Incrementar el importe de la denominada multa por temeridad del artículo 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. De acuerdo con esta norma, la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad una sanción pecuniaria y, cuando el condenado fuera el empresario deberá abonar también los honorarios de los abogados. Esta norma ha sido modificada por la Ley 13/2009, pero sólo transformando las 100.000 pesetas en 600 €. Llama la atención que en la reforma no se haya incluido en el precepto una referencia también a los honorarios de los Graduados Sociales. A mi juicio, la elevación de la cuantía de esta clase de sanción por temeridad dada su escasa utilización por los órganos judiciales, carecería de relevancia en orden a la agilización de la justicia social. Ahora bien, la inclusión de los honorarios de los graduados sociales colegiados me parece necesaria y coherente con la nueva redacción del artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

2. La implantación de la postulación preceptiva también en la instancia.

3. La limitación del beneficio de justicia gratuita en el orden social, trasladando el régimen de la jurisdicción civil a este orden jurisdiccional. A pesar del efecto disuasorio que pudiera tener la medida, considero que es complicado.

4. La imposición de costas también en la instancia.

3.2 Las medidas que afectan al recurso de suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia

Las más relevantes son las siguientes:

1. En relación con las resoluciones recurribles:

1.1 La elevación de la cuantía para el acceso al recurso de suplicación a 3.000 €.

1.2 No serán recurribles en suplicación las sentencias que recaigan en los procesos de impugnación de altas médicas.

1.3 No serán recurribles en suplicación las sentencias que confirmen la resolución administrativa que deniegue la declaración de incapacidad permanente o la revisión del grado reconocido.

2. La elevación de la cuantía del depósito para recurrir.

3. La elevación del tope máximo de los honorarios de los Letrados y de los Graduados Sociales colegiados en las costas en suplicación.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea Año 2010 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los asuntos generales de la Unión Europea, en el último cuatrimestre de 2010 se adopta un Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE C 263, 29.09.2010, p. 1) y se modifica el estatuto respecto de la Unión de la isla de San Bartolomé (DOUE L 325, 9.12.2010, p. 4).

La Comisión, por su parte, emitió una Comunicación por la que se reconoce oficialmente la caducidad de algunos actos del Derecho de la Unión en el ámbito de la agricultura (para alcanzar el objetivo cuatro de la Comunicación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, titulada «Actualizar y simplificar el acervo comunitario» [COM(2003) 71 final]), lo que no deja de ser un procedimiento peculiar en relación con la eliminación de los actos comunitarios que aunque formalmente en vigor, sus efectos jurídicos se han extinguido desde hace mucho tiempo (DOUE C 336, 11.12.2010, p. 1).

En cuanto a los asuntos financieros, se adoptan numerosas decisiones de movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (DOUE L 286, 4.11.2010, p. 15; DOUE L 286, 4.11.2010, p. 16; DOUE L 286, 4.11.2010, p. 17; DOUE L 286, 4.11.2010, p. 18, DOUE L 286, 4.11.2010, p. 21, DOUE L 318, 4.12.2010, p. 36, DOUE L 318, 4.12.2010, p. 37, DOUE L 318, 4.12.2010, p. 38, DOUE L 318, 4.12.2010, p. 39, DOUE L 318, 4.12.2010, p. 4, DOUE L 318, 4.12.2010, p. 41, DOUE L 318, 4.12.2010, p. 43, DOUE L 342, 28.12.2010, p. 17, DOUE L 342, 28.12.2010, p. 19, DOUE L 342, 28.12.2010, p. 21, DOUE L 342, 28.12.2010, p. 23) en algunos casos para España (DOUE L 342, 28.12.2010, p. 24) o a solicitud de alguna de sus comunidades Autónomas, como Cataluña, (DOUE L 286,

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 3º cuatrimestre de 2010.

4.11.2010, p. 19), Galicia (DOUE L 286, 4.11.2010, p. 20), Valencia (DOUE L 342, 28.12.2010, p. 18, DOUE L 342, 28.12.2010, p. 20), Aragón (OUE L 342, 28.12.2010, p. 22).

También se adoptan decisiones de movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, de conformidad con el apartado 26 del Acuerdo interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera para Irlanda por las inundaciones sufridas, (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 42) y para Portugal, por inundaciones y corrimientos de tierras en Madeira (DOUE L 342, 28.12.2010, p. 16).

En relación con el Presupuesto de la UE y la novedad institucional de la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior, se modifica el Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002 por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas en relación con el Servicio Europeo de Acción Exterior (DOUE L 311, 26.11.2010, p. 9).

La regulación de las Instituciones presenta también algunas novedades en este cuatrimestre, así en relación con el Consejo, se modifica la lista de formaciones del Consejo, en el sentido de que la formación denominada «Competitividad (Mercado Interior, Industria e Investigación)» se sustituye por el texto siguiente: «Competitividad (Mercado Interior, Industria, Investigación y Espacio)» y la denominada «Educación, Juventud y Cultura» se sustituye por el texto siguiente: «Educación, Juventud, Cultura y Deporte» (DOUE L 263, 6.10.2010, p. 12), y el Consejo también modifica su Reglamento interno ya que se establece la población de los Estados Miembros a efectos de votación y mayoría cualificada, para períodos transitorios (DOUE L 338, 22.12.2010, p. 47).

El Parlamento Europeo celebrará un Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea (DOUE L 304, 20.11.2010, p. 47), sobre el cual el Consejo manifestará ciertas reticencias en su Declaración del Consejo — Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión (DOUE C 287, 23.10.2010, p. 1). Y la Mesa del Parlamento Europeo modificará las Medidas de aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo (DOUE C 283, 20.10.2010, p. 9; DOUE C 340, 15.12.2010, p. 6).

En lo que se refiere a los órganos consultivos de la Unión Europea, se procederá al nombramiento del Sr. Jordi BAYONA LLOPIS, Director General de Acción Exterior y Relaciones con la Unión Europea, Gobierno de las Illes Ba-

lears suplente español del Comité de las Regiones (DOUE L 264, 7.10.2010, p. 14) y del Sr. Alberto NADAL BELDA, Director Adjunto de la Secretaría General de la CEOE, miembro español del Comité Económico y Social Europeo (DOUE L 313, 30.11.2010, p. 12).

Se decide la prórroga de las medidas de inobservancia transitoria del Reglamento no 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea, y el Reglamento no 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, introducidas por el Reglamento (CE) no 920/2005, en el sentido de mantener la excepción referida a la lengua irlandesa (DOUE L 343, 29.12.2010, p. 5), y por último, se modifica el Estatuto de los funcionarios e las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades (DOUE L 311, 26.11.2010, p. 1).

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En el ámbito de la Unión Aduanera, se adopta una decisión en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Japón sobre cooperación y asistencia administrativa mutua en materia aduanera sobre el reconocimiento mutuo de los regímenes de operador económico autorizado en la Unión Europea y en Japón (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 71). Se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) no 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 284, 29.10.2010, p. 1) y también el Reglamento (CEE) no 2454/93 por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) no 2913/92 del Consejo por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (DOUE L 307, 23.11.2010, p. 1).

Igualmente se establece una excepción al Reglamento (CEE) no 2454/93 en lo que respecta a la definición de la noción de productos originarios utilizada a los efectos del sistema de preferencias generalizadas, atendiendo a la situación particular de Cabo Verde en lo que respecta a las exportaciones de determinados productos de la pesca a la Comunidad (DOUE L 266, 9.10.2010, p. 39) y se modifica la normativa del régimen común aplicable a las importaciones de algunos productos textiles originarios de países terceros (DOUE L 326, 10.12.2010, p. 339). También se establecen las disposiciones de aplicación para los contingentes arancelarios de importación de los productos de «baby beef» originarios de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 342, 28.12.2010, p. 1). Y

se modifica la normativa referente al establecimiento de una franquicia arancelaria para determinados principios activos de productos farmacéuticos con «Denominación Común Internacional» (DCI) de la Organización Mundial de la Salud y determinadas sustancias utilizadas en la elaboración de productos farmacéuticos acabados (DOUE L 348, 31.12.2010, p. 36).

En el marco de la Política Comercial, como es habitual, se celebran diversos tratados internacionales, así se adoptan las decisiones referentes a la firma de un Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República del Congo relativo a la aplicación de las leyes, la gobernanza y el comercio de los productos de la madera importados en la Unión Europea (FLEGT) (DOUE L 271, 15.10.2010, p. 1), a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Noruega sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas, convenidas en virtud del artículo 19 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (DOUE L 292, 10.11.2010, p. 1), la decisión relativa a la posición que ha de adoptar la Unión Europea en el Consejo Conjunto Cariforum-UE creado en virtud del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, en lo que respecta a la modificación del anexo IV del Acuerdo por la que se incorporan los compromisos de la Commonwealth de las Bahamas (DOUE L 295, 12.11.2010, p. 51) y la decisión relativa a la celebración de un Acuerdo en forma de Protocolo entre la Comunidad Europea y la República Libanesa, que establece un mecanismo de solución de diferencias relativas a las disposiciones comerciales del Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Libanesa, por otra (DOUE L 328, 14.12.2010, p. 20 y 21).

Finalmente, se se modifica el Reglamento (CE) no 1236/2005 del Consejo sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (DOUE L 336, 21.12.2010, p. 13).

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En lo que se refiere a los aspectos generales de la Política Agrícola, se adopta un reglamento por el que se establecen la forma y el contenido de la información contable que deberá presentarse a la Comisión con vistas a la liquidación de cuentas del FEAGA y del FEADER, así como con fines de seguimiento y elaboración de previsiones (DOUE L 247, 21.09.2010, p. 1) y se mo-

difica la regulación sobre las exportaciones al margen de cuota y a los certificados de exportación (DOUE L 254, 29.09.2010, p. 29).

En cuanto al régimen de restituciones por exportación se modifican las disposiciones comunes de aplicación del régimen de restituciones por exportación de productos agrícolas, en lo que atañe a la equivalencia en virtud del perfeccionamiento activo (DOUE L 310, 26.11.2010, p. 1), se establecen disposiciones específicas de conformidad con el Reglamento (CE) no 1234/2007 del Consejo por lo que respecta a los requisitos para la concesión de restituciones por exportación en relación con el bienestar de los animales vivos de la especie bovina durante su transporte (DOUE L 245, 17.09.2010, p. 16) y se publica la versión de 2011 de la nomenclatura de los productos agrarios para las restituciones por exportación establecida en el Reglamento (CEE) no 3846/87 (DOUE L 343, 29.12.2010, p. 17).

Se modifican también las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 247/2006 del Consejo, por el que se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión (DOUE L 316, 2.12.2010, p. 1).

En el ámbito de la protección de la salud de los consumidores de productos agrícolas y ganaderos, se adopta un reglamento relativo a un programa plurianual coordinado de control de la Unión para 2011, 2012 y 2013 destinado a garantizar el respeto de los límites máximos de residuos de plaguicidas en los alimentos de origen vegetal y animal o sobre los mismos y a evaluar el grado de exposición de los consumidores a estos residuos (DOUE L 269, 13.10.2010, p. 8) y se modifica, con respecto a la sustancia salicilato de sodio, el anexo del Reglamento (UE) no 37/2010, relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 269, 13.10.2010, p. 5).

Como es habitual, se establecen las disposiciones de aplicación para el suministro de alimentos procedentes de las existencias de intervención en beneficio de las personas más necesitadas de la Unión (DOUE L 242, 15.09.2010, p. 9) para lo que se asignan recursos a los Estados miembros imputables al ejercicio presupuestario 2011 (DOUE L 278, 22.10.2010, p. 1).

En lo que se refiere a regulación por productos, y en concreto de los vegetales, se determinan los centros de intervención de cereales y se modifica el Reglamento (CE) no 1173/2009 (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 10), se estable-

cen normas de desarrollo del Reglamento (CE) no 479/2008 del Consejo, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, en lo relativo a los programas de apoyo, el comercio con terceros países, el potencial productivo y los controles en el sector vitivinícola (DOUE L 232, 2.09.2010, p. 1) y se modifican los volúmenes que activan la imposición de derechos adicionales a los pepinos, las alcachofas, las clementinas, las mandarinas y las naranjas (DOUE L 268, 12.10.2010, p. 19).

Se establecen algunas medidas en relación con Estados miembros, y en concreto con España, se modifican los Reglamentos (UE) no 462/2010, (UE) no 463/2010 y (UE) no 464/2010 en lo que atañe a la fecha final de las licitaciones para la reducción del derecho de importación de maíz en España y en Portugal y de sorgo en España, para el año contingentario 2010, así como a la fecha de expiración de los citados Reglamentos (DOUE L 343, 29.12.2010, p. 76) y se exime a Bulgaria, la República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, Irlanda, España, Francia, Chipre, Letonia, Lituania, Malta, los Países Bajos, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido de la obligación de aplicar a determinadas especies las Directivas 66/401/CEE, 66/402/CEE, 68/193/CEE, 1999/105/CE, 2002/54/CE, 2002/55/CE y 2002/57/CE del Consejo, relativas a la comercialización de las semillas de plantas forrajeras, las semillas de cereales, los materiales de multiplicación vegetativa de la vid, los materiales forestales de reproducción, las semillas de remolacha, las semillas de plantas hortícolas y las semillas de plantas oleaginosas y textiles, respectivamente (DOUE L 292, 10.11.2010, p. 57).

La regulación de la ganadería se ve modificada en algunos aspectos, en relación con la identificación y el registro de los animales de las especies ovina y caprina se modifica el Reglamento (CE) no 1505/2006 en lo que atañe a los informes anuales de los Estados miembros sobre los resultados de los controles efectuados en relación con la identificación y el registro de los animales de las especies ovina y caprina (DOUE L 298, 16.11.2010, p. 5) y también se modifican los controles relativos a los requisitos de identificación y registro de los animales de la especie bovina (DOUE L 298, 16.11.2010, p. 7). A su vez, se modifican las sanciones administrativas en caso de que no pueda probarse la identificación de un animal (DOUE L 303, 19.11.2010, p. 1).

Se modifica igualmente el Reglamento (UE) no 206/2010, por el que se establecen listas de terceros países, territorios o bien partes de terceros países o territorios autorizados a introducir en la Unión Europea determinados animales o carne fresca y los requisitos de certificación veterinaria (DOUE L 243, 16.09.2010, p. 16).

La protección de la salud de los animales también es objeto de regulación, y se modifica el anexo X del Reglamento (CE) no 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de pruebas de diagnóstico rápido (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 10). También se modifica el Reglamento (CE) no 798/2008 en lo relativo al uso de vacunas contra la enfermedad de Newcastle (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 3) y la Decisión 93/152/CEE por la que se establecen los criterios de utilización de las vacunas contra la enfermedad de Newcastle en el marco de programas de vacunación de rutina (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 33). Se adopta normativa sobre determinados productos que no cabe considerar aditivos para piensos en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) no 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 266, 9.10.2010, p. 6) y se modifica la Directiva 2008/38/CE, añadiendo a la lista de usos previstos, como objetivo de nutrición específico, la ayuda al metabolismo de las articulaciones en el caso de la artrosis en perros y gatos (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 42).

Por último, en esta materia, se modifican los anexos de la Decisión 93/52/CEE en lo que respecta al reconocimiento de Estonia, Letonia y la Comunidad Autónoma española de las Islas Baleares como oficialmente indemnes de brucelosis (*Brucella melitensis*), así como los anexos I y II de la Decisión 2003/467/CE en lo que respecta a la declaración de Estonia como oficialmente indemne de tuberculosis y oficialmente indemne de brucelosis en relación con los rebaños bovinos [notificada con el número C(2010) 7856] (DOUE L 303, 19.11.2010, p. 14).

En la regulación por productos de origen animal se modifican las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 1234/2007 del Consejo en lo relativo a las comunicaciones de los Estados miembros a la Comisión en el sector de la leche y los productos lácteos (DOUE L 299, 17.11.2010, p. 4) y se establecen disposiciones de aplicación del régimen de certificados de exportación en el sector de los huevos (DOUE L 328, 14.12.2010, p. 1).

IV. POLÍTICA PESQUERA

En la Política de Pesca en el último cuatrimestre de 2010 continúan celebrándose tratados internacionales sobre diferentes aspectos de la materia. Se decide la aprobación, en nombre de la Unión Europea, de la Enmienda al Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Noroccidental (DOUE L 321, 7.12.2010, p. 1) y la celebración de un Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y las Islas Sa-

lomón (DOUE L 324, 9.12.2010, p. 48). También la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la Unión de las Comoras (DOUE L 335, 18.12.2010, p. 1 y 3) y del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República de Seychelles (DOUE L 345, 30.12.2010, p. 1 y 3).

En los ámbitos referidos el régimen general de la pesca y flotas pesqueras se establecen las normas de aplicación de la política de flotas pesqueras de la Unión definida en el capítulo III del Reglamento (CE) no 2371/2002 del Consejo (DOUE L 293, 11.11.2010, p. 1) así como las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 861/2006 del Consejo en lo que se refiere a los gastos realizados por los Estados miembros para llevar a la práctica los sistemas de seguimiento y de control aplicables en el marco de la política pesquera común (DOUE L 303, 19.11.2010, p. 3).

La protección de las especies y el medio marino también fue objeto de regulación en el cuatrimestre y así se modificó el Reglamento (CE) no 498/2007 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 1198/2006 del Consejo relativo al Fondo Europeo de Pesca (DOUE L 341, 23.12.2010, p. 3). También se estableció un régimen de control y ejecución aplicable en la zona del Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Nororiental y se derogó el Reglamento (CE) no 2791/1999 del Consejo (DOUE L 348, 31.12.2010, p. 17). Igualmente se fijaron para 2011, las posibilidades de pesca de determinadas poblaciones de peces aplicables en el Mar Negro (DOUE L 343, 29.12.2010, p. 2) en el Mar Báltico (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 1), se fijaron para 2011 y 2012, las posibilidades de pesca para los buques de la UE de poblaciones de peces de determinadas especies de aguas profundas (DOUE L 336, 21.12.2010, p. 1) y se modificó el Reglamento (CE) no 2187/2005 del Consejo en lo que atañe a la prohibición de selección cualitativa y a las restricciones en la pesca de platija europea y rodaballo en el Mar Báltico, los Belts y el Sund (DOUE L 348, 31.12.2010, p. 34).

Además, se asignaron las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República de Seychelles (DOUE L 345, 30.12.2010, p. 20) y se asignaron las posibilidades de pesca en virtud del Acuerdo de colaboración en

el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la Unión de las Comoras (DOUE L 335, 18.12.2010, p. 19). También se modificó el Reglamento (UE) no 175/2010 para prolongar el periodo de aplicación de las medidas de lucha contra el aumento de la mortalidad de las ostras del Pacífico (*Crassostrea gigas*) (DOUE L 324, 9.12.2010, p. 39) y se efectuaron deducciones de determinadas cuotas de pesca para 2010 a cuenta de la sobrepesca producida en el año anterior (DOUE L 291, 9.11.2010, p. 30).

Entre las limitaciones que se establecen y que afectan a España, se prohíbe la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3M (DOUE L 292, 10.11.2010, p. 30), la pesca de brótola en aguas comunitarias y aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países de las zonas VIII y IX (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 18), la pesca de brosmio en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI y VII (DOUE L 322, 8.12.2010, p. 26), la pesca de solla en las zonas VIII, IX y X y en aguas de la UE del CPACO 34.1.1 (DOUE L 322, 8.12.2010, p. 28), la pesca de bacalao en la zona NAFO 3M (DOUE L 322, 8.12.2010, p. 32), la pesca de sable negro en aguas comunitarias y en aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países de las zonas V, VI, VII y XII (DOUE L 322, 8.12.2010, p. 34), la pesca de anchoa en la zona VIII (DOUE L 330, 15.12.2010, p. 1) y la pesca de caballa en las zonas VIIIc, IX y X y en aguas de la UE de la zona CPACO 34.1.1 por parte de los buques que enarbolan pabellón de España (DOUE L 333, 17.12.2010, p. 43).

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En esta materia se produce el reconocimiento de Sri Lanka (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 77) y de Georgia (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 78) en lo relativo a la educación, formación y titulación de la gente de mar a efectos del reconocimiento de los certificados de aptitud

En los ámbitos de la seguridad social, se modifican los reglamentos sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el reglamento por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004 (DOUE L 338, 22.12.2010, p. 35).

Y se adopta Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 308, 24.11.2010, p. 46).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En materia de estas libertades se adoptan dos directivas, la primera modifica la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado (DOUE L 327, 11.12.2010, p. 1) y la segunda modifica las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración (DOUE L 329, 14.12.2010, p. 3).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En la Política de Transportes son frecuentes los tratados internacionales celebrados en la materia. Se celebra un Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República Federativa de Brasil sobre seguridad en la aviación civil (DOUE L 243, 16.09.2010, p. 1) otro Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam sobre determinados aspectos de los servicios aéreos (DOUE L 288, 5.11.2010, p. 1 y 2) y se modifica el Reglamento (CE) no 1033/2006 en lo que atañe a las disposiciones de la OACI a las que se refiere el artículo 3, apartado 1 (DOUE L 273, 19.10.2010, p. 4).

Como aspectos de carácter general en esta política, se fijan directrices relativas a la compensación entre gestores de redes de transporte y a un planteamiento normativo común de la tarificación del transporte (DOUE L 233, 3.09.2010, p. 1; DOUE L 250, 24.09.2010, p. 5).

Respecto a los transportes aéreos, se regulan también aspectos de su tarificación, y así se modifica el Reglamento (CE) no 1794/2006 por el que se establece un sistema común de tarificación de los servicios de navegación aérea (DOUE L 333, 17.12.2010).

La seguridad en este medio de transporte es objeto de regulación y en este sentido se modifica el Reglamento (UE) no 185/2010, por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea (DOUE L 286, 4.11.2010, p. 1) se adopta un reglamento sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y

por el que se deroga la Directiva 94/56/CE (DOUE L 295, 12.11.2010, p. 35). se modifica el Reglamento (CE) no 2042/2003 sobre el mantenimiento de la aeronavegabilidad de las aeronaves y productos aeronáuticos, componentes y equipos y sobre la aprobación de las organizaciones y personal que participan en dichas tareas (DOUE L 281, 27.10.2010, p. 78) y se vuelve a modificar el Reglamento (CE) no 474/2006, por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOUE L 237, 8.09.2010, p. 10; DOUE L 306, 23.11.2010, p. 44).

En los transportes por carretera, únicamente se adopta un reglamento por el que se establecen las normas comunes relativas a la interconexión de los registros electrónicos nacionales sobre las empresas de transporte por carretera (DOUE L 335, 18.12.2010, p. 21).

El sector del transporte marítimo es objeto de mayor regulación, y en relación con los buques se adopta un reglamento por el que se aplica el artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los criterios del Estado de abanderamiento (DOUE L 241, 14.09.2010, p. 1), otro reglamento por el que se aplican las disposiciones del artículo 10, apartado 3, y del artículo 27 de la Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al historial de las compañías (DOUE L 241, 14.09.2010, p. 4) y dos directivas, una sobre las formalidades informativas exigibles a los buques a su llegada o salida de los puertos de los Estados miembros y por la que se deroga la Directiva 2002/6/CE (DOUE L 283, 29.10.2010, p. 1) y otra por la que se modifica la Directiva 96/98/CE del Consejo sobre equipos marinos (DOUE L 305, 20.11.2010, p. 1).

También se adopta un reglamento sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 (DOUE L 334, 17.12.2010, p. 1).

En el transporte por ferrocarril se regulan aspectos ligados a la seguridad, así se adopta un reglamento sobre un método común de seguridad para evaluar la conformidad con los requisitos para la obtención de un certificado de seguridad ferroviaria (DOUE L 326, 10.12.2010, p. 11) y otro sobre un método común de seguridad para evaluar la conformidad con los requisitos para la obtención de una autorización de seguridad ferroviaria (DOUE L 327, 11.12.2010, p. 13). También se adopta una decisión sobre los módulos para los procedimientos de evaluación de la conformidad, idoneidad para el uso y verificación CE que deben utilizarse en las especificaciones técnicas de interope-

rabilidad adoptadas en virtud de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 319, 4.12.2010, p. 1).

Y en relación con el transporte de mercancías, se adopta normativa sobre una red ferroviaria europea para un transporte de mercancías competitivo (DOUE L 276, 20.10.2010, p. 22) y una directiva por la que se adaptan por primera vez al progreso científico y técnico los anexos de la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas (DOUE L 233, 3.09.2010, p. 27).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En la Política de la competencia, se adopta normativa relativa a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DOUE L 335, 18.12.2010, p. 36) y a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DOUE L 335, 18.12.2010, p. 43).

Además, se establecen una serie de derechos antidumping definitivos para productos provenientes de Estados terceros, en el caso de la India, sobre las importaciones de determinados sistemas de electrodos de grafito (DOUE L 332, 16.12.2010, p. 17), sobre las importaciones de cuerdas de fibra sintética (DOUE L 338, 22.12.2010, p. 10), se establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de determinados sistemas de electrodos de grafito (DOUE L 332, 16.12.2010, p. 1) y un derecho compensatorio provisional a las importaciones de determinadas barras de acero inoxidable (DOUE L 343, 29.12.2010, p. 57). También se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de zeolita A en forma de polvo originaria de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 298, 16.11.2010, p. 27) y se establece un derecho compensatorio definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional sobre las importaciones de determinado tereftalato de polietileno originario de Irán, Pakistán y los Emiratos Árabes Unidos (DOUE L 254, 29.09.2010, p. 10). En relación con Rusia, se da por concluida la reconsideración provisional parcial del Reglamento (CE) no 661/2008, por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de nitrato de amonio (DOUE L 254, 29.09.2010, p. 5) y se modifica el anexo V del Reglamento (CE) no 1342/2007 del Consejo en lo que se refiere a los límites cuantitativos de determinados productos siderúrgicos procedentes de la Federación de Rusia (DOUE L 299, 17.11.2010, p. 1).

Como suele ser habitual, es China el Estado tercero sobre cuyos productos se establecen más derechos antidumping, tanto provisionales como definitivos. Así, se restablece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de tablas de planchar fabricadas por Foshan Shunde Yongjian Housewares and Hardware Co. Ltd., Foshan (DOUE L 242, 15.09.2010, p. 1), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de ácido tricloroisocianúrico originario, (DOUE L 254, 29.09.2010, p. 1) sobre las importaciones de determinadas ruedas de aluminio (DOUE L 282, 28.10.2010, p. 1) sobre las importaciones de gluconato de sodio (DOUE L 282, 28.10.2010, p. 24), sobre las importaciones de determinados poli(tereftalatos de etileno) (DOUE L 300, 18.11.2010, p. 1) sobre las importaciones de HTY de poliésteres y se concluye el procedimiento referente a las importaciones de HTY de poliésteres originarios de la República de Corea y de Taiwán (DOUE L 315, 1.12.2010, p. 1), sobre las importaciones de tablas de planchar (DOUE L 338, 22.12.2010, p. 8), sobre las importaciones de tablas de planchar producidas por Since Hardware (Guangzhou) Co., Ltd. (DOUE L 338, 22.12.2010, p. 22). Se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de melamina (DOUE L 298, 16.11.2010, p. 10) y sobre las importaciones de papel fino estucado (DOUE L 299, 17.11.2010, p. 7).

En relación con China también se abre una investigación relativa a la posible elusión de las medidas antidumping impuestas por el Reglamento (CE) no 91/2009 del Consejo a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China por las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de Malasia, hayan sido o no declarados originarios de este último país, y por el que se someten dichas importaciones a registro (DOUE L 282, 28.10.2010, p. 29). También se establece el registro obligatorio de las importaciones de módems para redes inalámbricas de área extensa (WWAN) originarios de la República Popular China, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24, apartado 5, del Reglamento (CE) no 597/2009 del Consejo, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea (DOUE L 243, 16.09.2010, p. 37), y por último, se da por concluido el procedimiento antidumping relativo a las importaciones de glifosato originarias de la República Popular China (DOUE L 332, 16.12.2010, p. 31).

En lo que se refiere a ayudas de Estado, se adopta una decisión relativa a las ayudas estatales destinadas a facilitar el cierre de minas de carbón no competitivas (DOUE L 336, 21.12.2010, p. 24).

En cuanto a la autorización de estas ayudas para España, y en relación con las medidas de apoyo al sector agrícola aplicadas por España tras la subida del coste del combustible, se declaran incompatibles las ayudas estatales en favor de las cooperativas agrarias aplicadas por España en virtud del artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2000, con algunas excepciones, y España adoptará las medidas necesarias para recuperar de sus beneficiarios las ayudas incompatibles (DOUE L 235, 4.09.2010, p. 1), mientras que sí se autorizan determinadas ayudas, referidas a la extensión de medidas de recapitalización favor del sector bancario, o a la energía eléctrica centrales de carbón (DOUE C 242, 9.08.2010, p. 1; DOUE C 269, 5.10.2010, p. 1; DOUE C 312, 17.11.2010, p. 5; DOUE C 289, 26.10.2010, p. 1; DOUE C 333, 10.12.2010, p. 1; DOUE C 333, 10.12.2010, p. 5; DOUE C 357, 30.12.2010, p. 12).

Además de a España en cuanto a Estado, se autorizan igualmente ayudas a las distintas Comunidades Autónomas. En relación con Andalucía, aunque la autorización de ayuda la pidió el Reino de España, se le concede para la reestructuración de Cajasur (DOUE C 357, 30.12.2010, p. 129), y otra a la Comunidad Autónoma para la promoción del tejido profesional del Flamenco en Andalucía (DOUE C 327, 4.12.2010, p. 6).

Se autorizan también ayudas a otras Comunidades Autónomas, en este cuatrimestre bastante menos numerosas que en otras ocasiones, así a Castilla-La Mancha (DOUE C 311, 16.11.2010, p. 1); Cataluña, Fibra óptica en Cataluña (Xarxa Oberta (DOUE C 259, 25.09.2010, p. 1) Galicia, (DOUE C 357, 30.12.2010, p. 12) y País Vasco (DOUE C 250, 17.09.2010, p. 1; DOUE C 269, 5.10.2010, p. 1; DOUE C 340, 15.12.2010, p. 3).

IX. FISCALIDAD

En la Política fiscal, se adopta un reglamento relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 268, 12.10.2010, p. 1) y dos directivas relativas al impuesto sobre el valor añadido, la primera modifica la Directiva 2008/9/CE por la que se establecen disposiciones de aplicación relativas a la devolución del impuesto sobre el valor añadido, prevista en la Directiva 2006/112/CE, a sujetos pasivos no establecidos en el Estado miembro de devolución, pero establecidos en otro Estado miembro (DOUE L 275, 20.10.2010, p. 1) y la segunda modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que se refiere a la duración de la obligación de respetar un tipo normal mínimo (DOUE L 326, 10.12.2010, p. 1).

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En Política Económica y Monetaria, se encomienda al Banco Central Europeo una serie de tareas específicas relacionadas con el funcionamiento de la Junta Europea de Riesgo Sistémico (DOUE L 331, 15.12.2010, p. 162).

Se modifica la Decisión 2010/320/UE dirigida a Grecia, con objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit, considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo (DOUE L 241, 14.09.2010, p. 12) y se adopta una decisión sobre la administración de los préstamos de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera a Estados miembros cuya moneda es el euro (BCE/2010/15) (DOUE L 253, 28.09.2010, p. 58).

En relación con el euro, se adoptó normativa sobre la comprobación de la autenticidad y aptitud de los billetes en euros y sobre su recirculación (BCE/2010/14) (DOUE L 266, 9.10.2010, p. 1), sobre el procedimiento de acreditación de calidad para fabricantes de billetes en euros (BCE/2010/22) (DOUE L 330, 15.12.2010, p. 14), sobre las disposiciones transitorias para la aplicación de las reservas mínimas por el Banco Central Europeo después de la introducción del euro en Estonia (DOUE L 285, 30.10.2010, p. 37), sobre la aprobación del volumen de emisión de moneda metálica en 2011 (BCE/2010/25) (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 52), sobre la aprobación del volumen de emisión de moneda metálica en 2010 (BCE/2010/32) (DOUE L 343, 29.12.2010, p. 78) y sobre la autenticación de las monedas de euros y el tratamiento de las monedas de euros no aptas para la circulación (DOUE L 339, 22.12.2010, p. 1).

También se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 2494/95 del Consejo en lo que respecta a las normas mínimas de calidad de las ponderaciones del IPCA y se deroga el Reglamento (CE) no 2454/97 de la Comisión (DOUE L 316, 2.12.2010, p. 4) y el Banco Central Europeo, modifica la Decisión BCE/2007/5 por la que se establece su Reglamento de adquisiciones (BCE/2010/8) (DOUE L 238, 9.09.2010, p. 14).

El Banco Central Europeo también modifica la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2010/19) (DOUE L 290, 6.11.2010, p. 53) y adopta una orientación por la que se modifica la Orientación BCE/2007/2 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferen-

cia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2010/12) (DOUE L 261, 5.10.2010, p. 6). Igualmente adopta dos orientaciones mas, una por la que se modifica la Orientación BCE/2000/7 sobre los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2010/13) (DOUE L 266, 9.10.2010, p. 21) y otra por la que se modifica la Orientación BCE/2000/7 sobre los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2010/30) (DOUE L 336, 21.12.2010, p. 63).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las Relaciones Exteriores de la Unión Europea se llevan en gran medida a cabo mediante la celebración de tratados internacionales. Así, se van a celebrar diversos acuerdos, como el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza en el ámbito audiovisual, por el que se establecen las condiciones para la participación de la Confederación Suiza en el programa comunitario MEDIA 2007, y de un Acta Final (DOUE L 234, 4.09.2010, p. 1) o los acuerdos, siguientes, Acuerdo entre la Unión Europea, Islandia, el Principado de Liechtenstein y el Reino de Noruega sobre un Mecanismo Financiero EEE 2009-2014; Acuerdo entre el Reino de Noruega y la Unión Europea sobre un Mecanismo Financiero Noruego para el período 2009-2014; Protocolo adicional del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la República de Islandia sobre disposiciones especiales aplicables a las importaciones a la Unión Europea de determinados pescados y productos pesqueros para el período 2009-2014; Protocolo adicional del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Noruega sobre disposiciones especiales aplicables a las importaciones a la Unión Europea de determinados pescados y productos pesqueros para el período 2009-2014 (DOUE L 291, 9.11.2010, p. 1, 4, 10, 14 y 18). También el Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre los principios generales de la participación del Reino de Marruecos en los programas de la Unión (DOUE L 273, 19.10.2010, p. 1).

También se adoptaron decisiones relativas a la posición que deberá adoptar la Unión Europea, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social en el seno del Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo, por el que se establece una aso-

ciación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, y el Reino de Marruecos (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 1 y 2), y la República de Túnez (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 8 y 9), y la República Argelina Democrática y Popular (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 14 y 15), y el Estado de Israel (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 21 y 22).

Otras decisiones adoptadas son relativas a la posición que deberá adoptar la Unión Europea, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social, en el seno del Consejo de Estabilización y Asociación instituido por el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y la Antigua República Yugoslava de Macedonia (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 28 y 29), y la República de Croacia (DOUE L 306, 23.11.2010, p. 35 y 36).

También se adopta otra decisión sobre la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Consejo de Ministros ACP-CE con respecto a las medidas transitorias aplicables desde la fecha de la firma hasta la fecha de entrada en vigor del Acuerdo por el que se modifica por segunda vez el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 y modificado por primera vez en Luxemburgo el 25 de junio de 2005 (DOUE L 269, 13.10.2010, p. 1).

Se firma el Acuerdo por el que se modifica por segunda vez el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra parte, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, modificado por primera vez en Luxemburgo el 25 de junio de 2005 (DOUE L 287, 4.11.2010, p. 1 y 3).

Y finalmente se adoptaran dos reglamentos, uno por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1547/2007 en lo que se refiere a la ampliación del período transitorio para retirar a la República de Cabo Verde de la lista de países beneficiarios del régimen especial para los países menos desarrollados (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 14) y otro por el que se establece un período transitorio para retirar a la República de Maldivas de la lista de países beneficiarios del régimen especial para los países menos desarrollados, según lo establecido en el Reglamento (CE) no 732/2008 del Consejo, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 15).

XII. ENERGÍA

En Política de Energía también se celebran algunos tratados internacionales. Así, en el ámbito de la investigación sobre la energía de fusión, el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Gobierno de la República de la India (DOUE L 242, 15.09.2010, p. 25 y 26) y el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Gobierno de la República Federativa de Brasil (DOUE L 242, 15.09.2010, p. 33 y 34).

Se adopta normativa relativa a la comunicación a la Comisión de los proyectos de inversión en infraestructuras energéticas en la Unión Europea (DOUE L 248, 22.09.2010, p. 36) y sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas y por el que se deroga la Directiva 2004/67/CE del Consejo (DOUE L 295, 12.11.2010, p. 1) y se modifica el Reglamento (CE) no 663/2009, por el que se establece un programa de ayuda a la recuperación económica mediante la concesión de asistencia financiera comunitaria a proyectos del ámbito de la energía (DOUE L 346, 30.12.2010, p. 5).

Va a ser precisamente en el ámbito de la Energía, donde se va a aplicar por primera vez una de las novedades legislativas que aporta el Tratado de Lisboa: la legislación delegada. En este sentido, se van a adoptar los cuatro primeros reglamentos delegados, que complementan la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al etiquetado energético de los lavavajillas domésticos (DOUE L 313, 30.11.2010, p. 1), al etiquetado energético de los aparatos de refrigeración domésticos (DOUE L 313, 30.11.2010, p. 17), al etiquetado energético de las lavadoras domésticas (DOUE L 313, 30.11.2010, p. 47) y el que desarrolla la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo respecto del etiquetado energético de las televisiones (DOUE L 313, 30.11.2010, p. 64).

Por último, la Comisión formula una recomendación sobre la aplicación del artículo 37 del Tratado Euratom (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 36).

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

La realización y mantenimiento del mercado interior implica la armonización legislativa de amplios sectores del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, y en algunos casos, y referido a algunos productos, como los relacionados con la defensa, un régimen especial de control y autorización

previos para su libre circulación por el mercado interior ya que en este caso esa legislación nacional obedece a objetivos como son preservar los derechos humanos, la paz, la seguridad y la estabilidad por medio de sistemas de control estricto y de restricción de la proliferación de productos relacionados con la defensa y de su exportación a terceros países y a otros Estados miembros. Para garantizar la libre circulación de estos productos, permitiendo la protección de esos objetivos se adopta una directiva que modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la lista de productos relacionados con la defensa (DOUE L 308, 24.11.2010, p. 11).

En lo que se refiere a la protección de la salud humana en este contexto, se adopta normativa sobre la autorización o la denegación de autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 13), se deniegan autorizaciones de una declaración de propiedades saludables en los alimentos distinta de las que se refieren a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 18; DOUE L 326, 10.12.2010, p. 59; DOUE L 326, 10.12.2010, p. 61) y se modifica normativa referida a la farmacovigilancia de los medicamentos de uso humano, así se modifica el Reglamento (CE) no 726/2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos, y el Reglamento (CE) no 1394/2007 sobre medicamentos de terapia avanzada (DOUE L 348, 31.12.2010, p. 1) y la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DOUE L 348, 31.12.2010, p. 74).

Respecto a la protección de la salud de los animales, se adopta una directiva relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos (DOUE L 276, 20.10.2010, p. 33).

La salud alimentaria, que suele ser otro objetivo permanente en la realización del mercado interior, también es objeto de regulación, y en este sentido se modifica la Directiva 2008/84/CE, por la que se establecen criterios específicos de pureza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes (DOUE L 277, 21.10.2010, p. 17) y se modifican los anexos de la Directiva 95/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 22).

Respecto al etiquetado y presentación de los productos, otro sector de frecuente regulación en el mercado interior, se adopta un reglamento que modifica la Directiva 2007/68/CE por lo que se refiere a los requisitos de etiquetado de productos vitícolas (DOUE L 347, 31.12.2010, p. 27).

Pero es el sector de los obstáculos técnicos a los intercambios el que suele ser objeto de más numerosa normativa comunitaria. En este sector se adopta y modifica normativa sobre los requisitos para la homologación de tipo del emplazamiento y la instalación de las placas de matrícula traseras en los vehículos de motor y sus remolques y por el que se desarrolla el Reglamento (CE) no 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor; sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DOUE L 291, 9.11.2010, p. 22), los requisitos de homologación de tipo para los dispositivos de remolque de los vehículos de motor y por el que se aplica el Reglamento (CE) no 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor; sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DOUE L 291, 9.11.2010, p. 36), los requisitos de homologación de tipo en lo que se refiere a los limpiaparabrisas y lavaparabrisas de determinados vehículos de motor y por el que se aplica el Reglamento (CE) no 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor; sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DOUE L 292, 10.11.2010, p. 2) y los requisitos de homologación de tipo de los guardabarros de determinados vehículos de motor y por el que se aplica el Reglamento (CE) no 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor; sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DOUE L 292, 10.11.2010, p. 21). También se adopta una directiva por la que se modifican, para adaptar sus disposiciones técnicas, las Directivas 80/720/CEE y 86/297/CEE del Consejo y las Directivas 2003/37/CE, 2009/60/CE y 2009/144/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la homologación de tipo de los tractores agrícolas o forestales (DOUE L 238, 9.09.2010, p. 7).

Como suele ser habitual en el ámbito de la armonización normativa en relación con la realización del mercado interior, se adoptan numerosísimos reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU), sobre materias muy diversas: disposiciones uniformes relativas

a la homologación de vehículos de la categoría M2 o M3 en lo que respecta a sus características generales de construcción (DOUE L 255, 29.09.2010, p. 1), disposiciones uniformes sobre la homologación de vehículos de las categorías M, N y O con relación al frenado (DOUE L 257, 30.09.2010, p. 1), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de tractores agrícolas o forestales por lo que se refiere a la instalación de dispositivos de alumbrado y señalización luminosa (DOUE L 257, 30.09.2010, p. 197), prescripciones uniformes sobre la homologación de los neumáticos de los vehículos agrícolas y de sus remolques (DOUE L 257, 30.09.2010, p. 231), disposiciones uniformes relativas a la homologación de motores de combustión interna destinados a los tractores agrícolas o forestales y las máquinas móviles no de carretera con respecto a la medición de la potencia neta, el par neto y el consumo específico de combustible (DOUE L 257, 30.09.2010, p. 280), disposiciones uniformes sobre la homologación de lámparas de incandescencia para su utilización en faros homologados de vehículos de motor y de sus remolques (DOUE L 297, 13.11.2010, p. 1), disposiciones uniformes sobre la homologación de vehículos de las categorías M, N y O con relación al frenado (DOUE L 297, 13.11.2010, p. 183), prescripciones uniformes sobre la homologación de vehículos en lo relativo a la protección de los ocupantes de la cabina de un vehículo comercial (DOUE L 304, 20.11.2010, p. 21), disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos por lo que se refiere a sus equipos que pueden incluir una unidad de repuesto de uso provisional, neumáticos autoportantes y/o un sistema autoportante y/o un sistema de control de la presión de los neumáticos (DOUE L 310, 26.11.2010, p. 18).

En cuanto a la seguridad de los productos, se modifica, con vistas a su adaptación al progreso técnico, el Reglamento (CE) no 440/2008, por el que se establecen métodos de ensayo de acuerdo con el Reglamento (CE) no 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) (DOUE L 324, 9.12.2010, p. 13). Se adoptan igualmente dos decisiones, una por la que se establecen las clases de reacción al fuego para determinados productos de construcción en lo que respecta a las chapas de acero con revestimiento de poliéster y con revestimiento de plastisol (DOUE L 316, 2.12.2010, p. 39) y otra por la que se establecen las clases de reacción al fuego para determinados productos de construcción en lo que respecta a los productos de yeso fibroso de aplicación manual (DOUE L 316, 2.12.2010, p. 42).

En todos los sectores relacionados con el mercado interior suele ser frecuente la creación de distintos comités o grupos de expertos que asesoran a las Instituciones en las decisiones a adoptar. En este sentido, y en relación la su-

pervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea, se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (DOUE L 331, 15.12.2010, p. 1). Igualmente se crean una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea) (DOUE L 331, 15.12.2010, p. 12), una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) (DOUE L 331, 15.12.2010, p. 48), y una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados) (DOUE L 331, 15.12.2010, p. 84), y mediante la adopción de la Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, se modifican las Directivas 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2009/65/CE en relación con las facultades de la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) y la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados) (DOUE L 331, 15.12.2010, p. 120).

Finalmente se adopta una decisión relativa al reconocimiento del marco jurídico y de supervisión de Japón como equivalente a lo establecido en el Reglamento (CE) no 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las agencias de calificación crediticia [notificada con el número C(2010) 6418] (DOUE L 254, 29.09.2010, p. 46).

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En lo que se refiere a la cohesión económica, social y territorial, de la que la Política Regional es un importante elemento, se modifica el Reglamento (CE) no 1828/2006, que fija normas de desarrollo para el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, y el Reglamento (CE) no 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DOUE L 248, 22.09.2010, p. 1). Además se adopta un reglamento relativo a las contribuciones financieras de la Unión Europea al Fondo Internacional para Irlanda (2007-2010) (DOUE L 346, 30.12.2010, p. 1).

La normativa comunitaria respecto a las Redes Transeuropeas en el último cuatrimestre de 2010 comprende la celebración y aplicación provisional de un Acuerdo de Cooperación sobre un sistema de navegación por satélite entre

la Unión Europea y sus Estados miembros y el Reino de Noruega (DOUE L 283, 29.10.2010, p. 11 y 12).

A nivel de derecho derivado, se adopta un reglamento por el que se crea la Agencia del GNSS Europeo, se deroga el Reglamento (CE) no 1321/2004 del Consejo, relativo a las estructuras de gestión del programa europeo de radionavegación por satélite, y se modifica el Reglamento (CE) no 683/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 276, 20.10.2010, p. 11) y mediante la Decisión 2010/803/UE adoptada de común acuerdo entre los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 10 diciembre de 2010, se fija la sede de la Agencia del GNSS Europeo en Praga (DOUE L 342, 28.12.2010, p. 15).

La Comisión adopta también una recomendación relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA) (DOUE L 251, 25.09.2010, p. 35).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En Política Medioambiental se celebran dos tratados internacionales, el Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo al Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 1) y el Protocolo adicional relativo al Acuerdo de cooperación para la protección de las costas y de las aguas del Atlántico del Nordeste contra la polución (DOUE L 285, 30.10.2010, p. 1).

En cuanto al derecho derivado en la materia, se adopta normativa que modifica el Reglamento (CE) no 1418/2007, relativo a la exportación, con fines de valorización, de determinados residuos a determinados países no miembros de la OCDE (DOUE L 250, 24.09.2010, p. 1).

El control de las emisiones de gases y productos contaminantes para la atmósfera también es objeto de regulación, y se adopta un reglamento sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad (DOUE L 302, 18.11.2010, p. 1) y una directiva sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación) (DOUE L

334, 17.12.2010, p. 17). También se adapta la cantidad de derechos de emisión que deben expedirse para el conjunto de la Unión en 2013 de conformidad con el régimen de la Unión y se deroga la Decisión 2010/384/UE (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 34) y se modifica la Decisión 2006/944/CE por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kioto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE del Consejo (DOUE L 332, 16.12.2010, p. 41).

En esta materia se adopta igualmente una decisión por la que se establecen los criterios y las medidas aplicables a la financiación de proyectos comerciales de demostración destinados a la captura y al almacenamiento geológico de CO₂, en condiciones de seguridad para el medio ambiente, así como de proyectos de demostración de tecnologías innovadoras de energía renovable, al amparo del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad establecido por la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 290, 6.11.2010, p. 39).

También se procede a la adopción de reglamentos, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión no 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 270, 14.10.2010, p. 1) y sobre el seguimiento y la presentación de datos relativos a la matriculación de los turismos nuevos de conformidad con el Reglamento (CE) no 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 293, 11.11.2010, p. 15).

En cuanto a las normas relativas al diseño y etiquetado de los productos, se adopta normativa que desarrolla la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo respecto de los requisitos de diseño ecológico aplicables a las lavadoras domésticas (DOUE L 293, 11.11.2010, p. 21) y respecto de los requisitos de diseño ecológico aplicables a los lavavajillas domésticos (DOUE L 293, 11.11.2010, p. 31). Se establecen también las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera (DOUE L 295, 12.11.2010, p. 23) y de conformidad con la Directiva 2006/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las normas relativas al etiquetado de la capacidad de las pilas y acumuladores portátiles secundarios (recargables) y de automoción (DOUE L 313, 30.11.2010, p. 3).

Respecto a la protección del medio marino, se adoptan decisiones sobre los criterios y las normas metodológicas aplicables al buen estado medioam-

biental de las aguas marinas (DOUE L 232, 2.09.2010, p. 14) y sobre los criterios aplicables para que los buques de transporte de gas natural licuado empleen métodos tecnológicos como alternativa a la utilización de combustibles de uso marítimo con un bajo contenido de azufre que cumplan los requisitos del artículo 4 ter de la Directiva 1999/32/CE del Consejo, relativa a la reducción del contenido de azufre de determinados combustibles líquidos, modificada por la Directiva 2005/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo (DOUE L 328, 14.12.2010, p. 15).

En las acciones de Protección de la Salud, se modifican los anexos VII, X y XI del Reglamento (CE) no 1774/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano (DOUE L 237, 8.09.2010, p. 1) y se modifica la Decisión 2004/277/CE, Euratom en lo que se refiere a las normas de aplicación de la Decisión 2007/779/CE, Euratom del Consejo, por la que se establece un mecanismo comunitario de protección civil (DOUE L 236, 7.09.2010, p. 5).

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

En las acciones sobre Información, la actividad se centra, como viene siendo habitual en los últimos años, en la elaboración de estadísticas comunitarias sobre diversas materias, y esta tendencia continúa. Se elabora nueva normativa sobre estadísticas comunitarias de la sociedad de la información (DOUE L 246, 18.09.2010, p. 1), sobre estadísticas relativas a la formación profesional en las empresas, en lo relativo a los datos que deben recogerse, el muestreo y los requisitos de precisión y calidad (DOUE L 246, 18.09.2010, p. 18), sobre la producción y al desarrollo de estadísticas sobre educación y aprendizaje permanente, por lo que se refiere a las estadísticas sobre la participación de los adultos en el aprendizaje permanente (DOUE L 246, 18.09.2010, p. 33), sobre las estadísticas sobre residuos (DOUE L 253, 28.09.2010, p. 2), sobre las estadísticas sobre energía, en lo referente al establecimiento de un conjunto de estadísticas nucleares anuales y a la adaptación de las referencias metodológicas con arreglo a la NACE Rev. 2 (DOUE L 258, 30.09.2010, p. 1), sobre la relación estadística del transporte marítimo de mercancías y pasajeros (DOUE L 325, 9.12.2010, p. 1), sobre las estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC) en lo referente a la lista correspondiente a 2012 de variables objetivo secundarias relativas a las condiciones de la vivienda

(DOUE L 326, 10.12.2010, p. 3). También se establece un marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos, en lo que respecta al intercambio de datos confidenciales entre la Comisión (Eurostat) y los bancos centrales (DOUE L 312, 27.11.2010, p. 1). Se modifican los criterios de calidad y a los informes de calidad para las estadísticas de balanza de pagos (DOUE L 336, 21.12.2010, p. 15) y se aplica el Reglamento (CE) no 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los censos de población y vivienda, en lo que respecta a las modalidades y la estructura de los informes sobre la calidad y al formato técnico para la transmisión de los datos (DOUE L 324, 9.12.2010, p. 1).

En el ámbito de la Cultura, se designa la Capital Europea de la Cultura 2015 en Bélgica, a Mons (DOUE L 322, 8.12.2010, p. 42).

Y en la Política de la Juventud se procede a la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza, por el que se establecen las condiciones para la participación de la Confederación Suiza en el Programa «La juventud en acción» y en el Programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente (2007-2013) (DOUE L 322, 8.12.2010, p. 1).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En Ciencia e Investigación y Desarrollo Tecnológico, se procede a la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de cooperación científica y técnica entre la Unión y el Gobierno de las Islas Feroe, por el que se asocia a las Islas Feroe al Séptimo Programa Marco de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración de la Unión (2007-2013) (DOUE L 245, 17.09.2010, p. 1 y 2) y se decide la participación de la Unión en el Programa Conjunto de Investigación y Desarrollo sobre el Mar Báltico (BONUS) emprendido por varios Estados miembros (DOUE L 256, 30.09.2010, p. 1). También se modifica la Decisión C(2007) 2286 sobre la adopción de las normas del CEI para la presentación de propuestas y los procedimientos conexos de evaluación, selección y adjudicación para acciones indirectas en el marco del programa específico Ideas del séptimo programa marco (2007-2013) (DOUE L 327, 11.12.2010, p. 51).

En el ámbito del Espacio, modifica el Reglamento (CE) no 976/2009 en lo que se refiere a los servicios de descarga y a los servicios de transformación (DOUE L 323, 8.12.2010, p. 1) y se aplica la Directiva 2007/2/CE del Par-

lamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la interoperabilidad de los conjuntos y los servicios de datos espaciales (DOUE L 323, 8.12.2010, p. 11).

En lo que se refiere a Protección de la Propiedad Intelectual e Industrial, en aplicación de la normativa comunitaria, se inscriben diversas denominaciones españolas en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas. Así Los Pedroches (DOP) (DOUE L 233, 3.09.2010, p. 7), Queso de Flor de Guía/Queso de Media Flor de Guía/Queso de Guía (DOP) (DOUE L 234, 4.09.2010, p. 3), Estepa (DOP) Aceites y grasas (DOUE L 266, 9.10.2010, p. 52), Pimiento de Gernika o Gernikako Piperria (IGP) (DOUE L 315, 1.12.2010, p. 18), Melón de La Mancha (IGP) (DOUE L 327, 11.12.2010, p. 28) y Montoro-Adamuz (DOP) aceites y grasas (DOUE L 335, 18.12.2010, p. 32).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de algunos Derechos Fundamentales centra la actividad en este epígrafe, y así se adopta una decisión de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuada protección de los datos personales en Andorra (DOUE L 277, 21.10.2010, p. 27), y otra relativa a la participación de Croacia en calidad de observador en los trabajos de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y a las modalidades para ello (DOUE L 279, 23.10.2010, p. 68).

El Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, adoptan una resolución relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad (DOUE C 316, 20.11.2010, p. 1).

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

Como es natural, la realización de la Política Exterior y de Seguridad Común comporta la celebración de tratados internacionales entre la Unión Europea y otros sujetos de Derecho Internacional, ya sean terceros Estados u Or-

ganizaciones Internacionales. En este cuatrimestre, se puede señalar el Acuerdo entre la Unión Europea y Montenegro sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada (DOUE L 260, 2.10.2010, p. 1 y 2) y el Acuerdo entre la Unión Europea y la República Islámica de Afganistán sobre el Estatuto de la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN) (DOUE L 294, 12.11.2010, p. 1 y 2).

El control de la piratería marítima en el Océano Índico sigue preocupando a la UE, y se adopta una decisión que modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (DOUE L 327, 11.12.2010, p. 49).

Por otra parte, la constante colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas, en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, lleva a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se adoptan medidas restrictivas contra Somalia (DOUE L 322, 8.12.2010, p. 2), Costa de Marfil (DOUE L 298, 16.11.2010, p. 1; DOUE L 285, 30.10.2010, p. 28; DOUE L 341, 23.12.2010, p. 45), la República Democrática del Congo (DOUE L 336, 21.12.2010, p. 30), la República de Guinea (DOUE L 280, 26.10.2010, p. 110), Irán (DOUE L 281, 27.10.2010, p. 1; DOUE L 281, 27.10.2010, p. 81), la República Popular Democrática de Corea (DOUE L 341, 23.12.2010, p. 15; DOUE L 341, 23.12.2010, p. 32), Sierra Leona (DOUE L 292, 10.11.2010, p. 39).

La aplicación de las citadas Resoluciones de Naciones Unidas, lleva también a establecer medidas restrictivas a otras entidades, grupos terroristas y personas implicadas en actividades contrarias a la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, así se imponen medidas restrictivas específicas dirigidas contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L 341, 23.12.2010, p. 11), contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L 253, 28.09.2010, p. 54), contra determinados funcionarios de Belarús (DOUE L 280, 26.10.2010, p. 118), y se siguen modificando reiteradamente los reglamentos que imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes (DOUE L 234, 4.09.2010, p. 11; DOUE L 253, 28.09.2010, p. 46; DOUE L 268,

12.10.2010, p. 21; DOUE L 290, 6.11.2010, p. 33; DOUE L 296, 13.11.2010, p. 13; DOUE L 322, 8.12.2010, p. 4; DOUE L 322, 8.12.2010, p. 6; DOUE L 333, 17.12.2010, p. 45).

En relación con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), la Unión Europea continúa adoptando diversas medidas de apoyo al mismo, como la Decisión 2010/603/PESC del Consejo, de 7 de octubre de 2010, sobre otras medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) (DOUE L 265, 8.10.2010, p. 15).

En cuanto a las distintas Misiones organizadas por la Unión Europea, respecto a las Misiones de Policía, se regulan o modifican las relativas a la Misión de Policía de la Unión Europea en el marco de la reforma del sector de la seguridad (RSS) y su interrelación con la justicia en la República Democrática del Congo (EUPOL RD Congo) (DOUE L 254, 29.09.2010, p. 33), la Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos (DOUE L 318, 4.12.2010, p. 44; DOUE L 335, 18.12.2010, p. 60; DOUE L 338, 22.12.2010, p. 49) y la Misión de Policía de la Unión Europea (MPUE) en Bosnia y Herzegovina (BA) (DOUE L 320, 7.12.2010, p. 110). Respecto a las Misiones de la Unión Europea por el Estado de Derecho, se regulan en Kosovo, EULEX KOSOVO (DOUE L 272, 16.10.2010, p. 19) y por último, la Misión de asesoramiento y asistencia de la Unión Europea en materia de reforma del sector de la seguridad en la República Democrática del Congo (EUSEC RD Congo) (DOUE L 248, 22.09.2010, p. 59).

En el sector de ayudas a terceros Estados, se concede una ayuda macrofinanciera a la República de Moldova (DOUE L 277, 21.10.2010, p. 1).

Respecto al control y reducción de armamentos, se adoptan decisiones sobre el apoyo a las actividades del OIEA en los ámbitos de la seguridad y la verificación nucleares y en el marco de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 259, 1.10.2010, p. 10), sobre la acción de la UE para hacer frente al tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) por vía aérea (DOUE L 327, 11.12.2010, p. 44) y para respaldar un proceso de creación de un clima de confianza que lleve a la instauración de una zona sin armas de destrucción masiva y sus vectores en Oriente Próximo, en apoyo de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 341, 23.12.2010, p. 27).

Por último se adopta una decisión relativa a la acogida temporal por los Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos, para prorrogar sus permisos de estancia en los mismos (DOUE L 303, 19.11.2010, p. 13).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se pueden señalar en primer lugar, los Tratados internacionales celebrados en la materia. Así, el Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y el anexo del mismo (DOUE L 238, 9.09.2010, p. 1), el Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein, por otra, sobre las modalidades de participación de estos Estados en la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L 243, 16.09.2010, p. 2 y 4), el Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein, por otra, sobre las modalidades de participación de estos Estados en la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L 243, 16.09.2010, p. 66), el Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre asistencia judicial en materia penal (DOUE L 271, 15.10.2010, p. 3), el Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa del Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales (DOUE L 273, 19.10.2010, p. 2) el Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa del Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios (DOUE L 275, 20.10.2010, p. 3), el Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 308, 24.11.2010, p. 1), Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 286, 4.11.2010, p. 50 y 52) y el Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal (DOUE L 294, 12.11.2010, p. 9).

En relación con la necesidad de visados para nacionales de terceros Estados, se modifica el Reglamento (CE) no 539/2001 del Consejo, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L 339, 22.12.2010, p. 6; DOUE L 329, 14.12.2010, p. 1).

En lo que se refiere al Acuerdo de Schengen, se acepta la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen en lo que se refiere al establecimiento de una Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE L 333, 17.12.2010, p. 58).

En el ámbito de la libertad de circulación, mediante decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, se fija la sede de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, en la capital de Malta, La Valeta (DOUE L 324, 9.12.2010, p. 47) y se amplía la aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (por los seguros sociales a los nacionales de terceros Estados residentes legales en la UE, que afectan a más de un Estado miembro) (DOUE L 344, 29.12.2010, p. 1).

Por último, en los ámbitos referidos a la justicia, se regula la primera cooperación reforzada, establecida en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (DOUE L 343, 29.12.2010, p. 10) y se adopta una directiva relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DOUE L 280, 26.10.2010, p. 1).

Disposiciones generales de la Comunidad Autónoma Andaluza*

Decreto 368/2010, de 7 de septiembre, que aprueba el Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza 2010–2013 (BOJA núm. 187, de 23 de septiembre).

El Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 29 de diciembre de 2009, y formuló un nuevo Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza, fruto del VII Acuerdo de Concertación Social adoptado en noviembre de 2009, debido a que el anterior Plan, diseñado para el período 2007–2010, alcanzó sus objetivos en 2009. Esta circunstancia ha determinado la aprobación por Decreto 368/2010 del IV Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza (2010–2013).

El nuevo Plan propone como principales metas crear más empleos vinculados a la actividad exterior; aumentar las firmas exportadoras y situar a Andalucía entre las seis primeras Comunidades Autónomas en cuanto a inversiones en el extranjero (actualmente es la décima). En coherencia con esta ampliación de objetivos, se duplica el presupuesto del Plan 2006–2009 (116 millones) y se implica en el desarrollo de los proyectos previstos a las ocho consejerías de la Junta de mayor perfil económico. El plan se compone de 61 programas distribuidos entre cinco grandes ejes estratégicos. El de mayor dotación, 137,86 millones de euros, corresponde a las medidas de impulso a la innovación y competitividad de las empresas que ya han comenzado su andadura internacional (16.663 firmas exportadoras que operan en 197 países). Los programas previstos en este bloque plantean también aumentar de 4.000 a 5.000 la cifra de las empresas que exportan de forma regular, así como incrementar en un 40% el valor de las ventas al exterior para alcanzar los 20.000 millones de euros en 2013.

* Sección elaborada por Juan Antonio CARRILLO DONAIRE. Comprende las leyes, disposiciones generales con rango de Ley y las disposiciones administrativas más importantes aprobadas por la Junta de Andalucía en el último cuatrimestre de 2010 (septiembre–diciembre).

Decreto 369/2010, de 7 de septiembre, que aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Minerales de Andalucía 2010–2013 (BOJA núm. 187, de 23 de septiembre).

El Plan de Ordenación de los Recursos Minerales de Andalucía es el instrumento que orienta estratégicamente las actividades de investigación y explotación de los recursos minerales en el territorio andaluz. Este nuevo Plan recoge 64 acciones repartidas en cuatro grandes ejes: el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial; la integración ambiental; la modernización de los servicios públicos relacionados con el sector, y la formación, cualificación y seguridad de sus trabajadores. Las iniciativas para desarrollar estos objetivos se siguen canalizando a través de las líneas de apoyo del Plan Andaluz de Desarrollo Industrial 2008–2013 para la mejora de la competitividad de la industria andaluza. Durante 2008 y 2009, la Junta ha incentivado ya con 45 millones de euros 229 proyectos de actividad extractiva y de primera transformación, que han generado una inversión de 191 millones de euros.

Decreto 371/2010, de 14 de septiembre, que aprueba el Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía y se modifica el Reglamento de Prevención y Lucha contra los Incendios Forestales aprobado por el Decreto 247/2001, de 13 de noviembre (BOJA núm. 192, de 30 de septiembre).

El Decreto 108/1995, de 2 de mayo, aprobó el Plan de Lucha contra los Incendios Forestales en la Comunidad Autónoma de Andalucía (Plan INFOCA), cuyo objeto era hacer frente a los incendios forestales y a las emergencias que, como consecuencia de éstos, se produjeran en el territorio andaluz, estableciéndose a tal fin la organización y procedimientos de actuación de los medios y servicios propios de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades dependientes y de aquellos que sean asignados a este propósito por otras Administraciones Públicas y Entidades u Organizaciones de carácter público o privado. Posteriormente, se elaboró la Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y Lucha contra los Incendios Forestales, con el objeto de defender los montes o terrenos forestales frente a los incendios y proteger a las personas y los bienes por ellos afectados, promoviendo la adopción de una política activa de prevención, la actuación coordinada de todas las Administraciones en materia de prevención y lucha contra los incendios forestales y la restauración de los terrenos incendiados, así como el entorno y medio natural afectado.

Este nuevo Decreto aborda de manera interrelacionada la gestión de incendios forestales y las situaciones de riesgo para personas y bienes. A tal fin,

aprueba el Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía, elaborado por las Consejerías competentes en materia de emergencias y protección civil y en materia forestal, regulando estructura organizativa y los procedimientos de intervención para la extinción del incendios forestales, así como para la protección de las personas y bienes de naturaleza no forestal que pudieran verse afectados por dichos incendios. El Plan se estructura en siete Capítulos, además de un Apéndice en el que se relacionan los municipios andaluces que, de manera total o parcial, están incluidos en zonas de peligro, afectados por el riesgo de incendios forestales, que tienen la obligación de elaborar, actualizar y revisar su correspondiente Plan Local de Emergencia por Incendios Forestales.

Decreto 382/2010, de 13 de octubre, que regula los centros integrados de Formación Profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para adecuarlo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (BOJA núm. 211, de 28 de octubre).

Esta modificación del Decreto regulador de los centros integrados de Formación Profesional tiene como objetivo eliminar la doble autorización que se exigía a los privados para su apertura y funcionamiento de estos centros para adecuarlos a la Directiva 2006/123/CE, de modo que sólo sea preciso solicitar el permiso a una de las dos Consejerías competentes en la materia, Educación o Empleo.

Decreto 387/2010, de 19 de octubre, Reglamento de marisqueo en el litoral (BOJA núm. 214, de 3 de noviembre).

La norma tiene como novedad la creación de una licencia específica para la modalidad de marisqueo denominada de fines productivos (instalaciones de acuicultura), que se suma a las tres actuales de carácter extractivo (marisqueo a pie, desde embarcaciones y por inmersión). Igualmente novedosa es la previsión de que la flota marisquera del Mediterráneo se integre, antes del 31 de diciembre de 2011, en el Sistema de Localización y Seguimiento de Embarcaciones Pesqueras Andaluzas, que hasta ahora se venía aplicando en el Golfo de Cádiz. Este dispositivo, desarrollado por la Consejería de Agricultura y Pesca, permite conocer en cada momento dónde y qué está haciendo la flota, así como controlar el cumplimiento de las restricciones establecidas en zonas protegidas. Además, permite disponer de información adecuada para asegurar una gestión sostenible de los recursos e incorpora mecanismos de alerta que facilita la inmediata conexión con los servicios de emergencias y salvamento marino.

Junto a ello, el Decreto regula los planes de marisqueo vinculados a zonas y caladeros, en la misma línea de los que ya se vienen desarrollando para otras pesquerías. Estos planes, elaborados conjuntamente a propuesta del sector y a partir de estudios y diagnósticos sobre la situación de los recursos, incluyen normas de calendario, jornadas, periodos de vedas y tipos de arte permitidos y sus características, entre otros aspectos. La norma también abre la posibilidad de que los acuicultores puedan, además de adquirir las semillas en los establecimientos acreditados, autoabastecerse directamente de las obtenidas en el mar. Esta autorización, por dos años renovables según la disponibilidad de recursos, se concederá prioritariamente a aquellos profesionales que acrediten mayor experiencia en las actividades de pesca marítima profesional y marisqueo. Finalmente, se recogen las artes permitidas y sus características para todas las modalidades, que en el caso de las embarcaciones se limitan a la draga hidráulica, al rastro remolcado y al mecanizado.

Es oportuno dejar constancia que el sector marisquero andaluz está integrado por cerca de 500 empresas y profesionales registrados en las provincias de Huelva y Cádiz y casi 400 embarcaciones distribuidas entre los caladeros del Mediterráneo y Golfo de Cádiz. Asimismo se dejará constancia de la aprobación del Decreto 396/2010, de 2 de noviembre, de medidas para la recuperación de la anguila europea.

Decreto 338/2010, de 19 de octubre, de régimen de acceso y traslado de personas en situación de dependencia a plazas de centros residenciales y centros de día y de noche (BOJA núm. 220, de 11 de noviembre de 2010).

La Junta de Andalucía gestiona una gran cantidad de solicitudes, valoraciones, personas beneficiarias (173.000) y prestaciones (225.000) en aplicación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, desarrollado en los últimos años a raíz de la Ley estatal de Dependencia de 2006. En estos dos últimos parámetros, beneficiarios y prestaciones, Andalucía concentra el 30% del total nacional, casi el doble de su peso poblacional (17%). Actualmente funcionan en Andalucía 551 centros residenciales de atención a la dependencia financiados por la Administración autonómica, con un total de 29.950 plazas, así como 634 centros de día y de noche, con 18.850 plazas. Desde que se puso en marcha el Sistema de Atención a la Dependencia en 2007, la media anual de creación de nuevas plazas ha sido de 5.000. Teniendo en cuenta estos datos, era preciso regular el acceso y traslado a los centros residenciales y centros de día y de noche en sustitución del obsoleto Decreto originario de 1990.

De acuerdo con la nueva norma, el ingreso de acompañamiento puede ser solicitado por cualquier pariente con relación de consanguinidad hasta el segundo grado, siempre que exista una plaza vacante y que la petición sea expresamente recomendada en el programa individual de atención diseñado para la persona dependiente. En cuanto al régimen general de acceso, se establecen como requisitos básicos el reconocimiento oficial de la situación de dependencia de la persona solicitante y la prescripción del servicio en su programa individual de atención. Asimismo, se exige que el futuro beneficiario no reciba atención sanitaria de hospitalización en el momento del ingreso y que manifieste su voluntad de acceder a la plaza mediante sendos documentos de declaración responsable y aceptación expresa de las condiciones. Para las personas que acceden por primera vez, se fija un período de cuatro meses de adaptación. Los usuarios tienen derecho a reserva de plaza en los casos de atención sanitaria de hospitalización, ausencia voluntaria con un límite anual de treinta días naturales y realización de un trabajo temporal o de un curso de formación para el empleo. Entre los motivos de baja se incluyen todos aquellos derivados del desarrollo del programa individual de atención a la dependencia, que pueden ir desde la asignación de otros servicios asistenciales a la extinción de los mismos. De igual modo, se prevén episodios de impago, ocultación o falseamiento de datos y ausencia voluntaria más allá del plazo fijado. Respecto a los traslados, los criterios fundamentales tenidos en cuenta son la proximidad geográfica, la existencia de otro centro más idóneo para las necesidades específicas del solicitante y la no superación del periodo de adaptación tras el ingreso por primera vez. El procedimiento de traslado puede ser iniciado tanto por el propio centro como por la persona usuaria o quien ostente su representación y guarda de hecho.

Ley 10/2010, de 15 de noviembre, de medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo (BOJA núm. 230, de 24 de noviembre de 2010).

El Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce y configura como un principio rector de las políticas públicas la atención a las víctimas de delitos, especialmente las derivadas de actos terroristas. Las instituciones andaluzas tienen el deber de reconocer públicamente a las víctimas de tales actos, de velar por su protección y bienestar, y de asistirles en aquellas necesidades que hayan podido verse agravadas por los mismos.

Conforme a lo anterior y en cumplimiento de las previsiones del Estatuto de Autonomía, mediante la presente Ley se quiere rendir tributo a cuantos han sufrido la violencia terrorista. Asimismo, la norma viene a completar las ac-

tuaciones del Estado en determinados supuestos y a realizar actuaciones específicas en cuanto devienen de las competencias y funciones que le son propias mediante la adopción de medidas asistenciales y económicas destinadas a atender las especiales necesidades de las personas físicas y jurídicas. Se trata, en definitiva, de reparar a los afectados por actos terroristas, plasmando la solidaridad con las víctimas del terrorismo.

La Ley consta de seis capítulos, veintiocho artículos, cuatro disposiciones adicionales, una transitoria y dos finales. El Capítulo I establece las disposiciones de carácter general, tales como el objeto, clases de medidas, beneficiarios, requisitos para la concesión de las ayudas, naturaleza de las medidas y organización y principios del procedimiento. En el Capítulo II se regulan las indemnizaciones por daños físicos o psíquicos, así como las reparaciones por daños materiales e indemnizaciones por situación de dependencia. En el Capítulo III se describen las prestaciones asistenciales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ejercicio de las materias que le son propias en los ámbitos sanitario, psicológico, psicosocial, psicopedagógico, educativo, de empleo y de vivienda. El Capítulo IV se refiere al reconocimiento de honores y distinciones por la Comunidad Autónoma a las víctimas del terrorismo y a las instituciones o entidades que se hayan distinguido por su lucha y sacrificio contra el mismo. El Capítulo V se ocupa de la regulación de las medidas a implementar en materia de empleo público. Por último, el Capítulo VI prevé la concesión de subvenciones a las asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones sin ánimo de lucro cuyo objeto principal sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas y afectados.

Decreto 397/2010, de 2 de noviembre, del Plan Director Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019 (BOJA núm. 231, de 25 de noviembre).

El Decreto distribuye sus medidas entre cuatro grandes programas: prevención; gestión; seguimiento y control, y concienciación, difusión y comunicación. De estos cuatro bloques, el referido a gestión es el que concentra el grueso de las inversiones, con un total de 2.144,4 millones de euros. Sus proyectos previstos consolidan la estrategia de primar la preparación del residuo para su reutilización, reciclado y valorización energética, y dejar el depósito en vertederos como última opción. Para mejorar los niveles de reutilización y completar las infraestructuras, el Plan Director recoge entre sus principales novedades la construcción en cada provincia de una planta de valorización de residuos para su aprovechamiento en la producción de energía. Actualmente esta actividad se realiza parcialmente en algunas instalaciones, pero no existe ninguna dedicada íntegra-

mente a la generación de energía. Un impulso similar experimenta la red andaluza de “puntos limpios”, espacios que funcionan como centros de acopio para hacer posible la recogida y el posterior tratamiento de los residuos específicos, fundamentalmente vehículos y enseres domésticos abandonados, escombros y residuos biológicos y sanitarios. En este ámbito, se plantea ampliar la actual dotación de 163 puntos fijos y 4 móviles hasta los 268 fijos y 34 móviles, además de prever otros 139 adicionales para cubrir las necesidades de los municipios mayores de 5.000 habitantes. Asimismo, está prevista la construcción de tres nuevas plantas de recuperación y compostaje, que se suman a las 23 actuales, así como dos nuevos vertederos de apoyo a estas instalaciones (ahora hay 22).

Respecto a las denominadas plantas de transferencia, encargadas de canalizar las basuras hacia estos centros de tratamiento, se prevé una dotación total de 69 (ahora funcionan 61, frente a las 44 de 1999). De igual modo se completa la red de plantas de clasificación, instalaciones donde se separan los componentes de los residuos para facilitar el posterior aprovechamiento. El Plan prevé una dotación definitiva de 30 plantas, una más que en la actualidad. En el apartado de mejora de la recogida selectiva, se presta especial atención a la materia orgánica biodegradable.

En el apartado de prevención, dirigido a reducir al máximo la producción de residuos, la principal novedad es la creación de la Oficina Andaluza de Minimización. Asimismo, se llevarán a cabo programas de fomento del uso de materiales reciclados y de sustitución de las bolsas de plástico no biodegradables.

El tercero de los cuatro grandes bloques, denominado de seguimiento y control, recoge medidas para reforzar la seguridad de las instalaciones de tratamiento y establece un nuevo sistema de captación de datos de producción y gestión de residuos.

Por último, en el programa de concienciación, difusión y comunicación se fijan las medidas para fomentar la educación, la participación social y la formación en el ámbito de las empresas, especialmente dirigida a minimizar la generación de residuos.

Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, regula los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía (BOJA núm. 251, de 27 de diciembre de 2010).

El Decreto introduce como principal novedad la creación de una línea de consulta directa ante situaciones de conflicto ético que se produzcan en el ám-

bito de la asistencia pública o privada. La nueva red de órganos de ética está formada por el Comité de Bioética de Andalucía; el Comité Coordinador de Ética de la Investigación Biomédica de Andalucía; los Comités de Ética Asistencial de Centros Sanitarios; y los Comités de Ética de la Investigación de Centros que realicen Investigación Biomédica. Otros órganos regidos por su normativa específica, como el Comité de Investigación con Preembriones Humanos, la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción, y el Comité de Investigación en Reprogramación Celular quedan excluidos del ámbito de aplicación. La creación de los Comités de Ética Asistencial de Centros Sanitarios, tanto públicos como privados pretende conseguir el asesoramiento a pacientes, usuarios, profesionales sanitarios y equipos directivos en la prevención y resolución de los conflictos éticos en el ámbito de la asistencia. Estos Comités no pueden emitir decisiones vinculantes pero sí realizar recomendaciones ante determinadas situaciones, como el rechazo a la aplicación de un tratamiento o ante dudas sobre la aplicación de la voluntad vital anticipada, entre otros supuestos.

Por su parte, el Comité Coordinador de Ética de la Investigación Biomédica de Andalucía sustituye al Autonómico de Ensayos Clínicos, constituido por doce miembros, es el encargado de emitir informes sobre la investigación realizada con personas o sobre su material biológico y establecer procedimientos homogéneos y criterios de evaluación, así como coordinar el trabajo desarrollado por los diferentes Comités de Ética de la Investigación en los centros. Finalmente, los Comités de Ética de la Investigación de Centros que realicen Investigación Biomédica tienen funciones similares a las del Comité Coordinador, pero en un ámbito de actuación circunscrito a los centros.

Los órganos y Comités de ética previstos tienen como finalidad ofrecer respuestas a la sensibilización social en el contexto sanitario en temas como la dignidad de las personas en el proceso final de la vida, el respeto a la autonomía del paciente o las inquietudes que puedan suscitar determinados avances en las prácticas biomédicas. Se adivina en esta norma, pro tanto, un intento de canalizar e institucionalizar respuestas sobre cuestiones en las que no puede obviarse la polémica desatada por un sector de los profesionales de la sanidad frente a las últimas reformas legislativas en este orden de problemas.

Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio (BOJA núm. 255, de 31 de diciembre).

La presión política, sindical y el conflicto laboral desatado por los funcionarios frente al Decreto-Ley de 27 de julio, de medidas urgentes en materia de

reordenación del sector público (del que dimos cuenta en la anterior entrega de esta sección) forzó que, a principios de noviembre, la Junta de Andalucía se viese obligada a negociar la reforma del que ya se conocía popularmente como “decretazo”. La reforma se pactó con los dos sindicatos mayoritarios, UGT y CCOO, para reformar los aspectos más polémicos de la norma, pero contó con la oposición de los minoritarios y un sector importante del funcionariado, que siguieron pidiendo la retirada de la medida. Fruto de las mencionadas negociaciones es el Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, que en el momento de su convalidación parlamentaria a finales de año inició su tramitación como proyecto de Ley y que finalmente ha sido aprobado como Ley 1/2011, de 17 de febrero.

La pretensión principal de esta medida correctora es precisar el régimen de integración del personal, tanto funcionario como laboral, en las Agencias públicas empresariales y de régimen especial intentando paliar los miedos sindicales antes apuntados. Respecto a los funcionarios, la norma subraya el carácter voluntario de su incorporación y garantiza la aplicación del Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía. En el caso de que se integren como personal laboral, quedan en la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz. Cuando reingresen al servicio activo, les será reconocido el trabajo desarrollado en las agencias para los concursos de méritos y también a efectos de reconocimiento de trienios. De igual modo, la reforma garantiza la voluntariedad de la integración del personal laboral de la Administración General en las agencias. Por su parte, el personal laboral de las entidades instrumentales que se extinguen o transforman se integrará en las nuevas agencias resultantes de estos procesos. Para adquirir, en su caso, la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General, estos trabajadores deben participar en las pruebas selectivas de acceso libre que se convoquen. En cuanto a la Agencia Andaluza del Agua, extinguida como consecuencia del Decreto-Ley de julio (por absorción de Egmasa), sus empleados –uno de los colectivos más batalladores contra la medida– se integrarán en la estructura de la Consejería de Medio Ambiente, previa negociación de las condiciones en la Mesa General de la Función Pública.

Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 255, de 31 de diciembre).

Las cuentas andaluzas del próximo ejercicio ascienden a un total de 31.682,2 millones de euros, por lo que decrecen por segundo año consecutivo

(un 6,4% frente a 2010). La Ley pretende consolidar así el esfuerzo de contención del gasto, aunque no renuncia a unas limitadas previsiones de crecimiento para 2011 del 1,3% del PIB en términos reales (similar al estimado para la economía española), al tiempo que prevé un aumento de la ocupación del 0,8% y un 0,9% de la productividad. El compromiso con la estabilidad presupuestaria alcanzado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera supone una reducción de los ingresos financieros y del déficit máximo autorizado, que pasa del 2,65 al 1,3%.

Analizando el estado de ingresos, de los 31.682,2 millones presupuestados, 27.930,7 millones de euros corresponderán a ingresos no financieros, que experimentan un descenso del 1,2 por ciento respecto a 2010. Dentro de este capítulo, y como consecuencia de la mayor autonomía financiera derivada de la aplicación del nuevo sistema de financiación autonómica, se prevé un incremento del 94,2% en los ingresos por tributos propios (575,6 millones de euros). Los ingresos por el nuevo sistema de financiación se elevan a 18.481,2 millones de euros, lo que supone un aumento del 1,6%; mientras que los procedentes del Fondo de Compensación Interterritorial descienden un 37,1%, en línea con la reducción de la cuantía global del Fondo (36,8 por ciento). El estado de ingresos no financieros se completa con los relativos a fondos europeos, que alcanzan los 2.773,6 millones de euros (un 1,9 por ciento más que en el presente ejercicio) y con las transferencias finalistas y otros, que bajan un 12 por ciento y suponen un total de 5.825,3 millones.

En cuanto a los ingresos procedentes de operaciones financieras, el Presupuesto consigna una reducción del 31,4 por ciento, debida en buena parte a la caída del endeudamiento neto, que se sitúa en los 2.239,2 millones de euros y se reduce en un 44,5% (1.800 millones menos que en 2010). La partida de ingresos financieros incorpora también otros 1.179,2 millones correspondientes a deuda pública destinada a la amortización, que sube un 14,3 por ciento, así como 333,1 millones de euros por otros ingresos financieros (un 17,5% menos).

En el capítulo de gasto destaca la caída presupuestaria en materia de inversiones, que caen un 24,3% hasta los 5.386,1 millones de euros, lo que representa el 3,6 por ciento del Producto Interior Bruto (PIB) regional.

El 78,1% del gasto no financiero, que compone el grueso de los recursos, se destinará a políticas sociales y de igualdad de oportunidades (educación, sanidad, servicios sociales y atención a la dependencia, entre otras). El peso del gasto social representará así casi tres puntos porcentuales más que en 2010.

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma (*)

Decreto 350/2010, de 27 de julio, por el que se regulan los méritos correspondientes al conocimiento de las especialidades de la organización territorial y de la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de aplicación en los concursos de funcionarios con habilitación de carácter estatal. Boletín número 179 de 13/09/2010

El Decreto 36/1997, de 4 de febrero, ha regulado hasta el momento los méritos y la puntuación correspondientes al conocimiento de las especialidades de la organización territorial y de la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de aplicación en los concursos de traslados de funcionarios con habilitación de carácter estatal.

Los cambios legislativos que se han producido en esta materia, la experiencia acumulada de la aplicación de dicho decreto, junto con las reformas operadas en el proceso de descentralización, muestran la conveniencia de adaptación del citado texto normativo.

Con esta regulación se persigue la redefinición y evaluación de los méritos de determinación autonómica en el ámbito territorial de Andalucía, a través de la aplicación de una valoración de méritos similares a los previstos en la normativa autonómica sobre provisión de puestos de trabajo del personal de la Administración de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de las restantes normas específicas que les resulten de aplicación.

Los méritos relacionados con el conocimiento de la organización territorial y normativa autonómica de Andalucía serán la experiencia profesional, los cursos de formación y perfeccionamiento, la actividad docente y las publicaciones, como lo eran antes, añadiéndose en este decreto como un mérito más relacionado con tal aspecto, el desarrollo ininterrumpido de la actividad profesional en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya que con ello se tiene en cuenta el conocimiento del desenvolvimiento práctico, tanto de la organización territorial, como de la normativa autonómica.

* Sección elaborada por JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

Asimismo, se han introducido una serie de índices correctores a la valoración de la experiencia antes citada, aplicables en función del tipo de nombramiento en base al cual se obtuvo el puesto o puestos que se alegan para su valoración de méritos autonómicos y también una aclaración del alcance del concepto de Administraciones Públicas a estos efectos, explicitándose la obtenida en las entidades instrumentales.

Orden de 17 de septiembre de 2010, por la que se desarrolla la organización y el funcionamiento del Registro Andaluz de Entidades Locales. Boletín número 195 de 05/10/2010.

En virtud del mandato establecido en el artículo 23.2 de la Ley 6/2003, de 9 de octubre, mediante el Decreto 185/2005, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades Locales, se establece que la organización y funcionamiento del Registro se regulará por sus normas y por aquellas otras que, en su desarrollo, se dicten por la persona titular de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía.

La Orden viene, por tanto, a desarrollar las previsiones contenidas en las normas mencionadas, concretando los procedimientos establecidos en las mismas y regulando la inscripción de las entidades locales y de los consorcios en el Registro, la modificación de datos y la cancelación de inscripciones. Asimismo, en la presente norma se han tenido en cuenta las innovaciones introducidas por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía en la regulación de las entidades locales descentralizadas y de los consorcios, así como en el régimen de prestación de los servicios públicos locales, con pleno respeto al principio de autonomía local, plasmado en el articulado de dicha Ley, que conlleva el equilibrio institucional en las relaciones de cooperación y colaboración entre las entidades locales y la Administración de la Comunidad Autónoma. En este sentido, en la regulación de los procedimientos previstos en la Orden se ha distinguido entre las entidades descentralizadas que tienen la consideración de entidades locales autónomas y las que son entidades vecinales, se especifican los consorcios locales que la Ley de Autonomía Local de Andalucía configura como entidades locales de cooperación territorial y, por último, se adecua a la nueva articulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales contemplados en la citada Ley, en la que se respeta la capacidad de autoorganización local.

El soporte informático del registro administrativo presenta, además, unas potencialidades añadidas. El paso de la «Administración del papel» a la «Ad-

ministración electrónica» o «virtual» no deja de tener consecuencias en la forma de trabajar y de relacionarse las Administraciones entre sí y de estas con los ciudadanos. En este sentido, la agilidad en las operaciones registrales, de un lado, y el cumplimiento del deber de colaboración informativa que pesa sobre todas las Administraciones implicadas, de otro, son algunas de las notas que caracterizan a un moderno registro administrativo electrónico. La digitalización del Registro y su acceso público, en definitiva, constituyen un instrumento de gran utilidad al servicio del buen gobierno.

Decreto 383/2010, de 13 de octubre, por el que se crea el Comité Ejecutivo para el control, evaluación y seguimiento de Situaciones Especiales y se regula su composición y funciones. Boletín número 211 de 28/10/2010.

En Andalucía se hace necesaria la creación de un Comité Ejecutivo, de carácter interdepartamental, interdisciplinar e integral, para el control, la evaluación y el seguimiento de esas situaciones especiales, dada la diversidad y el carácter multisectorial de las medidas que resultarán necesarias para hacer frente a las referidas circunstancias excepcionales que pudieran producirse. El referido Comité se activará tan pronto como se detecte una situación especial, desactivándose cuando hayan desaparecido las circunstancias que motivaron su activación.

La competencia para ello deriva del artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía que establece que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica.

Además, el artículo 47.1.1.^ª del propio Estatuto dispone que es de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma, la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos

El Comité Ejecutivo se crea como un órgano colegiado de carácter decisorio y ejecutivo para la vigilancia, prevención, y control de las actuaciones que, de forma ordenada, se pongan en marcha para hacer frente a las situaciones especiales que se detecten, con el objetivo de reducir el riesgo y los peligros que dicha situación pudiera generar.

El Comité tratará de racionalizar las actuaciones y las medidas a adoptar ante las distintas situaciones, y lo hará con la urgencia necesaria que imponga cada una de las situaciones especiales.

Decreto 407/2010, de 16 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda. Boletín número 226 de 19/11/2010.

A fin de continuar avanzando en el proceso de mejora de la racionalización y coordinación administrativa y adecuarse a lo previsto en el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, es conveniente dotar a la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de una estructura organizativa conforme al artículo 24 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, adecuada para el ejercicio más eficaz de las funciones que le han sido atribuidas.

Decreto 422/2010, de 23 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 133/2010, de 13 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Boletín número 232 de 26/11/2010.

Se efectúa una redistribución de las competencias en materia de Administración Pública, entre la hasta ahora Dirección General de Innovación de los Servicios Públicos, que pasa a denominarse Dirección General de Innovación, Organización y Procedimientos de los Servicios Públicos, y la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública. En este sentido, las competencias relativas a la planificación y estudios sobre recursos humanos, evaluación de cargas de trabajo y distribución de las mismas, así como las referidas a la revisión de la relación de puestos de trabajo, serán asumidas por la Dirección General de Innovación, Organización y Procedimientos de los Servicios Públicos.

De este modo, se agrupan en la citada Dirección General las competencias relativas a la organización y transformación de la Administración y sus procedimientos, mediante la planificación de sus recursos y estructuras organizativas bajo la premisa de racionalización, homogeneización, simplificación y cercanía a la ciudadanía.

En segundo lugar, se modifican las competencias de la Dirección General de Finanzas, a la que se atribuye la coordinación de los fondos sin personali-

dad jurídica contemplados en el artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía. Asimismo se le atribuye el conocimiento, análisis y evaluación de los proyectos que pretendan gestionarse mediante fórmulas de colaboración público-privada, y el impulso y coordinación de los proyectos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública que le sean expresamente encomendados para la consecución de fórmulas de inversión y financiación de operaciones concretas sobre bienes del patrimonio inmobiliario encaminadas a optimizar su rentabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, se modifican las competencias de la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública respecto a los fondos sin personalidad jurídica.

Finalmente se añade, entre las entidades adscritas a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, la Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A., conforme a lo establecido por el Acuerdo de 29 de junio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se modificó la denominación y se establecieron determinadas disposiciones sobre la organización y régimen jurídico de la Sociedad.

Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad. Boletín número 243 de 15/12/2010.

Las medidas que se contemplan en esta Ley contribuyen a los objetivos de aceleración en la reducción del déficit y de sostenibilidad fiscal, por la vía de los ingresos tributarios, siempre desde la perspectiva del mantenimiento de un sistema en el que se primen los principios de capacidad económica, justicia, igualdad y progresividad, a la vez que se hace un especial énfasis en la desincentivación de prácticas especialmente poco respetuosas con la protección del medio ambiente.

Las medidas que se adoptan para el cumplimiento de sus objetivos finales siguen varias direcciones: la progresividad y equidad del sistema fiscal; la revisión de beneficios fiscales con criterios de eficiencia; la solidaridad del sector financiero; la simplificación de trámites; el apoyo a la Andalucía sostenible y la lucha contra el fraude fiscal.

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

Un efecto de la crisis en el derecho autonómico andaluz: la alienabilidad del dominio público. A propósito de una medida contenida en los Decretos-ley 5/2010 y 6/2010

I. INTRODUCCIÓN

Hay conceptos jurídicos que tienen mala suerte, aunque en muchas ocasiones su mala fortuna esté muy relacionada con su indiscutible éxito. Es lo que le ha sucedido al dominio público. Su historia es la de una continua expansión cobijando cada vez mayores contenidos, aplicándose a nuevos supuestos y cosas. Dificilmente se puede encontrar una prueba mayor de la aceptación de una técnica para obtener los resultados apetecidos. Ese uso reiterado, engrosando el número de normas que han acudido a su virtualidad para ordenar aspectos concretos de la realidad, no puede sino interpretarse como una manifestación de la confianza que el legislador viene depositando en esta técnica desde hace poco menos de dos siglos. Pero al tiempo que se utilizaba el instrumento, se descuidada su construcción y su conservación. No es, pues, de extrañar que las doctrinas francesa y española de mediados del siglo pasado se terminaran planteando dudas acerca de su utilidad y aun de sus posibilidades de supervivencia. Concepto equívoco, de vaporosos perfiles e inconcreto régimen, sobre el que se aventuraron los más negros vaticinios.

El dominio público se ha utilizado para determinar la apropiación pública y el uso público de las cosas mas dispares, precisamente afirmando la inapropiabilidad privada de las mismas. Aunque algunos lo consideran una propiedad especial, parece que son mas los que lo conciben como una forma de *antipropiedad*, pero ni los que afirman su especialidad referida a la propiedad, ni los que lo entendemos en un contexto muy diverso, cual es el de haz de potestades públicas ob rem, hemos tenido completo éxito para transmitir una visión

¹ Esta Sección ha sido preparada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

nítida de una institución a la que parece rodear un halo mágico que hace difícil, si no imposible, prescindir de ella al afrontar la tarea de la regulación de los bienes públicos. En el fenómeno que describo hay mucho de inercia, de cesión al saber rutinario y un cierto miedo a romper con lo que se antoja exigencia dogmática de validez universal, al menos en el parcial universo de los sistemas de *régime administratif*, arrojando el riesgo del error cuando aparecen síntomas claros de que todas las cosas no sirven para todo, y que la venerable ya, institución del dominio público, no es ninguna panacea universal para garantizar el mejor destino de los bienes materiales –no digamos de otros– al servicio de los intereses generales.

Esta introducción, cuyos ribetes tópicos es difícil disimular, viene a cuento de una de las medidas que contienen dos polémicos e importantes decretos–ley con que la Junta de Andalucía ha pretendido encarar la crítica situación que desde hace algunos años aqueja a la economía española, y más en concreto a la andaluza, como la de tantos otros sitios. Me refiero al Decreto–ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público y el Decreto–ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto–ley 5/2010, de 27 de julio². Entre ambas normas se encuentran las negociaciones de que se da cuenta en el preámbulo de la última de ellas, de manera que la similitud de contenido se explica en ese mismo texto: *el presente Decreto–ley opta por la reproducción del Decreto–ley 5/2010, de 27 de julio, integrando en el mismo las modificaciones que se realizan, procedentes del Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público y la Junta de Andalucía*. En coherencia con esta afirmación, parece razonable pensar que el Decreto–ley más moderno debió derogar al anterior, en aras de la claridad y, sobre todo, de la seguridad jurídica. No obstante, la peculiar técnica utilizada no afecta de manera alguna al aspecto que va a tratarse aquí, por cuanto las respectivas regulaciones son idénticas. No hay, pues, problemas de contradicción.

II. EL CARÁCTER DEMANIAL DE LOS INMUEBLES DESTINADOS A OFICINAS O SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y DE SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PÚBLICO

La disposición adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de patrimonio de la comunidad autónoma de Andalucía, ya en su primera redac-

² Cuando se redactan estas páginas este decreto–ley está siendo tramitado por el Parlamento de Andalucía como proyecto de ley.

ción, declaraba con meridiana claridad el carácter demanial de los referidos inmuebles. No podía ser de otra manera, pues recogíendose una declaración similar en la ley de patrimonio del Estado de 1965, parecía forzoso concluir que el método inductivo de lo básico a aplicar, dada la inexistencia en ese momento de bases expresas, debería llevar a una consideración de ese tipo. Nuestra comunidad autónoma no hacía sino realizar una interpretación de lo básico en esta materia siguiendo las pautas de otras. Con ese punto de partida los decretos-ley andaluces a que me refiero, han introducido una interesante modificación mediante la adición de un párrafo novedoso a la mencionada disposición adicional de la ley de patrimonio. En efecto, *no obstante lo establecido en el párrafo anterior, se añade, la autorización por parte del Consejo de Gobierno para la enajenación de los citados bienes les atribuye la condición de bienes patrimoniales, sin necesidad de previa declaración de alterabilidad. Se exigirá autorización por norma con rango de ley* —puede, por tanto ser un decreto-ley, pero queda salvado, de esta manera el escrúpulo democrático— *cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.*

Con independencia de lo que se dirá mas adelante, no parece discutible que el mensaje que transmite el texto de la reforma es que los inmuebles a que se refiere el primer párrafo de la disposición adicional mencionada —bienes demaniales— son enajenables, previa autorización del Consejo de Gobierno, circunstancia que pugna con el principio de inalienabilidad del dominio público que impone el art. 132 de la Constitución, según el cual los bienes de dominio público no pueden ser enajenados en tanto no pierdan dicha calificación, lo que solo ocurre con su desafectación. Cuesta, pues, sustraerse a una primera impresión que reclama un juicio de inconstitucionalidad sobre la reforma. No obstante, adoptando una actitud cara a nuestro Tribunal Constitucional, cabe apurar las posibilidades interpretativas y superar los efectos de la literalidad en pro de la compatibilidad con el texto constitucional, y salvar así el inicial reproche. Con esta finalidad puede interpretarse el inciso que añade la reforma de 2010 como un supuesto de desafectación implícita, figura aceptable, aunque no muy bien vista en nuestra actual legislación, y ello aunque hubiera que realizar algún forzamiento en la regulación actual de la desafectación, que se contiene en la ley de patrimonio vigente y en su reglamento de desarrollo.

La finalidad de la reforma parece ser la de situar los inmuebles a que se refiere —bienes de dominio público— bajo la órbita del nuevo artículo 86 bis, de creación de la reforma, con el que se pretende facilitar la gestión de los bienes inmuebles del patrimonio autonómico al margen de su calificación —demanial o patrimonial—, sin perjuicio de la malevolencia de quienes pretenden adivinar un subterfugio para eludir las restricciones al endeudamiento de las adminis-

traciones públicas, pues el citado precepto, irreprochable por lo demás, contempla la posibilidad de acordar la enajenación de *bienes inmuebles del patrimonio de la comunidad autónoma con reserva del uso temporal de los mismos, total o parcial, cuando por razones debidamente justificadas resulte conveniente para el interés público y así lo autorice el Consejo de Gobierno. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento, de corta o larga duración, o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que este, se exigirá autorización por norma con rango de ley cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.* Vista la literalidad de ambos preceptos no es posible dudar de su relación de complementariedad y extraer la conclusión de que los bienes en que se está pensando en el artículo 86 bis incluyen los que declara demaniales el párrafo no modificado de la disposición adicional segunda de la ley de patrimonio.

Sin perjuicio de la trascendencia económica de la medida, difícil de valorar por quienes contemplamos estas lides sino desde las barreras académicas, el Gobierno andaluz, y es de presumir que también en su momento el legislador, están operando un cambio de indudable importancia desde punto de vista del derecho de los bienes públicos, siquiera lo haga de una manera vergonzante y de tapadillo, no a las claras y de forma transparente.

III. UN JUICIO SOBRE LA REFORMA Y LA FORMULACIÓN DE UNA POSIBLE ALTERNATIVA

Puestos a enjuiciar la reforma desde una perspectiva técnico-jurídica creo que el calificativo que mas le cuadra es el de artificiosa y por derivación, oscura. De entrada se está diciendo si y no al mismo tiempo: se pueden enajenar determinados bienes demaniales pero realmente esto no es así porque los bienes demaniales cuya enajenación se autoriza resulta que ya no eran tales, pues la autorización de su venta los ha privado de su primitiva condición. Se percibe así la clásica cuestión circular: no se puede enajenar los bienes demaniales, pero como al enajenarlos dejan de ser demaniales, resulta que no se vulnera la prohibición y, por tanto, se respeta la Constitución. De esta forma todos contentos. En el fondo no hay otra cosa que el carácter de simple formalidad a que ha quedado reducida la calificación de un bien como demanial. Desvinculada esta categoría de un sustrato material preciso, como ha puesto de manifiesto su carácter expansivo a que me refería al comienzo de este trabajo, se la puede atribuir a cualesquiera tipo de bienes materiales o inmateriales y, una vez ahí, todo vale para hacerla funcionar hasta el punto de afirmar que son inalienables al tiempo que se venden. Todo es posible porque todo en el régimen de-

manial ha quedado reducido a formalidades que si no arbitrariamente, si se manejan sin mas límite que el puro voluntarismo legal, como se puede ver en el supuesto presente, en que si no hay vulneración de la prohibición de enajenar es justamente porque entendemos implícita en aquella el cese de la prohibición con el cese del carácter demanial y la transformación en patrimoniales de los bienes concernidos. Todo un perfecto galimatías, un monumento a la confusión, pero a pesar de todo, no seré yo quien arroje la piedra de la inconstitucionalidad. Pues, en efecto, la norma andaluza es fiel discípula de la contenida en el art. 142.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, ley estatal y básica en muchos preceptos, aunque no el citado. Es preciso reconocer que en este caso, una vez más, la discípula aventaja a la maestra pues la ley estatal se limita a configurar un supuesto de desafectación implícita en el acuerdo de enajenación de bienes demaniales muebles.

El reproche mas grave que, en mi opinión, se puede hacer a la medida que introducen las normas andaluzas, salvadas las cuestiones estrictamente formales a que he aludido es justamente su conservadurismo, su apego formal a modos de hacer tradicionales que finalmente se ven obligadas a abandonar y lo hacen por el postigo, de forma vergonzante, no a las claras y con transparencia. Me refiero al mantenimiento del carácter demanial de los inmuebles destinados a sede de las oficinas y servicios administrativos, cuando no hay ninguna razón en nuestro derecho positivo para ello y cuando, además, se dan las circunstancias para encontrar otras soluciones.

La ausencia de vinculaciones del derecho positivo conducentes a la declaración como demaniales de los inmuebles destinados a las finalidades mencionadas está más que clara en la actualidad. Si en el pasado la previsión de la Ley de patrimonio del Estado podía conducir a la idea de que tal determinación era de carácter básico, la claridad de la disposición final segunda, 2 de la ley 33/2003 no permite dudar de que la calificación contenida en su artículo 5. 3 tiene un alcance reducido únicamente al ámbito de la administración del estado y sus organismos vinculados o dependientes. Por tanto, el legislador andaluz está perfectamente habilitado para prescindir de ella y calificar estos inmuebles como patrimoniales. De esta manera quedaría plenamente despejada cualquier duda de constitucionalidad.

Pero, además, conviene notar que desde 1986, año de nuestra ley de patrimonio, hasta la actualidad las cosas han cambiado notablemente en el mundo de los bienes públicos, aunque ni la legislación estatal ni la autonómica hayan acabado de hacerse eco de cambios importantes. En concreto me refiero a

la aceptación de la categoría de los bienes patrimoniales afectados a un uso, servicio o función públicos que la doctrina y la jurisprudencia constitucional admiten sin particular escándalo. La aceptación de esta figura debió llevar a una modificación del párrafo primero de la disposición adicional modificada en los términos de calificar los bienes a que se refiere como patrimoniales afectados a esa concreta finalidad. Todo lo demás sería igual con la diferencia de la claridad, la transparencia y que se habría evitado una norma con una apariencia completamente contraria a su contenido.

Desde la STC 166/1998, de 15 de julio la posibilidad de los bienes patrimoniales afectados a una finalidad pública adquiere una consagración formal. No es este el momento de extenderse en fundamentaciones doctrinales, pero conviene traer a colación el importante cambio en la definición de los bienes patrimoniales de la ley 33/2003. Esta norma ya no define a estos por su no afectación, como había sido el criterio tradicional, sino que posiblemente por falta de reflexión y para salir del paso los define de una forma también negativa, pero aún más vacía. A partir de ahí los bienes patrimoniales no serán los de titularidad de la entidad pública no afectados al uso o servicio público, sino los de la misma titularidad que no posean la condición de demaniales. En conclusión, la afectación no es ya criterio de demanialidad, como se decía en el pasado, puesto que la misma se puede predicar de muchos bienes patrimoniales ¿no hubiera sido ésta una buena ocasión para calificar como patrimoniales afectados unos bienes, cuya demanialidad no es más que un arbitrio formal que tiene más inconvenientes que ventajas como, en último término, evidencia el subterfugio de la reforma?

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí, *La administración electrónica en el Derecho autonómico comparado*, “RVAP”, núm. 86 enero-abril 2010, pp.15-58.

En este trabajo, CERRILLO i MARTÍNEZ parte del estudio y análisis de la regulación de la administración electrónica, los principios, los derechos y deberes de los ciudadanos, los mecanismos de seguridad –en particular el uso de la firma electrónica–. Examina a continuación el autor la difusión de información pública a través de medios electrónicos; la tramitación del procedimiento administrativo electrónico (aprobación de aplicaciones, registros electrónicos, notificaciones y comunicaciones, documentos y copias). Por último, examina las puertas que abre la LAECSP: la nueva generación de normas autonómicas sobre la administración electrónica que, en su opinión, no han sido suficientemente originales ni para desarrollar lo previsto en la legislación básica ni para responder a las demandas de la sociedad en este ámbito. Afirma CERRILLO i MARTÍNEZ que con la aprobación de una segunda generación de normas, las CCAA pueden no sólo desarrollar el contenido básico establecido en la LAECSP sino también avanzar en el proceso de modernización de las Administraciones Públicas autonómicas a través de instrumentos que permitan configurar una administración electrónica próxima a los ciudadanos, mas transparente y participativa y que les rinda cuentas de su actuación y que pueda hacer frente a la pluralidad de entes públicos existentes. El estudio incluye un valioso anexo normativo en la materia.

PEGORARO, Luis, *Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunidades Autónomas*, “RVAP”, núm. 86 enero-abril 2010, pp. 139-164.

Este trabajo realiza un verdadero estudio de derecho comparado trazando las coordenadas teóricas y realizando un encuadramiento general de las calificaciones en la constituciones de los Estados descentralizados. El autor concluye que los procesos imitativos entre el centro y la periferia que caracterizan la circulación vertical de los modelos son, también a nivel formal, tanto mas intensos y estructurados que aquellos que funcionan a nivel horizontal, de Estado a Estado. Cree PEGORARO que la cul-

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

tura común, en la comparación vertical entre Constitución y estatutos, hace notar también las imitaciones de las fórmulas lingüísticas y de técnica redaccional, que permiten advertir las notables diferencias existentes entre las calificaciones estatutarias propuestas en España y aquellas otras sugeridas en Italia poniendo en evidencia un cierto conformismo “horizontal” o de pereza imitativa dentro de cada ordenamiento en su conjunto.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *Archivos estatales y archivos autonómicos*, “RJN”, núm. 48, julio–diciembre 2009, pp. 131–182. *Vid.* (3).

TAJADURA TEJADA, Javier, *Federalismo cooperativo y conferencias sectoriales: marco normativo y propuestas de reforma*, “RJN”, núm. 49, enero–junio 2010, pp. 137–181. *Vid.* (2).

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

CRIADO, J. I., & NAVARRO, Carmen, *Treinta años de políticas de modernización administrativa en España. Entre la inercia burocrática y la innovación tecnológica en la Administración General del Estado (1978–2008)*, “RVAP”, núm. 86 enero–abril 2010, pp. 61–99.

Estudian los autores desde la perspectiva de la Ciencia del Administración el papel desempeñado por las TIC en las dinámicas de modernización administrativa desarrolladas por la Administración General del Estado desde la consolidación de la democracia en España, poniendo de relieve el protagonismo de la Administración General del Estado en este proceso. El trabajo subraya la relevancia de las instituciones y del análisis institucional para caracterizar las políticas de modernización administrativa, en general, y la difusión de la Administración en particular. El estudio incluye una amplia bibliografía.

ZOCO ZABALA, Cristina, *Evaluación y delimitación de las competencias locales en Francia: problemas y ventajas de su aplicación en España*, “RVAP”, núm. 86 enero–abril 2010, pp. 165–190.

Describe la autora la experimentación normativa en Francia para la delimitación de las competencias locales en los artículos 37–1 y 72.4 de la Constitución francesa y en la Ley Orgánica nº 2003–704, de 1 de agosto, relativa a la experimentación por las colectividades locales. La “experimentación” normativa consiste en un instrumento jurídico que permite valorar en plazo, la definición de las competencias locales que mejor sirven a la eficacia de las políticas públicas: se trata de la puesta en marcha experimental de competencias locales que el estudio de ZOCO ZABALA examina desde el punto de vista de problemas y ventajas. Cree la autora que sería un instrumento de utilidad para valorar la eficacia de la democracia de proximidad y delimitar el *quantum* de

la autonomía local en las leyes autonómicas sectoriales, con arreglo a dicha utilidad. Por el contrario, cree imposible experimentar en relación con la regulación estatal de lo básico. Cree ZOCO ZABALA que la puesta en marcha de la experimentación–de-rogación de las condiciones de ejercicio de las funciones de cada competencia susceptible de intervención local, sería el medio para garantizar que el margen de autonomía local se otorga en relación con la eficacia de la experiencia. Supondría así, en su opinión, un medio para garantizar la presunción constitucional acerca de la validez de la actuación local.

TAJADURA TEJADA, Javier, *Federalismo cooperativo y conferencias sectoriales: marco normativo y propuestas de reforma*, “RJN”, núm. 49, enero–junio 2010, pp. 137–181.

El autor analiza el marco normativo de las Conferencias Sectoriales y los problemas jurídicos y políticos que plantea (composición, funcionamiento, convocatoria, obligación de asistencia y forma de adopción de acuerdos). Cree TAJADURA TEJADA que el excesivo bilateralismo en la construcción del Estado Autonómico, la escasa participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado que les afectan (como la política europea), la excesiva conflictividad territorial, y la práctica ausencia de cooperación horizontal constituye, a su juicio, aspectos de nuestro modelo de Estado susceptibles de ser mejorados. TAJADURA TEJADA se muestra partidario de proceder a una regulación global y conjunta del marco de la cooperación interterritorial en España como objeto de una futura Ley General de Cooperación. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *Archivos estatales y archivos autonómicos*, “RJN”, núm. 48, julio–diciembre 2009, pp. 131–182.

Estudia el Maestro por el método comparativo los archivos examinando el derecho de las diecisiete Comunidades Autónomas (que trabajina!!!!). Denuncia el abandono y la dejación histórica de los archivos de la Administración General del Estado. A su juicio, el desenfoco institucional de distinción entre archivos históricos y administrativos –con su reconducción a las competencias de cultura– en 1858 no fue subsanado ni por la LPA 1958 ni por la LRJAP y PAC (1992, 1999). Este desenfoco institucional ha tenido la paradójica alternativa de las leyes de archivos de las CCAA que han reelaborado el sistema de archivos del Estado. SÁNCHEZ BLANCO destaca tres puntos relevantes en los contenidos de la legislación autonómica sobre archivos: 1) la conexión de los archivos con la gestión administrativa; 2) la interrelación archivos y nuevas tecnologías; y, 3) el cambio de dependencia de los archivos del área administrativa de cultura al área responsable de organización y gestión administrativa.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, *La inactividad en las Administraciones Públicas de Navarra. Medios jurídicos de reacción del ciudadano*, “RJN”, núm. 49, enero–junio 2010, pp. 11–46.

Construye BELTRÁN AGUIRRE un marco general del control de la inactividad: formal o procedimental (iniciación, instrucción y resolución del procedimiento), material (reclamación y requerimiento previo, queja del Capítulo VIII de la Ley Foral 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos; acción vecinal e iniciativa popular en el ámbito de las Entidades Locales). El segundo eje de análisis es la sustitución por los particulares de la actividad administrativa omitida en el ámbito de las Entidades Locales (art. 68 LRBR y 110 LFALN), en puridad una sustitución procesal. Y por último, examina los medios jurídicos de reacción ante instancias ajenas a la Administración inactiva (Tribunal Administrativo de Navarra, Defensor del Pueblo de Navarra, Jurisdicción Contencioso-administrativa). Destacamos en este último apartado el control de la inactividad reglamentaria aportando las SSTs de 23 de enero de 1998, RJ 1261 y 28 de junio de 2004, RJ 4989. El estudio incluye referencias jurisprudenciales respecto de los medios jurídicos de reacción examinados.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, *El impacto de la Directiva de servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación*, “RJN”, núm. 49, enero–junio 2010, pp. 85–136. *Vid.* (5).

IZU BELLOSO, Miguel José, *Las causas de abstención y recusación en el procedimiento administrativo común*, “RJN”, núm. 49, enero–junio 2010, pp. 215–242.

Estudia IZU BELLOSO las causas de abstención y recusación cuya regulación, afirma, se inspira directamente en el Derecho Procesal introduciéndose gradualmente a partir de 1845 para determinados procedimientos o materias e inicia su generalización y unificación a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, formando parte desde la CE 1978 del *procedimiento administrativo común*. IZU BELLOSO destaca dos notas estructurantes en la regulación de las causas de abstención y recusación: la competencia estatal y la reserva de Ley

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *El Convenio económico de 1927 (II): cupo y Régimen fiscal*, “RJN”, núm. 48, julio–diciembre 2009, pp. 131–182.

CIRIA PÉREZ, Francisco Javier, *El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana desde la jurisprudencia*, “RJN”, núm. 48, julio–diciembre 2009, pp. 211–252.

YUSTE JORDÁN, Arancha, *Disposiciones tributarias publicadas en el BON durante el primer semestre de 2010*, “RJN”, núm. 49, enero–junio 2010, pp. 257–274.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Planes parciales y evaluación conjunta de impacto ambiental*, “RVAP”, núm. 86 enero–abril 2010, pp. 100–138. *Vid.* (6)

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, *El impacto de la Directiva de servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación*, “RJN”, núm. 49, enero–junio 2010, pp. 85–136.

Este interesante, y utilísimo trabajo –cuya lectura recomendamos de forma entusiasta–, pone al día al lector en esta última revolución de nuestro ordenamiento por el impacto del Derecho Europeo. J.A. RAZQUIN LIZARRAGA examina el marco general (principios generales, condiciones y requisitos, preferencia por la intervención posterior, simplificación administrativa) y transversal derivado de la Directiva con un cambio de paradigma desde la intervención preventiva al control a posteriori y las formas de autorización, declaración responsable y comunicación, así como la adaptación de la legislación foral de Navarra. Destacamos ahora las principales aportaciones del trabajo que rescensionamos. Cree J.A. RAZQUIN LIZARRAGA que ni la Ley 17/2009 ni la Ley 25/2009 contemplan la impugnación de la comunicación previa, por lo que sólo estaría abierta la posibilidad de instar la supervisión administrativa y generar así una actuación pública susceptible de recurso con las conocidas dificultades existentes respecto de la legitimación del denunciante. Considera J.A. RAZQUIN LIZARRAGA que la europeización del Derecho administrativo español derivada de la Directiva de servicios tiene un impacto estructural, que lleva a su remodelación con cambios en aspectos básicos como son la posición de la Administración (de la intervención previa al control), el procedimiento administrativo (la simplificación y nuevas técnicas con una delegación a los ciudadanos) y en el sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y de éstas como los ciudadanos. El nuevo paradigma de control *ex post* supone un cambio radical. Cree necesarias medidas organizativas y procedimentales, un tercer nivel de transposición consistente en la aplicación efectiva y puesta en práctica de la nueva regulación. Es necesaria la evaluación de las normas y el estudio de cargas administrativas en aras de su eliminación o reducción, la revisión de los procedimientos con la configuración de actos reglados a través de modelos normalizados, la plena normalización de la administración electrónica para asegurar el derecho de los ciudadanos a su utilización en el acceso actividades de servicios y su ejercicio y la reconstrucción o reconversión de las Administraciones Públicas orientada a la supervisión. Destacamos la importante y completa bibliografía manejada con trabajos de PAREJO ALFONSO, PONCE SOLE, ALVAREZ ARCE, DE LA QUADRA

SALCEDO, LAGUNA DE PAZ, LOZANO CUTANDA, GONZÁLEZ GARCÍA, VILLAREJO GALENDE y SALVADOR ARMENDARIZ. La Comisión de la Unión Europea ya prepara una reforma de la Directiva dado el fracaso en términos de eficacia práctica de la primigenia regulación. Lo que prueba lo certero del estudio que rescensionamos.

(6) § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).

LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Planes parciales y evaluación conjunta de impacto ambiental*, “RVAP”, núm. 86 enero-abril 2010, pp. 100-138.

LAZCANO BROTONS es un destacado jurista perteneciente a la escuela del País Vasco con señalados Maestros (LASAGABASTER, LOPERENA, AGUIRREAZKUENAGA, COBREROS MENDAZONA, GARCÍA URETA, de proyección nacional e internacional). A esta sombra es difícil brillar. Solo una estrella de magnitud “uno” puede conseguirlo. Pues bien, este estudio que reseñamos es una buena muestra de la calidad y brillantez en este ámbito de los trabajos de LAZCANO BROTONS verdadero ius ambientalista y ius publicista con verdaderas joyas en el ámbito de los espacios protegidos. Estudia LAZCANO BROTONS el modelo adoptado en el País Vasco por el Decreto 183/2003 de evaluación conjunta de impacto ambiental (destaca la opción por los criterios usados en la normativa comunitaria, el concepto de zona ambientalmente sensible, la necesidad de evaluación conjunta en el supuesto de modificación de planes, y la no inclusión de las excepciones previstas en la Directiva comunitaria). A continuación procede al análisis de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco estudiando los supuestos no problemáticos de sujeción a evaluación conjunta (PGOU y Normas subsidiarias); la evaluación de los planes de sectorización, y sobre todo, la polémica cuestión de la necesidad de evaluación de los Planes Parciales: regulación, STS del País Vasco de 14 de mayo de 2009; evaluación de planes especiales; necesidad de coordinar la evaluación ambiental de planes y calificación global y pormenorizada de usos; apuntando la necesidad de evitar duplicidad de evaluaciones. LAZCANO BROTONS sugiere la necesidad de reformar el Decreto 183/2003 incidiendo en la necesidad de cohesionar las reglas de clasificación de usos que prevean los planes urbanísticos con las categorías de planes que se hallen obligados a evaluación conjunta según la normativa ambiental.

GARCÍA URETA, Agustín, *La caza del zorro ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a Friend y Countryside Alliance v. Reino Unido. Decisión de admisibilidad del TEDH (Sección Cuarta) de 24 de noviembre de 2009, "RVAP", núm. 86 enero-abril 2010, pp. 201-216.*

Comenta GARCÍA URETA, verdadero glosador de la jurisprudencia europea de la biodiversidad, esta decisión del TEDH que pone fin, en el plano judicial a esta modalidad de caza socialmente rechazada en un 75%. El TEDH rechaza la conculcación de los derechos a la vida privada, domicilio y de reunión fundándose para ello en las previas nociones jurisprudenciales.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús M^a, *La gestión del suelo urbanizado: las actuaciones de dotación en el texto refundido de la Ley del Suelo, "RJN", núm. 49, enero-junio 2010, pp. 185-214.*

Este excelente trabajo analiza las actuaciones de dotación en tanto que actuaciones de transformación urbanística en suelo urbanizado. La clave de esta figura para RAMÍREZ SÁNCHEZ consiste en determinar la existencia de un desequilibrio dotacional en su ámbito de actuación y/incremento del valor de los terrenos, generación de plusvalías por la acción pública, en cuyo caso, serán de aplicación por imperativo del art. 47 CE los deberes de cesión previstos en la legislación Estatal. El estudio maneja la legislación estatal y autonómica. Contiene tres valiosos supuestos prácticos de actuaciones de dotación que sirven al autor para ejemplificar su exposición: 1) La modificación pormenorizada del Plan Municipal en una parcela dotacional con incremento de edificabilidad; 2) La modificación pormenorizada del Plan Municipal en una parcela industrial de suelo urbano consolidado para incrementar su edificabilidad; 3) Modificaciones de determinaciones de carácter estructurante del Plan Municipal en una parcela dotacional con cambio de usos e incremento de edificabilidad. Concluye RAMÍREZ SÁNCHEZ que las CC.AA., a fin de evitar las continuas incertidumbres sobre la gestión de suelo urbano consolidado, debieran proceder a la adaptación de su legislación al TRLS 2008 estableciendo reglas precisas para la aplicación de los deberes de las actuaciones de dotación. En tanto se produce esa adaptación, afirma RAMÍREZ SÁNCHEZ, los Ayuntamientos deberían adoptar criterios homogéneos con los que analizar cada actuación y expediente en suelo urbano consolidado, a fin de realizar y garantizar un trato coherente sobre la base de los siguientes factores: 1) desequilibrio dotacional por motivo de la actuación, incremento de la edificabilidad o cambio de usos, aplicando el artículo correspondiente que regula los estándares urbanísticos del planeamiento al incremento o nuevo uso y comparándolo con las cesiones ya efectuadas en su día en virtud del planeamiento anterior; 2) si se produce incremento del valor de los terrenos por el cambio de planeamiento, si se generan plusvalías por la acción pública –si se modifica el aprovechamiento urbanístico patrimonializable por los propietarios–. Destacamos en este trabajo la construcción y el rigor aportando soluciones a problemas complejos. El urbanismo de los próximos años por razones demográficas (se espera una caída de la población y por tanto de los precios) será un urba-

nismo regenerador y regularizador. Los tiempos de nuevos desarrollos cuando en el mercado hay 700.000 viviendas sin vender, ciertamente, han pasado a mejor vida.

(7) § Varia.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *La normativa sobre el euskera publicada en 2009*, “RVAP”, núm. 86 enero-abril 2010, pp. 193-198.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a, *Crónica legislativa del Parlamento de Navarra*, “RJN”, núm. 49, enero-junio 2010, pp. 245-255.

YUSTE JORDÁN, Arancha, *Disposiciones tributarias publicadas en el BON durante el primer semestre de 2010*, “RJN”, núm. 49, enero-junio 2010, pp. 257-274.

Abreviaturas

RJN	Revista Jurídica de Navarra
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
VVAA.	Varios autores

RECENSIONES

RECENSIONES

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, editan Instituto Andaluz de Administración Pública (Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía) y Editorial Iustel, Madrid, 2009.

El estudioso del Derecho Administrativo que se aproxime a este extenso libro (722 páginas) se encontrará con una rareza jurídica, difícilmente encajable. Con ocasión del cincuenta aniversario de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, el Prof. GONZÁLEZ NAVARRO, Catedrático de nuestra disciplina, egregio Magistrado recientemente jubilado del Tribunal Supremo, despliega un amplísimo excursus histórico-jurídico, que comienza en la Constitución de 1812 y termina, ahí es nada, doscientos años después, en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. No estamos, pues, ante un tratado jurídico al uso, ni ante un estudio doctrinal, jurisprudencial o de comentarios de derecho positivo. Esta obra es mucho más que eso, y trasciende cualquier género: el Prof. GONZÁLEZ NAVARRO se ha tomado la licencia de soltar la pluma, construyendo una obra de absoluta madurez intelectual, de pensamiento y reflexión personalísimas, que desprende una extraña sabiduría, que ya se echa de ver desde su mismo índice, de enunciados tan poco convencionales como sugerentes.

Pareciera como si el Profesor GONZÁLEZ NAVARRO, una vez publicado en 2007 el Libro homenaje que le han tributado tan merecidamente sus discípulos (coordinado por José Francisco Alenza García y por José Antonio Razquin Lizárraga), hubiera querido darse su propio homenaje personal, y, a invitación del Prof. MUÑOZ MACHADO, escribe desde la libertad que le dan los años, y sin las ataduras propias de los cargos, sobre su gran tema, el procedimiento administrativo, pero trufándolo de algunas de sus otras autoproclamadas grandes pasiones: la Historia, la Filosofía y la Literatura. Esa libérrima actitud científica impregna toda la letra del libro, y engancha al lector por la verdad con que está escrito. Diríase que está elaborado a golpe de corazón (*à coup de coeur*), virtud tan rara de ver entre nosotros los juristas, tan fríos y objetivos las más veces.

Y así es. Esta obra mezcla a partes iguales Historia, Derecho Administrativo histórico y contemporáneo y Filosofía. Pero no lo hace el autor aislándolas en compartimentos estancos, sino que las entreteje con finura a modo de brocado, para mostrarle al lector el porqué, el cuándo y el cómo de nuestro procedimiento administrativo actual, que tan hondas raíces tiene en España.

La obra aparece montada sobre cuatro grandes reflexiones, que, en la original interpretación del Prof. GONZÁLEZ NAVARRO, alcanzan aquí, algo que ya se intuía en su producción científica previa, la categoría de dogmas irrenunciables, de credo doctrinal:

1. En primer lugar, el entendimiento del Derecho Administrativo en particular, y de la ciencia jurídica en general, como una Teoría de conjuntos, como un Sistema (conformado por diferentes partes a modo de piezas de un mecanismo), a cuya explicación debe aspirar todo buen jurista, como “actividad de percatación”: cada parte funciona como la piedra de un arco de bóveda (NIETO), de modo que todas se apoyan en todas, y ninguna es irrelevante. Podríamos decir que esta idea metodológica constituye la línea horizontal de explicación del Derecho Administrativo de GONZÁLEZ NAVARRO.

2. En segundo lugar, la necesidad de beber de la Historia (madre de todo lo humano) para explicar nuestro Derecho público. La Historia se concibe como un continuo, la expresión dinámica de las sucesivas generaciones sociales. Esta concepción, muy orteguiana, rechaza la postura marxista por lo que tiene de lucha de clases, pero deja traslucir también, a mi juicio, la impronta dialéctica de Hegel, como confrontación de ideologías (moderados y liberales versus progresistas y revolucionarios, manifiestamente en el siglo XIX). La Historia funciona en el libro como un elemento hermenéutico de las categorías jurídicas presentes, en sentido parecido a como nuestro art. 3.1 CC. entiende la interpretación histórica del Derecho positivo, llamado a actualizarse en cada momento histórico. Esta idea, en mi opinión, constituye el vector vertical de conformación del Derecho según GONZÁLEZ NAVARRO.

3. En tercer lugar, la necesidad de derribar las diferencias conceptuales entre procedimiento administrativo y proceso judicial (BALLBÉ), decantándose el autor por el empleo de esta expresión jurídica, para intentar construir una Teoría general del proceso, como núcleo duro del Derecho Administrativo.

4. Y por último, la concepción del procedimiento administrativo como parte del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, concepto amplio donde los haya en nuestro Derecho Administrativo, que también incluye los principios procedimentales, la validez y eficacia de los actos administrativos, la revisión de oficio o los medios de ejecución forzosa. Se trata de algo que ya sabemos por nuestro TC, en la interpretación que le ha dado a nuestro art.

149.1.18ª CE, pero que, en GONZÁLEZ NAVARRO, trasciende lo puramente jurídico para emplearse más como un principio formal, constituyendo el enfoque más plausible, en su opinión, para acercarse a nuestro Derecho Administrativo. Y es que esta obra nos cuenta, en resumidas cuentas, cómo la LPA de 1958 es hija de las sucesivas reformas administrativas acaecidas en España desde 1833, fecha de comienzo de la Regencia de la Reina María Cristina de Borbón-Nápoles, más de un siglo antes, y cómo ese procedimiento ha acabado siendo la mejor garantía de igualdad de trato de todos los españoles a día de hoy. Si se piensa bien, en este último dogma se condensan los otros tres, lo que cierra el círculo del enfoque metodológico del pensamiento jurídico del Prof. GONZÁLEZ NAVARRO.

Intentaré explicar ahora, desde la óptica de esas cuatro grandes ideas del autor ya expuestas, las enseñanzas de esta gran obra.

Para empezar, llama la atención la prolijidad con que queda tratado el s. XIX. Hasta la página 465 el lector se zambulle en el caos normativo, histórico y social de ese siglo. Si la organización administrativa determina el procedimiento administrativo, se comprende por qué nuestro s. XIX ha carecido de él durante buena parte de su recorrido, a la vista de los sucesivos avatares políticos, pronunciamientos, espadones, algaradas, cuando no de revoluciones abiertas, etc.

El siglo jurídico comienza con la Constitución de 1812, ya convertida en mítica por los hechos que la rodearon, lo que no impide a GONZÁLEZ NAVARRO, siguiendo en esto a ALEJANDRO NIETO, criticar su legitimidad democrática, ante la falta de representatividad de los constituyentes, hasta el punto de considerarla un “golpe de Estado encubierto” burgués. Por cierto, una de las formas suaves de golpe de Estado que CURZIO MALAPARTE enumera en su famoso libro “Tecnica del colpo di Stato” (1931).

A mí, como Profesor de Derecho Administrativo, ésta me ha parecido la parte más atractiva, ya que realiza una fabulosa labor investigadora y de exposición pedagógica de la Historia y el Derecho de la época, tan refractaria a la sistematización. Tras su lectura, el lector acaba discerniendo con claridad el mal del siglo, que no fue otro, en mi opinión, que el secular problema no resuelto de la identidad nacional española: la lucha, proveniente ya desde la época de los comuneros, pero más acérrima entonces, entre fueros y Derecho del Estado, entre carlistas y cristinos, entre tradicionalistas y liberales, entre foralistas y centralistas. Ese alma dual de nuestro país, esas dos grandes facciones, imantaron todo el s. XIX (GUAITA ha dicho que “la historia de la humanidad

es la historia de la centralización”), pero lo fueron polarizando de una manera no lineal, hasta el punto que los revolucionarios–progresistas, que se mostraban al principio abiertamente a favor de la Reina Cristina, esposa de Fernando VII, la obligaron luego a abdicar por la no suspensión de la Ley de Ayuntamientos, que contravenía la autonomía municipal.

Mientras que en el bando monárquico se congregaban todos los poderes fácticos, el *status quo* (la Iglesia, banqueros, burgueses, nobleza, ejército, intelectuales), en el contrario, el del aspirante al trono, D. Carlos María Isidro, se cifraban las esperanzas de una España más antigua, más bien diríamos de las Españas, la del pueblo llano, la de las tradiciones seculares, los campesinos, los Municipios, las Juntas provinciales y las Milicias nacionales, la de los fueros, la de la España preborbónica, la de los derechos propios, igualmente patriótica, e indudablemente más romántica. Pero contradictoria hasta el extremo de luchar por la reinstauración de la Constitución de 1812, que fue una Constitución burguesa. Los restos del ejército carlista acabaron alistándose, nada paradójicamente, tras la derrota, como voluntarios en la guerra de España contra Marruecos de 1869–1870.

¿Se trataba ésta de una España más antigua, más genuina, como digo, que la que quisieron recrear, y acabaron imponiendo los Borbones, desde Felipe V? Puede que más antigua sí, más ancestral, sí, pero no estoy convencido de que, de haber triunfado, hubiera sido mejor. Desde luego creo que menos estable, y por tanto, menos gobernable, con lo que se cumple la teoría de Ortega sobre las circunstancias: la que triunfó fue la España viable, la España posible.

Las tradiciones municipales y forales fueron aplastadas con la derrota carlista, pero tan encarnadas estaban en los ideales del Norte de España, sobre todo, que recurrentemente iban emergiendo en determinados momentos de relajación constitucional (la expedición militar de Miguel Gómez, el pronunciamiento de Aranjuez, figuras fugaces como Istúriz, O'Donnell, Prim, los movimientos anarquistas, etc.). Y la derrota se prolongó también a niveles jurídicos, hasta la desamortización de Pascual Madoz (1855), que afectaba incluso a los bienes de propios de los Ayuntamientos.

Por el contrario, podemos decir que en el bando ganador, el de los Borbones y la Reina María Cristina, surgió luego la escisión que habría de marcar la segunda mitad del s. XIX: los moderados–liberales, por un lado, y los progresistas, por otro; monárquicos unos, republicanos a la postre los otros, al igual que anticlericales, amamantados como estaban por las ideas francesas. Es un momento clave de nuestra Historia, muy bien explicado por GONZÁLEZ

NAVARRO, que se proyectó también en militares de uno y otro bando (Espartero, Fernández de Córdoba, O'Donnell, Prim, Narváez...), en los técnicos (Bravo Murillo, por ejemplo) y en las propias Constituciones que una y otra facción traían consigo bajo el brazo, tras la ruptura de la paz temporal que supuso la Constitución de 1837. Toda esta parte del libro, la más extensa, es de una lectura gozosa, ya que GONZÁLEZ NAVARRO la salpica de pasajes de Galdós, Larra, Mesonero Romanos, etc., todos muy oportunos y bien traídos.

Resulta oportuno reflexionar sobre cómo la revolución y el racionalismo napoleónico en Francia impuso el centralismo político y jurídico como modo de favorecer el principio de igualdad, frente a los cuerpos intermedios, municipios, gremios, condados, tan resistentes a las reformas, y cómo ese centralismo que también los burgueses españoles reclamaron y respaldaron al principio, en las reformas de María Cristina, la madre regente de Isabel II, fue luego desechado por los mismos liberales, que ya con el nombre de progresistas, pedían luego descentralización, en lo que se puede ver como un contagio de las viejas ideas carlistas, como un *ritornello* de la España antigua del antiguo régimen. Y así fue: descentralización fue la principal demanda de las Juntas revolucionarias, tras la Revolución Gloriosa de 1868, que derrocó a Isabel II, junto a la consabida disolución de las órdenes religiosas.

Decíamos arriba que los revolucionarios de 1868 se decantaron por la República a la postre, no porque lo fueran por convicción (la Monarquía siempre ha sido una institución arraigada en el sentir español, por encima de ideologías, en opinión de GONZÁLEZ NAVARRO), sino tras los fracasados intentos de ofrecer la Corona a Espartero, el Duque de Montpensier, y a distintos herederos de las monarquías francesa y prusiana, etc., y después, en suma, del propio desastre de la Monarquía de Amadeo de Saboya.

El último tercio del Libro estudia el s. XX en España, desde el punto de vista histórico, y cómo la convulsa novela folletinesca en que se convirtió nuestro s. XIX degeneró hasta un punto sin retorno: la Guerra Civil y el Régimen de Franco.

En la parte que nos interesa a nosotros, el Derecho Administrativo, la modernidad jurídica comienza ya a finales del s. XIX, con la Ley de 1881, de Bases del Procedimiento Administrativo en las Reclamaciones económico-administrativas, y su Reglamento de desarrollo, en los que se reguló el procedimiento administrativo de las reclamaciones y la posterior vía contenciosa en unas mismas normas (tendencia que después no hemos seguido, como sabemos); y con la Ley Azcárate, de 1889, la primera de las leyes sobre procedi-

miento administrativo en Europa, que fracasó, como es bien conocido también, por no imponer un procedimiento unificado sino unos principios procesales de uso libre, luego desarrollados en procedimientos varios mediante reglamentos ministeriales de muy distinto pelaje. Como nota reveladora de la pereza de la época (el “drama nacional”, según Larra) y de su burocracia (Galdós no exageraba un pelo en “Miau”), baste recordar que la mayoría de esos reglamentos tenían, indefectiblemente, previsiones para casos de expedientes administrativos perdidos o extraviados...

Otra parte muy entretenida del libro, aunque nos es más conocida porque ya nos la han contado sus protagonistas (paladinamente D. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA), es la intrahistoria de la RAP, de la REDA, de la generación prodigiosa de juristas de la generación de 1931, en suma, de la creación y primeros años de la ENAP, que, paralelamente con los tecnócratas de la segunda etapa del régimen franquista (LAUREANO LÓPEZ RODÓ a la cabeza), no adscritos políticamente al Movimiento, al menos expresamente, hicieron posible el milagro de las Leyes básicas de nuestro Derecho Administrativo reciente, en plena dictadura (la Ley de régimen local de 1945, la LRJAE de 1957, la LJCA de 1956 y la LPA de 1958, entre otras).

Fue aquélla de una generación al estilo de las que consideraba JULIÁN MARÍAS, que tuvo su realce social y su explosión intelectual simultáneamente, independientemente de la distinta edad de sus miembros: GARCÍA DE ENTERRÍA, VILLAR PALASÍ, ALONSO OLEA, GARRIDO FALLA, GONZÁLEZ PÉREZ, SERRANO GUIRADO, CLAVERO ARÉVALO, GUAITA MARTORELL, ... El propio GONZÁLEZ NAVARRO confiesa haber podido estar en ella por edad, pero cree no pertenecer a la misma, sino a la posterior, cuando comienzan a ver la luz sus publicaciones.

Desde el Capítulo V hasta el final del libro (págs. 579 y ss.), el autor se centra en el estudio, no pormenorizado sino sistemático, de ese monumento jurídico que fue y sigue siendo la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (rediviva en gran parte en nuestra Ley 30/1992). En opinión de GONZÁLEZ NAVARRO, las grandes virtudes de esta Ley, muy ponderada por su alta calidad jurídica, son:

- universalidad: afectaba a todas las Administraciones (salvo a la militar);
- unidad: sometía a todas ellas a unas mismas herramientas procedimentales;
- flexibilidad: a pesar de lo cual permitía crear procedimientos no formalizados, al no regular un procedimiento-tipo, sino el em-

pleo de distintos trámites procedimentales, todos ellos recogidos en la Ley;

- eficacia: aplicando principios de gestión empresarial (eficacia, celeridad) y de colaboración ciudadana;
- construcción de un aparato muy compensado de prerrogativas administrativas y de garantías de los administrados;
- regulación del silencio administrativo.

Utilizando palabras de MARCEL WALINE, Catedrático francés de Derecho Administrativo, se trató de un ejemplo de “Administración prospectiva”, ya que intuía el tipo de Administración del futuro, intentando regularla con la flexibilidad suficiente para no quedar obsoleta: mecanización de procedimientos, elasticidad de los trámites, relajación del ritualismo procedimental, etc.

Y acaba el Prof. GONZÁLEZ NAVARRO, como jurista de raza, demostrando su dominio sobre el último dato jurídico, haciendo reflexiones de hondo calado sobre la Administración electrónica, el concepto de tercero en Derecho Administrativo, y el de “signo jurídico”.

En fin, el Prof. GONZÁLEZ NAVARRO ha compuesto una especie de ópera jurídica, que toca muchos instrumentos, pero que suena armónicamente (*Gesamtkunstwerk*), y lo hace desde el magisterio profundo, no desde la erudición engolada. Es cierto que nada es totalmente nuevo en Derecho Administrativo (SANTAMARÍA PASTOR–TOMÁS–RAMÓN FERNÁNDEZ), pero es obligación del buen jurista dejar a la posteridad su aportación original sobre nuestras viejas instituciones, y GONZÁLEZ NAVARRO la ha quintaesenciado en este libro, obsequiándonos con un legado precioso, que culmina con laureles sus numerosos estudios sobre el procedimiento administrativo.

Antonio José Sánchez Sáez
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

ALBERTO RUIZ OJEDA (Coordinador), *El Gobierno Local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid 2010, 1063 pp.

En los actuales momentos de crisis económica y jurídica, parece imprescindible una reflexión sobre las estructuras organizativas del Estado y, muy especialmente, sobre las Administraciones locales, que ayude a avanzar y a corregir lo que deba ser corregido. ¿Presenta contrahechuras nuestro actual sistema de Gobierno Local?

En la obra *El Gobierno Local*, coordinada por el Profesor Alberto Ruiz Ojeda y publicada como homenaje de la comunidad académica al Profesor Luis Morell Ocaña, se recogen un conjunto de valiosas aportaciones que tienen como hilo conductor la formulación de un conjunto de autorizadas reflexiones en ese sentido. En él se podrá encontrar el tratamiento de gran parte de las vicisitudes del Gobierno Local, pasadas, presentes y –tal vez– futuras, el abordaje de problemas como, por ejemplo, los que encontramos en el régimen jurídico de la contratación administrativa. La polaridad de regulaciones sobre las que el Profesor Ruiz Ojeda nos ilustra da lugar a un solapamiento normativo que lleva a reconocer la pervivencia de *dos regulaciones orgánicas* –como apuntara ya en 1953 el Profesor García de Enterría–, configuradas por la diferencia entre la normativa estatal y la local. Esto obedece en gran parte a la inmediatez con la que las Entidades locales deben responder a las necesidades de los ciudadanos, que les hace optar por soluciones más sencillas y ágiles que, normalmente, conllevan una más eficiente y justa correlación entre costes y utilidades. Estos costes y utilidades exigen un análisis propio de las contraprestaciones que la Administración local aporta cuando realiza transacciones contractuales, contraprestaciones que rompen el principio de *caja única*, también vigente en pura teoría para el Presupuesto local, con la intención de solventar los problemas de fluidez en los pagos por la Administración a sus contratistas y que son planteados por el Profesor Ruiz Ojeda mediante una crítica a la regla de *inespecificidad* general de los ingresos, que genera severos problemas sólo superables a través de créditos bancarios otorgados a la Administración para la satisfacción de los pagos, o bien al propio contratista, sea bajo la forma de descuento de efectos financieros o del contrato de factoring de créditos. No obstante, los problemas analizados en relación con la contratación de obras no sólo radican en cómo se financia la Administración, sino también en cómo garantiza los pagos para los casos –muy frecuentes actualmente por la situación económica que atravesamos– en que no se pueda hacerles frente con cargo al Presupuesto local. En este ámbito y siempre que el precio sea exclusivamente en dinero, se

ofrecen como respuesta la prestación de avales con arreglo al artículo 49.6 TRLHL, así como la afección de ingresos específicos, modalidad esta última muy generalizada en la práctica.

Pero, al margen de las formas *típicas* de financiación, y ya dentro del contexto urbanístico, estudiado desde la perspectiva de las actuaciones ilegales de la propia Administración por el Profesor José Eugenio Soriano García, se analizan otras formas de contraprestación para facilitar el pago al contratista por la Administración, como es la contraprestación no dineraria, para las que se toman como referencia la Sentencia del TUE recaída en el caso *Scala di Milano* de 2001; el aprovechamiento urbanístico que cede la Administración en pago ha puesto de manifiesto la duplicidad de técnicas entre la gestión patrimonial y la contratación urbanística para buscar el máximo aprovechamiento urbanístico del suelo, en el que el cobro en dinero ha quedado desplazado a favor de los mecanismos de aprovechamiento urbanístico, donde se pone de manifiesto la *mutabilidad equivalente de técnicas*, en palabras de Villar Palasí. Sin embargo, estos procedimientos de mutabilidad no son bien recogidos en nuestra legislación sobre Régimen Local, como bien defiende el Profesor Ruiz Ojeda, aunque se deje entrever una brecha de lucidez en la regulación precedente e la Ley de Contratos del Sector Público.

Otro método resaltado en la contratación de obras, también para instrumentar contraprestaciones no dinerarias, es la cesión de bienes por la Administración local a favor del contratista, siempre que se asegure su destino para un uso de interés social, cesiones que pueden ser tanto del pleno dominio como del derecho de superficie. El Profesor Ruiz Ojeda hace alusión a las consecuencias de la hipernormación a la que está sometido el Gobierno Local y, sobre todo, la contratación administrativa, con el consiguiente desbordamiento de su propio marco jurídico-administrativo, que se ve desplazado hacia el ámbito mercantil, a través de la creación de Sociedades de economía mixta, sobradamente amparadas por la normativa local y bien conocidas en la práctica.

He de destacar que, al margen de la contratación administrativa, las contrahechuras del régimen legal del Gobierno local también se dejan entrever cuando se tratan en esta obra colectiva otras cuestiones asociadas al Urbanismo, o la identidad del ciudadano, materia ésta tratada por el Profesor Ángel Sánchez Blanco, y en el que se hace alusión a la posición que el Profesor Morrell Ocaña mantuvo en relación con la situación que ocupaba el Municipio dentro del contexto del Estado, más aún dentro de la Unión Europea, en la que se pone de manifiesto el derecho de toda persona a una buena Administración, derecho incorporado al vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, y que

debe ser destacado en nuestra red de Administraciones, con especial énfasis en el respeto a las redes sociales básicas a través de las que se hace efectivo un indispensable “ámbito de libertad comunal”, con el que se recupera la posibilidad de decisión ciudadana a través de la búsqueda de la proximidad del ciudadano a las organizaciones públicas y se permite la proyección en ellas y su cercana interacción, ambos supuestos tan necesarios en el periodo de desnaturalización institucional que nos ha tocado vivir.

Pero no son éstas las únicas inquietudes reflejadas en la obra. Deben destacarse ensayos tan interesantes como el del Profesor López Menudo, en el que se estudia el aspecto de la responsabilidad de los universitarios en la innovación, sirviendo este ejemplo para poner de relieve el maremágnum de doctrina y jurisprudencia contradictoria existente sobre la responsabilidad de la Administración por su normal o anormal funcionamiento. Asimismo, el del Magistrado de lo Contencioso-Administrativo Don Alberto Palomar, que trata del problema de la gestión de recursos humanos en el ámbito local, tan cercano a la picaresca española; en él se explican los límites y el alcance de la autoorganización de la Administración Local sobre la base de la legislación aplicable –la Ley de Bases y el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007– y con atención a las características de cada Entidad, para mostrar cómo las normas han sido ajustadas mediante un sinfín de formas diferentes hasta conseguir holguras que generan prácticas incoherentes con la norma.

La flexibilidad normativa es una cuestión que aparece también analizada en la obra por el Profesor Parejo Alfonso en su texto sobre los problemas actuales del Derecho administrativo, en el que alude a cómo está cambiando (y debe cambiar) nuestra ciencia jurídico-administrativa y cómo debemos de ir acercándonos a modos de entender la Administración tan positivos como el de Alemania, y nos ofrece un estudio de Derecho comparado sobre esta materia. Un estudio similar de Derecho comparado, aunque más específicamente ceñido al Gobierno local, es el de María Hernando Rydings, que analiza el caso británico y sus singularidades, muchas de ellas derivadas de la falta de Constitución escrita, para centrarse en el análisis de las pautas generales de las reformas laboristas, que han dado lugar a una auténtica reorganización territorial y al nacimiento de un nuevo Gobierno local que ya cuenta con mayores ámbitos competenciales y una relajación considerable de la antigua supeditación al Gobierno central.

Como conclusión, podemos reiterar, e incluso ampliar, las preguntas que plateábamos al comienzo de esta recensión: ¿Presenta contrahechuras nuestro actual sistema de Gobierno Local? ¿Debemos tomar el ejemplo de Inglaterra, de Alemania, o seguir nuestro propio camino? De un modo u otro, tal

vez sean éstas las cuestiones para las que los lectores interesados en el Libro Homenaje al Profesor Morell Ocaña busquen respuesta con la sana intención de mejorar nuestro hipertrofiado sistema administrativo.

Habrán de disculpar la omisión de referencias a otros ensayos –muchos y buenos– incluidos en la obra y a cuya lectura pretende incitar esta necesariamente breve reseña.

Natalia García Villena
Universidad de Málaga

ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL, *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Iustel, Madrid, 2010, 263 páginas.

Los libros de la llamada “parte especial” del Derecho Administrativo, los estudios sectoriales, si se prefiere, pueden perseguir dos objetivos, uno mediato y otro inmediato. El inmediato, y evidente, es permitir el conocimiento de las normas reguladoras de ámbitos específicos de la realidad. Se trata de normas que, eventualmente, solo se aplican a sujetos muy concretos y a situaciones muy singulares, por lo que el interés que estas obras despiertan es mucho para quienes se encuentran implicados en el sector de la realidad estudiado (los llamados “operadores” o “actores”) pero, quizás, más escaso para quienes nada tienen que ver con él. Sin embargo, los trabajos de investigación sobre la “parte especial” del Derecho Administrativo pueden perseguir un segundo objetivo, mediato, que trasciende el sector estudiado y, de hecho, la misma calificación de “parte especial”: la construcción o, más modestamente, pero no con menor relevancia, la precisión de los contornos de figuras e instituciones generales del Derecho Administrativo. En este caso no cabe hablar ya de estudios sobre normas reguladoras de un sector, sino de estudios sobre Derecho. Consecuentemente, concitan el interés de los juristas, por muy distantes y extraños que sean al sector estudiado, aunque, como contrapartida, quizá pierdan atractivo frente a otros sujetos, incluyendo a los “operadores” y los “actores” que intervienen en el sector estudiado.

Ambos objetivos son legítimos y cumplen la doble característica de ser compatibles y parcialmente independientes, dado que cabe un estudio sectorial sin referencias a las categorías generales del Derecho, aunque probablemente no a la inversa. Conseguir un equilibrio entre ambos es tan deseable como difícil. Exige del autor un gran ejercicio de pericia en el manejo del timón, a fin

de evitar la Escila del dogmatismo y el Caribidis de lo meramente descriptivo. Y esa es la pericia que, al entrar a navegar por las procelosas aguas (valga la paradoja) de las obligaciones de servicio público del transporte aéreo, demuestra el profesor GONZÁLEZ SANFIEL, quién sabe si especialmente habilitado en estas cuestiones náuticas (y aeronáuticas) por el hecho insular de pertenecer a la Universidad de La Laguna.

Este es, sin duda, el principal activo de la presente obra. Activo, por cierto, ya destacado por Francisco VILLAR ROJAS, en el “Prólogo” al libro, al advertir de que, “en todo caso, una aclaración es fundamental: el autor utiliza el transporte aéreo como una excusa, si se quiere un caso que sirve de guía a la explicación. Pero, a juicio de quien suscribe, de lo que trata este libro es de las obligaciones de servicio público como técnica de equilibrio entre el mercado y el Estado” (p. 20). Y, en efecto, la perspectiva que adopta el autor es la de intentar explicar, a partir de un sector concreto, cuáles son algunos de los instrumentos con que cuenta la Administración pública para intentar resolver ciertos “fallos de mercado”. Esto es, de qué modo pueden los poderes públicos actuar cuando se enfrentan a situaciones en las que el mercado, por sí mismo, es incapaz de prestar ciertos servicios que se consideran esenciales para la colectividad o de hacerlo en las condiciones que se estiman necesarias para el interés público.

Aparte del “Prólogo” y una breve “Introducción”, el libro se divide en cinco capítulos y un “Epílogo”, en el que se recogen sus principales conclusiones. El primer capítulo (“El requisito de necesidad: la imposición de las obligaciones”), trata, precisamente, de situar en su adecuado contexto a las llamadas “obligaciones de servicio público”. A tal fin, y tras una brevísima exposición del proceso y resultado de la liberalización del mercado de servicios de transporte aéreo en la Unión Europea, se identifican las obligaciones de servicio público en este sector como un subtipo dentro del concepto comunitario de “servicios de interés económico general”. Esto es, como un conjunto de actividades de naturaleza económica que, por su especial relevancia para la colectividad, se consideran esenciales. Ese carácter esencial es, precisamente, el que justifica que los poderes públicos puedan intervenir con el fin de garantizar su prestación (regulación).

Ahora bien, el grado de intervención de los poderes públicos puede variar muchísimo de intensidad y grado. El trabajo del profesor GONZÁLEZ SANFIEL pone de manifiesto la necesidad de desterrar de nuestro marco conceptual la equiparación casi automática entre la decisión de garantizar la prestación de un servicio y la decisión de prestar dicho servicio, dado que se trata de cuestiones formalmente independientes. En realidad, el compromiso de los pode-

res públicos con la prestación de un determinado servicio puede hacerse efectivo a través de tres vías. En primer lugar, a través de las propias fuerzas del mercado, sin intervención directa de tales poderes. Ello supone reconocer plenamente algo que, sin duda, se sabe desde siempre, pero que no es difícil que se pase por alto: que las Administraciones no son las únicas que satisfacen intereses generales y, lo que es más, que ni siquiera deben ser quienes los satisfagan primariamente. De este modo, es perfectamente posible, y natural, que las empresas, actuando en el mercado, ofrezcan sobradamente la prestación de servicios que se consideran de máxima relevancia social y que, además, lo hagan en términos de calidad y accesibilidad más que suficientes.

No obstante, también puede ocurrir que los agentes que operan en el mercado no presten el servicio (o no lo hagan con los niveles de regularidad, continuidad o accesibilidad que los poderes públicos consideran necesario), situación a la que se hace referencia con las expresiones de “fallo” o “funcionamiento anómalo” del mercado. Se trata, probablemente, de expresiones algo equívocas, pues, en realidad, el mercado no solo no falla, sino que su lógica se impone: si no hay beneficio, no se realiza la actividad, lo que supone una aplicación impecable del principio básico de racionalidad económica, fundamento del mercado. Cuestión distinta es que esta actuación dé lugar a una situación política o socialmente indeseable. En cualquier caso, esta indeseada situación permite que los poderes públicos den un paso más y decidan imponer una serie de obligaciones a aquellos operadores que estén prestando el servicio de que se trate. Tales obligaciones se erigen como un requisito para seguir prestando el servicio y tienen como finalidad, precisamente, que se preste en las condiciones de calidad y accesibilidad que se estiman esenciales. Tales son, en sentido estricto, las “obligaciones de servicio público en el transporte aéreo”.

En tercer lugar, y finalmente, cabe la posibilidad de que ningún operador desee prestar el servicio en las condiciones marcadas por los poderes públicos. En tal caso, y como último recurso, los poderes públicos pueden asumir la prestación del servicio, licitándolo a través de un procedimiento de concurrencia pública y otorgando al concesionario una serie de contraprestaciones, bien a través de aportaciones dinerarias directas, bien garantizándole la exclusividad en la explotación de la ruta, que hagan rentable su actuación. También en este caso, aunque de manera algo equívoca, se habla genéricamente de “obligaciones de servicio público”, aunque las diferencias con el caso anterior son notables.

Como es evidente, de lo expuesto se desprende que no todos los servicios de interés económico general se conforman de igual manera. En los tres su-

puestos planteados se garantiza la prestación del servicio, pero el grado de intervención pública es muy distinto en cada uno de ellos. En concreto, el autor plantea estas tres situaciones como una sucesión escalonada en la que la actuación pública se hace cada vez más incompatible con la libre competencia en el mercado. En consecuencia, destaca la importancia de valorar adecuadamente la necesidad de las medidas en cada momento, a través de un prudente control de proporcionalidad, y asumiendo por adelantado su carácter excepcional y provisional.

De este modo, el planteamiento propuesto supone contemplar la situación descrita casi exclusivamente desde el punto de vista del Derecho comunitario. Ello implica un planteamiento lógico y necesario y, sin ninguna duda, constituye un claro acierto del autor ocuparse con la minuciosidad y detenimiento con que lo hace de la normativa comunitaria, tanto de *hard-law* (esencialmente, aunque no solo, el Reglamento n.º 1008/2008) como de *soft-law* (a través de las numerosas e imprescindibles Comunicaciones de la Comisión relativas a las normas comunes de defensa de la competencia, incluso cuando no se ocupan directamente de los servicios de transporte aéreo). Se trata de una decisión metodológica plenamente justificada por cuanto las obligaciones de servicio público son una categoría de Derecho comunitario, que debe contemplarse a la luz del Derecho comunitario. En este sentido, debe destacarse el intensivo manejo de la jurisprudencia del TJUE, única fuente legítima de interpretación del Derecho comunitario.

Este planteamiento anclado en el Derecho comunitario tiene el inconveniente, quizás, de centrar la exposición excesivamente en las cuestiones relativas a la libre competencia, marginando ciertos problemas de Derecho interno también necesitados del mismo análisis cuidadoso, pero a ello volveremos algo más adelante. En todo caso, debe aclararse que el autor no solo no se desentiende del Derecho interno sino que, con especial acierto, incluye una amplia referencia a la realidad nacional tras la exposición de cada uno de los puntos que componen el régimen general de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo. Este primer capítulo, precisamente, concluye con una referencia a las obligaciones de servicio público efectivamente adoptadas en España, tendentes a garantizar las conexiones interinsulares dentro de los archipiélagos de Canarias y Baleares y las comunicaciones entre ambos archipiélagos, Ceuta y Melilla con la península. A ellas se añadiría, asimismo, la conexión intrapeninsular entre las ciudades de Almería y Sevilla.

No obstante, aun deben destacarse otras cuestiones vinculadas al establecimiento de estas obligaciones de servicio público y que resultan de especial re-

levancia. En primer lugar, la imposición de obligaciones de servicio público solo es posible en la medida en que exista una verdadera y real situación de necesidad que así lo justifique. En segundo lugar, corresponde al Estado valorar la existencia de tal necesidad y decidir a continuación, y en su caso, sobre la conveniencia de establecer obligaciones de servicio público. Tanto la imposición de las obligaciones como la determinación de su alcance corresponden al Estado, quien goza de una amplia discrecionalidad para ello, hasta el punto de que no existe un derecho público subjetivo ni un interés legítimo al establecimiento de obligaciones de servicio público en favor de los particulares. Este amplio margen de discrecionalidad, sin embargo, debe hacerse compatible con el respeto a ciertas normas comunitarias, tanto procedimentales como sustantivas. Por ejemplo, estas obligaciones solo pueden afectar a un espectro limitado de vuelos: vuelos regulares, que tengan origen en un aeropuerto comunitario y destino en un aeropuerto que sirva a una región ultraperiférica, a una región en desarrollo o a una ruta de baja densidad. La transgresión de estos u otros límites puede dar lugar a que la Comisión dirija al Estado miembro, tras el procedimiento oportuno, una Decisión en la que considere que se está limitando indebidamente el desarrollo de una ruta. Es decir, que la obligación de servicio público impuesta por el Estado no está justificada.

El capítulo segundo (“Contenido y alcance de las obligaciones”) se ocupa de describir en qué pueden consistir, en concreto, las obligaciones de servicio público que pueden imponerse y cómo debe producirse su cumplimiento. Respecto a la primera cuestión, y con carácter general, el contenido de todas las obligaciones debe cumplir el doble requisito de respetar el principio de proporcionalidad y de haber sido fijado de manera clara e inequívoca. Solo así se entenderán respetuosas con las normas comunitarias de defensa de la competencia y será posible, en caso de que así se decida, que los Estados concedan compensaciones por su cumplimiento a los operadores económicos.

El contenido concreto de estas obligaciones puede variar, ciertamente, pero coincide con el respeto a los principios que tradicionalmente han informado la actividad de servicio público: cierta regularidad en la frecuencia del servicio, cierta continuidad en su prestación (lo que se identifica con obligaciones relativas al número de vuelos cancelados y a su puntualidad), una capacidad mínima de carga y pasajeros, un precio máximo de los billetes (ya sean exactamente determinados por los poderes públicos o calculados por los operadores dentro de una banda de fluctuación) o el periodo de tiempo durante el que debe prestarse el servicio (de uno a cuatro años como máximo, dependiendo de la vía empleada para imponer estas obligaciones, si bien en ciertos supuestos especiales puede bajar a siete meses o subir hasta los cinco años). A ello podrían

sumarse, aunque el autor expresa sus reservas, otro tipo de obligaciones, relativas a la calidad del servicio o ciertas características del prestador, como su capacidad financiera.

El capítulo concluye con una referencia a las distintas medidas de reacción y sanción con que cuentan los poderes públicos frente a supuestos de incumplimientos de estas obligaciones. Ello le permite enlazar con el estudio de estos incumplimientos en caso de huelga de trabajadores del servicio y realizar una interesante contraposición entre el concepto de “servicio esencial”, manejado a efectos de establecer los servicios mínimos, y el concepto de “esencialidad” que justifica la imposición de obligaciones de servicio público.

El capítulo tercero (“El acto de atribución pública”), resulta esencial para entender correctamente el régimen de las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo, puesto que es en él donde se distinguen y se desarrollan las dos vías existentes para establecer este tipo de obligaciones, a las que se hizo referencia más atrás: en primer lugar, su imposición a todos los operadores que, en régimen abierto, quieran operar una determinada ruta, a través, precisamente, de la autorización que les permite hacerlo; en segundo lugar, su atribución a un único operador, a través de un contrato adjudicado mediante concurso público, excluyendo a todos los demás operadores de dicha ruta. Como ya se indicó, los poderes públicos no son libres para optar indistintamente por cualquiera de estas dos formas de imponer obligaciones de servicio público, sino que debe recurrir a ellas ordenadamente. De este modo, y de conformidad con la normativa comunitaria, en primer lugar deberán publicarse las obligaciones a las que se someterá toda empresa que quiera seguir prestando o comenzar a prestar sus servicios de transporte aéreo en una determinada ruta. Solo en el caso de que ninguna entidad acepte y, consecuentemente, la ruta no sea ofertada, será posible licitar, en régimen de exclusiva, su explotación. El profesor GONZÁLEZ SANFIEL acepta francamente la bondad de este sistema, sin embargo, cabe preguntarse si no sería más útil mantener abierta la posibilidad de que cualquier empresa siguiera pudiendo comenzar a prestar el servicio, siempre y cuando se comprometiera a cumplir las obligaciones de servicio público fijadas por la Administración, en lugar de reservar su explotación al concesionario del servicio. Esta opción no solo sería más respetuosa con la libre competencia, sino que serviría, además, como indicador de que la licitación ha devenido innecesaria, en tanto que supondría que la situación anómala de falta de prestación del servicio por parte del mercado ha concluido. No debe olvidarse, además, que esta posibilidad ha sido expresamente aceptada en el sector de transportes marítimos.

Aún dentro de este tercer capítulo, el autor se demora, acertadamente, en exponer las especialidades del procedimiento que debe seguirse para la licitación del servicio, así como en aclarar qué presupuestos deben reunirse para poder acudir a él y cuáles son las obligaciones que asume el contratista. Tras ello, y lógicamente, el cuarto capítulo (“La compensación de las obligaciones de servicio público”) entra a analizar los derechos que corresponden a dicho contratista.

El análisis se plantea, una vez más, desde la perspectiva comunitaria. Ello implica, por tanto, remitirse a la jurisprudencia recaída en relación con el actual art. 106.2 TFUE, que excluye del concepto de ayudas de Estado a las ayudas públicas concedidas a título de compensación a aquellos operadores que asumen obligaciones de servicio público. No obstante, el capítulo también se ocupa de otras formas de ayudas, muy relacionadas con estas, aunque distintas. Por un lado, las llamadas “ayudas de puesta en marcha”, un interesante fenómeno nacido de la conjunción de compañías *low cost* y aeropuertos regionales deseosos de abrir nuevas rutas comerciales. El trabajo realiza una enumeración de las semejanzas y diferencias entre estas ayudas y las compensaciones abonadas a las empresas que asumen obligaciones de servicios públicos. A esta exhaustiva enumeración tal vez podrían haberse añadido algunas diferencias de cierta relevancia que, sin embargo, solo pueden apreciarse desde la perspectiva del Derecho interno, y vinculadas a su distinta naturaleza jurídica (auténtica contraprestación sinalagmática frente a simple ayuda afectada).

Por otro lado, se estudian también las ayudas concedidas a los residentes de los territorios españoles situados fuera de la península para la compra de billetes de avión. El autor hace una detenida exposición de la evolución de este régimen de ayudas y explica cómo resultan plenamente conformes con las normas de defensa de la competencia, por cuanto suponen una forma de ayudas de carácter social concedidas a consumidores individuales. Una nueva y necesaria lectura, por tanto, en clave comunitaria, que quizá podría haberse enriquecido también con un cierto análisis de la naturaleza jurídica de estas singulares ayudas desde el punto de vista del ordenamiento nacional. Ello podría haber permitido aclarar si estas medidas son, como en efecto parecen, una peculiar forma de subvención con pago a tercero, o el tipo de relación que establecen entre Administración, empresas y administrados.

Finalmente, el capítulo quinto (“El impacto de la normativa aeroportuaria”), que tiene cierto carácter misceláneo, contiene algunas reflexiones que conectan la normativa reguladora de las obligaciones de servicio público con otros aspectos esenciales de la actividad de transporte aéreo. Con ello no solo se ofrece una visión mucho más amplia del sector estudiado, sino que se reve-

lan ciertas claves para entender el funcionamiento real de estas obligaciones. En particular, el autor denuncia las incongruencias existentes entre el régimen de estas obligaciones y el sistema de asignación de *slots* (esto es, cada una de las franjas horarias en las que es posible realizar operaciones de despegue y aterrizaje por parte de las compañías aéreas), o entre las ayudas concedidas a los operadores que asumen obligaciones de servicio público y el mantenimiento del cobro de ciertas tasas aeroportuarias. Todo ello, en definitiva, le permite concluir la existencia de una indeseable desconexión entre la política aeroportuaria y las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo.

Con esto, y tras un “Epílogo” tan acertado como breve, se cierra el libro. Cabe afirmar, en síntesis, que se trata de una obra redonda, acabada, reveladora de un extraordinario conocimiento y manejo del Derecho y las categorías comunitarias. De hecho, y como hemos señalado más atrás, solo se echa en falta en este trabajo una aproximación al sector estudiado desde la perspectiva del Derecho interno. Pero ello iría, sin duda alguna, más allá de los planes de su autor y supondría desvirtuar, probablemente, el esquema y el espíritu de este libro, por lo que debe celebrarse que no se haya incluido.

Sin embargo, y en la medida en que pueda resultar útil para futuros autores que sigan desarrollando este ámbito de investigación, conviene destacar la radical trascendencia que tiene identificar correctamente, con categorías propias del Derecho interno, los distintos tipos de obligaciones de servicio público a los que se hace referencia en el presente libro. En efecto, aunque desde el punto de vista de la libre competencia y el Derecho comunitario resulte secundario, para el Derecho interno es vital distinguir claramente entre los dos tipos de obligaciones de servicio público que podemos encontrar atendiendo al modo en que son impuestas.

No son lo mismo, ni pueden tratarse conjuntamente, unas obligaciones asumidas voluntariamente, como parte de una relación contractual que se orienta a prestar un servicio público, y unas obligaciones impuestas forzosamente a ciertos operadores, incluso en contra de su voluntad. Este último dato lo cambia todo. En efecto, si hay verdadera imposición, si no hay aceptación voluntaria, deben entrar en juego principios básicos de la actividad de limitación, como el de legalidad y el de proporcionalidad, desarrollados como garantías *para el administrado al que se imponen tales obligaciones*, y no solo como garantías genéricas del orden público económico o la defensa de la competencia. Tales principios, sencillamente, no tienen aplicación, o al menos no en el mismo sentido, cuando hablamos de actividad prestacional de la Administración. Un simple repaso a algunas de las cuestiones que, según hemos indicado, aborda este trabajo, basta para corroborarlo.

En primer lugar, y según se indicó, no existe un derecho público subjetivo ni un interés legítimo al establecimiento de obligaciones de servicio público, sino que su establecimiento se incluye dentro de una amplísima discrecionalidad reconocida a los poderes públicos. Ahora bien, esta circunstancia, que puede reputarse de insatisfactoria (y así lo hace el propio autor en pp. 43-44) no puede gestionarse del mismo modo según se trate de imponer obligaciones a todos los operadores o de licitar un contrato de servicio público, sencillamente porque no puede ser igual que se pida a la Administración la prestación de unos servicios (directamente o a través de tercero interpuesto) que pedir que se impongan obligaciones a terceros.

En segundo lugar, la teoría del “acto de poder público”, necesaria según el TJUE para poder aplicar la excepción del art. 106.2 TFUE, debería completarse con un desarrollo suficiente del alcance del principio de legalidad en este ámbito y con un análisis sobre cómo debe producirse dicho acto de atribución en nuestro ordenamiento jurídico. Porque si se trata de establecer un servicio público, la exigencia de ley no puede ser la misma que si se trata de imponer obligaciones a un operador. Es decir, es importante conocer, como explica el profesor GONZÁLEZ SANFIEL, que la jurisprudencia comunitaria admite que el “acto de poder público” adopte cualquier forma (ley, reglamento, contrato, ...) a efectos de entender atribuida una obligación de servicio público. Pero, más allá del Derecho comunitario, es también necesario saber cómo deben actuar los poderes públicos españoles en estos supuestos. Es decir, si es necesario, o no, recurrir a norma con rango legal.

En tercer lugar, las referencias indiscriminadas al principio de proporcionalidad deben contextualizarse convenientemente. Es difícil aplicar este principio de proporcionalidad fuera del ámbito que le es propio: la actividad de limitación o, más ampliamente, las actividades desfavorables para el interesado. Por ello mismo, resulta difícil sostener que este principio pueda actuar del mismo modo cuando se trata de controlar la imposición a ciertos particulares de un conjunto de obligaciones, que no son otra cosa que una limitación, externa e irresistible, a su libertad de empresa, y cuando se trata de determinar las obligaciones contenidas en un pliego de condiciones, voluntariamente aceptado, y por cuyo cumplimiento se percibirá una contraprestación. En efecto, si se intenta una aplicación del principio de proporcionalidad a este segundo grupo de obligaciones en su estructura clásica de triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, el juicio, en sí mismo, deviene absurdo, sobre todo en relación con el segundo paso: la medida no es restrictiva, luego no es “la menos restrictiva dentro de las idóneas”. Con fino olfato, el mismo autor del libro destaca en el punto 6 del “Epílogo” cómo el principio de pro-

porcionalidad se proyecta, al menos, en cinco direcciones distintas (la esencialidad, la definición y alcance de las obligaciones, la procedencia de un título habilitante concreto, el reconocimiento de privilegios a favor del gestor y la duración de la medida adoptada). En cada una de ellas, sin embargo, la virtualidad del principio es distinta.

En cuarto lugar, y en relación con la reacción frente al incumplimiento de las obligaciones de servicio público, no parece que esta deba ser la misma en el caso de un concesionario de servicio público, ligado contractualmente con la Administración por un contrato, que en el de aquellas empresas a las que se imponen ciertas obligaciones de cara a sus usuarios por el simple hecho de prestar sus servicios en una determinada ruta. En el primer caso, en la medida en que nos encontramos ante un verdadero contrato, pueden utilizarse ciertos instrumentos, como las penalidades contractuales, sencillamente impensables en el caso de las obligaciones impuestas a un operador, cuyo régimen sancionador requerirá, en todo caso, de una previsión legal específica. En sentido inverso, en estos casos sería posible acudir a la figura de la caducidad de la autorización por incumplimiento de las obligaciones asumidas por su beneficiario, igualmente inaplicable en el caso de contrato.

Finalmente, y por no alargar más la exposición, tal vez debería reconsiderarse el axioma, al parecer indiscutido, de que, en el caso de imposición de obligaciones a todos los operadores de una determinada ruta, no procede indemnización ni compensación alguna. En realidad, en la medida en que el acto de imposición de estas obligaciones supone una limitación al ejercicio del derecho de libertad de empresa y de libre prestación de servicios, deberá atenderse cuidadosamente a que no se sobrepase el límite de lo que podemos considerar ablación de derechos. En efecto, estas obligaciones constituyen, desde un punto de vista económico, una transferencia del excedente del vendedor al excedente del consumidor. Una redistribución de la riqueza que solo soportan las empresas que actúan en el sector, lo que no parece que pueda ser admisible sin restricciones.

En definitiva, la categoría de servicios de interés económico general y, como ejemplo dentro de ella, la categoría de obligaciones de servicio público, han sido forjadas por el Derecho comunitario y, como tales, deben ser manejadas de conformidad con las previsiones de este ordenamiento. Ahora bien, aún sigue siendo esencial su traslación cuidadosa a las categorías propias del Derecho interno, advirtiendo que no todas las obligaciones de servicio público deben recibir un mismo trato. De lo contrario, se corre el riesgo de lanzar por la borda las muy preciadas construcciones jurídicas que, tras siglos de cuidadosa

elaboración, se orientan a proteger a los ciudadanos. Es responsabilidad del capitán de cada nave velar para que ello no ocurra.

Antonio Bueno Armijo
Doctor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

Título: Participación Ciudadana y Gestión de las Políticas Sociales Municipales. 2009.

Autor: Enrique Pastor Seller. Doctor en Sociología. Profesor Titular de Universidad. Universidad de Murcia

El autor analiza, desde una perspectiva tanto teórica como práctica, las posibilidades y mecanismos participativos que se pueden implantar en los municipios —así como los ya existentes—, dado que éstos ocupan una posición central en la mayoría de las políticas que tienen que ver con el bienestar social de los ciudadanos.

Se realiza una reflexión teórica y empírica en torno a la sustantividad y transversalidad de la participación ciudadana en la intervención social y en la gestión, implementación y evaluación de las políticas sociales, concretamente en el ámbito de los Servicios Sociales municipales. Para su adecuada ilustración se presentan los principales hallazgos, resultados y alternativas de una reciente investigación empírica sobre el asunto realizada en el contexto regional, contrastando y comparando sus resultados con realidades y tendencias observadas en otros estudios y experiencias de ámbito nacional e internacional y, más concretamente, las contribuciones, limitaciones y tendencias más significativas de los Consejos e Institutos en su capacidad para influir en los procesos de democratización en la construcción de las políticas sociales en el ámbito local.

El texto privilegia la concepción operativa de la participación, entendida como modo/proceso de acción y transformación social, al vincularla a su articulación en mecanismos concretos y orientada a conocer en que medida influyen o pueden influir en el proceso de toma de decisiones respecto del diseño, gestión y evaluación de las Políticas Públicas de Servicios Sociales en el ámbito municipal y, a su vez, reflexionar en torno a estrategias prácticas que permitan gestionar y orientar la intervención profesional y/o política para mejorar la realidad social e institucional desde el compromiso social de los Servicios Sociales de Atención Primaria. Un apasionante análisis teórico y empírico que

incide en una línea de investigación e intervención social innovadora y de alto interés estratégico para el análisis actual y futuro de las Políticas Sociales Municipales en general y de los Servicios Sociales en particular, el papel de las organizaciones sociales en dicho sistema y las competencias, compromisos y estrategias necesarias de los profesionales vinculados a la intervención social, la participación y los servicios sociales.

En cuanto a su estructura, el texto plantea inicialmente un marco teórico, conceptual, empírico y normativo respecto de los discursos y prácticas existentes sobre la participación ciudadana y la intervención profesional vinculada con la Política Social Local. A continuación se presenta la situación de la participación ciudadana en la Política de Servicios Sociales Municipales, especialmente en la Región de Murcia, estableciendo análisis comparativo de casos y contextos. Se ofrece así un conocimiento de las formas de organización de la participación ciudadana en los Servicios Sociales identificando, caracterizando y comparado las oportunidades e instrumentos de participación ciudadana existentes; analizando en qué estos contribuyen a una mayor democratización de los procesos de elaboración, gestión y evaluación de las políticas sociales locales desde sus propios participantes. Finaliza exponiendo las conclusiones, potencialidades, oportunidades y limitaciones más significativas de los Consejos e Institutos de Servicios Sociales para ejercer una ciudadanía activa; así como las tendencias, estrategias y propuestas de acción concretas desde los participantes para influir de manera más decisiva y sostenible en los procesos de democratización en la construcción de las políticas sociales en el ámbito municipal y en el cambio de los Servicios Sociales de Atención Primaria.

En definitiva, el autor –con una gran experiencia práctica en los Servicios Sociales municipales– apuesta por el modelo de *buena gobernación*, modelo que se centra en la calidad de vida de los ciudadanos, que aumenta cuando sus miembros sienten un compromiso personal con la comunidad a la que pertenecen, y no sólo en la mera prestación de servicios.

Un libro que contribuye a la reflexión y al debate de la participación ciudadana en las políticas sociales en el ámbito local por parte de los actores involucrados en su diseño, implementación, gestión y evaluación (políticos, técnicos, entidades sociales, grupos y ciudadanos), así como en los contextos relacionales y de intervención social necesarios que pueden contribuir a construir procesos democratizadores, el ejercicio práctico de la ciudadanía activa y la transformación de las políticas sociales en el ámbito municipal.

Margarita Sánchez Millán

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre Derecho Autonómico Septiembre-Diciembre 2010

- AA.VV.: *Tratado de Derecho Público Aragonés* (Dirs.: Fernando López Ramón y José Bermejo Vera), Ed. Civitas, Pamplona, 2010. ISBN: 978-84-470-3473-4.
- AA.VV.: *La financiación autonómica. XVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, (Coord.: Francesc Pau i Vall), Ed. Tecnos, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-309-5189-5.
- AA.VV.: *Las garantías procesales de los derechos estatutarios* (Coords: Miguel A. Aparicio Pérez y Mercè Barceló I Serramalera), Ed. Atelier, Barcelona, 2010. ISBN: 978-84-92788-39-2.
- AA.VV.: *El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Comentario a la ley 22/2009, de 28 de diciembre, tras la Sentencia del Estatuto Catalán*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-9982-023-1.
- AA.VV.: *El Nuevo Marco Legal del Patrimonio Histórico Andaluz*, (Coord.: Juan Manuel Becerra García), Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010. ISBN: 978-84-8333-485-0.
- ÁLVAREZ CONDE, E.; TUR AUSINA, R.: *Las Consecuencias Jurídicas de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la Perfecta Libertad*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, ISBN: 978-84-9903-724-0.
- CUBERO MARCOS, J.I.: *El principio non bis in idem en la ley vasca de la propiedad sancionadora*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2010. ISBN: 978-84-7777-352-8.
- FERNÁNDEZ LUQUE, J. M.: *La Administración Instrumenta. El Objeto Social en las Sociedades Mercantiles Públicas de la Junta De Andalucía*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010. ISBN: 978-84-8333-476-8.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: *El estado de las autonomías y la consagración de la sede de las instituciones autonómicas. Significado y régimen jurídico*, Ed. Civitas, Pamplona, 2010. ISBN: 978-84-470-3559-5.

- JÁIMEZ GAGO, M.I.: *Comentarios a la Ley de Ordenación del Turismo en Andalucía*, Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-9982-002-6.
- PULIDO QUECEDO, M.: *El Estatuto de Autonomía de Cataluña. Anotado con la Jurisprudencia sistematizada de la STC 31/2010, de 28 de junio*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010. ISBN: 978-84-9903-663-2.
- TAJADURA TEJADA, J.: *El Principio de Cooperación en el Estado Autonomico. El Estado Autonomico como Estado Federal Cooperativo*, Ed. Comares, Granada, 2010. ISBN: 978-84-9836-735-5.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *Derecho urbanístico de Cataluña*, Ed. Atelier, 2ª edición, Barcelona, 2010. ISBN: 978-84-92788-41-5.
- VARONA GÓMEZ-ACEDO, J.: *La reserva de inversiones en Canarias. Examen crítico y expectativas de su modificación normativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. ISBN: 978-84-9876-903-6.

Bibliografía sobre Derecho Autonómico Comparado Enero-Diciembre 2010

- AA.VV.: *El federalismo canadiense contemporáneo. Fundamentos, tradiciones e instituciones* (Dir.: A. Gagnon), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. ISBN: 978-84-9876-267-9.
- AA.VV.: *Los derechos como principios objetivos en los estados compuestos* (Coord.: Juan Carlos Gavara de Cara), Ed. Bosch, Barcelona, 2010. ISBN: 978-84-7698-898-5.
- AA.VV.: *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo: un diálogo entre Canadá y España*, (Coords.: Josep María Castellà i Andreu y Sébastien Grammond), Ed. Atelier, Barcelona, 2010, ISBN: 978-84-92788-27-9.
- ÁLVAREZ GARCÍA, S.: *Lecciones de federalismo fiscal y haciendas territoriales*, Ed. Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010. ISBN: 978-84-8317-809-6
- ANDERSON, G.: *Una introducción comparada al federalismo fiscal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-9768-780-5.
- ARES CASTRO-CONDE, C.: *La participación de las regiones en el sistema político de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. ISBN: 978-84-9876-727-8.
- CORDAL RODRÍGUEZ, C.: *Regiones, länder y comunidades autónomas en la Unión Europea*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2010. ISBN: 978-84-8408-550-8.
- LÓPEZ LABORDA, J.; KOLLING, M.; KNÜPLING, F.: *La reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Perspectivas Internacionales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-2591-487-4.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: *Entre el federalismo y el confederantismo: dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional del estado de las autonomías*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-9940-088-4.

- TUDELA ARANDA, J.: *La Reforma del Estado Autonómico Español y del Estado Federal Alemán*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-2591-454-6.
- TUDELA ARANDA, J.; KNÜPLING, F.: *España y modelos de federalismo*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-2591-495-9.
- SUELT COCK, V.: *Federalismo en teoría y práctica: El caso español como proceso federal. Estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federal*, Ed. Jurua, Brasilia, 2010. ISBN: 978-98-9831-248-8.

Javier E. Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

**Revista de Estudios
de la Administración
Local**

Enero-Abril 2009

Número 309

I. Estudios

Luciano Parejo Alfonso
**AUTONOMÍA LOCAL, RÉGIMEN LOCAL BÁSICO
Y REFORMAS ESTATUTARIAS**

7

Josefa Cantero Martínez
**LOS DERECHOS INDIVIDUALES DEL PERSONAL LABORAL DE LAS
ENTIDADES LOCALES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS EXPECTATIVAS QUE
ABRE LA “PUBLIFICACIÓN” DE LOS DERECHOS RELACIONADOS CON SU
CARRERA PROFESIONAL Y SU PROGRESIÓN**

59

Octavio Salazar Benítez
**CONSTITUCIÓN, ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y GOBIERNO LOCAL.
CLAVES PARA UNA LECTURA CONSTITUCIONALMENTE ÓPTIMA DE LA
AUTONOMÍA LOCAL**

93

Anna Pallares
**APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE ÁMBITO
TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO DE CATALUÑA**

135

Augusto González Alonso
**LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SEGURIDAD
CIUDADANA: LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA
COMUNIDAD DE MADRID**

157

II. Jurisprudencia

Ángel Sánchez Blanco
EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL URBANISMO DE MARBELLA, 1991-2006

173

III. Crónicas y Documentos

Antonio M. López González
**LA PROMOCIÓN INTERNA RESTRINGIDA A PLAZA DE TÉCNICO
DE GESTIÓN EN LOS ENTES LOCALES**
207

IV. Recensiones

José Luis Bizelli y Marlene Aparecida de Oliveira Ferreira (orgs.)
GOVERNANÇA PÚBLICA E NOVOS ARRANJOS DE GESTÃO
Editorial Jacintha, 2009. 223 págs.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
219

Fernando Sabés Turmo y José Verón Lassa
LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
EDITORIAL COMUNICACIÓN SOCIAL, COLECCIÓN PERIODÍSTICA 26, 2008,
126 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
222

Yves Sintomer, Carsten Herzberg y Anja Röcke
**LES BUDGETS PARTICIPATIFS EN EUROPE. DES SERVICES PUBLICS AU
SERVICE DU PUBLIC**
EDITORIAL LA DÉCOUVERTE, 2008, 354 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
225

IV. Sumarios de otras revistas

IIAAAP